

ISSN N° 0719-6261

# Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

---

Año III, Número 3  
Diciembre 2017



**ADIPRI**

ASOCIACIÓN CHILENA DE  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

# Revista Chilena de Derecho Internacional Privado

---

**Año III, Número 3  
Diciembre 2017**



ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - ADIPRI

La Revista Chilena de Derecho Internacional Privado es una publicación anual editada por la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado.

Toda correspondencia, solicitudes de ejemplares y colaboraciones deben dirigirse a [revista@adipri.cl](mailto:revista@adipri.cl)

Los puntos de vista manifestados en la Revista Chilena de Derecho Internacional Privado expresan el concepto de los autores que en ella escriben y no representan necesariamente la opinión de la Asociación.

Diagramación e impresión: Editorial Atenas Ltda. - [ventas@editorialatenas.cl](mailto:ventas@editorialatenas.cl)

## Directorio

PRESIDENTE: Sr. Eduardo Picand Albónico  
VICEPRESIDENTE: Sr. Cristián Conejero Roos  
SECRETARIO: Sr. Pablo Cornejo Aguilera  
TESORERO: Sr. Sebastián Coulon Bauer

## Miembro de Honor

**Mario Ramírez Necochea (†)**  
Profesor Titular y Emérito de Derecho Internacional  
Privado de la Universidad de Chile

## Miembros Plenos

**Aguilera Villalobos, Laura Leonor:**

Abogada  
Universidad de Chile

**Aninat Urrejola, Francisco:**

Abogado

**Baquero Herrera, Mauricio:**

Profesor de Derecho Comercial  
Universidad de Talca

**Bellei Tagle, Carlos:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Alberto Hurtado

**Bertrand-Galindo, Milenko:**

Profesor de Derecho Internacional  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Blanco Herrera, Ricardo Luis:**

Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

**Borbarán Ramos, Marcelo Francisco:**

Abogado  
Universidad de Chile

**Bordachar, Rodrigo:**

Profesor de Arbitraje Internacional  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Cabrera Orellana, Cristián Gonzalo:**

Profesor de Derecho Internacional  
Academia Diplomática "Andrés Bello"

**Campusano Droguett, Raúl Fernando:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad del Desarrollo

**Candia Fuenzalida, Isidora:**

Abogada

**Canelo Figueroa, Carola Andrea:**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile

**Carreño Seaman, Héctor Guillermo:**

Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

**Cerda Fernández, Carlos José:**

Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

**Cicci Salazar, Gilda Mirella:**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Las Américas

**Conejero Roos, Cristián Andrés:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Coulon Bauer, Sebastian:**

Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Cornejo Aguilera, Pablo Andrés:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Alberto Hurtado

**De la Puente Hervé, Mariana:**

Abogada

**Dolmestch Urra, Hugo Enrique:**

Presidente de la Excm. Corte Suprema de Justicia

**Fernández Illanes, Samuel Gerardo:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Bernardo O'Higgins

**Fernández Undurraga, Macarena:**

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Internacional SEK

**Ferrante, Alfredo:**

Profesor de Derecho Civil  
Universidad Alberto Hurtado

**Gallegos Zúñiga, Jaime Ramiro:**

Profesor de Derecho Económico  
Universidad de Chile

**García Pujol, Ignacio:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Gil Ljubetic, Rodrigo**

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de Chile

**González Cuellar, Luis Manuel:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Arcis

**Jorquiera Malschafsky, Carlos Eugenio:**

Profesor de Derecho Económico  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Kunsemüller Loebenfelder, Carlos Guillermo**

**Jorge:**  
Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

**Larenas Vega, Francisco:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Concepción

**Loyola Novoa, Héctor Julio:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile

**Llanos Mansilla, Hugo Aníbal:**

Profesor de Derecho Internacional Público  
Universidad Central de Chile

**Mahu Martínez, Pablo Andrés:**

Profesor Instructor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile

**Meruane Osorio, Dione:**

Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Monsálvez Muller, Aldo:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad Bolivariana, U. Finis Terrae, U. Santo  
Tomás, U. de Talca y U. SEK

**Morales Henríquez, Manuel:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de La Frontera

**Moscoso Restovic, Pía:**

Profesora de Derecho Internacional Privado.  
Universidad de Atacama

**Muñoz Gajardo, Sergio Manuel:**

Ministro de la Excm. Corte Suprema de Justicia

**Ortúzar Meza, Pedro:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Las Américas

**Peña Torres, Marisol:**

Profesora de Derecho Internacional Público  
Pontificia Universidad Católica de Chile  
Ministra del Tribunal Constitucional de Chile

**Picand Albónico, Eduardo:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Chile  
Presidente ADIPRI

**Prieto Figelist, Constanza:**

Abogada

**Quintana Castillo, Camila Fernanda:**

Ayudante ad-honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Reeves Becker, María Cecilia:**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad Autónoma de Chile

**Rivera Carmona, Daniela Andrea:**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad San Sebastián

**Riveros Marín, Edgardo Sebastián:**

Profesor de Derecho Internacional Público  
Universidad de Chile  
Subsecretario de Relaciones Exteriores de Chile

**Ríos de Marimón, Hernán Aquiles:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad  
Central de Chile

**Schleyer Alt, Jorge:**

Ayudante Ad-Honorem Departamento de Derecho  
Internacional  
Universidad de Chile

**Silva Lavín, Josefina De los Ángeles:**

Abogada

**Vásquez Palma, María Fernanda:**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Talca

**Verbeken Manríquez, Kristoffer:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Vial Undurraga, María Ignacia:**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo:**

Profesor de Derecho Civil y Derecho Internacional  
Privado  
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

**Villarroel Barrientos, Carlos Eduardo:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Villarroel Barrientos, Gabriel:**

Profesor de Derecho Internacional Privado  
Pontificia Universidad Católica de Chile

**Winter Igualt, Luis Carlos Fernando:**

Profesor de Derecho Internacional  
Universidad de Los Andes

**Zamar Rabajille, Carolina:**

Abogada

**Zarricueta Baeza, Juan Francisco:**

Jefe de la Oficina Internacional  
Corporación de Asistencia Judicial

**Zuvanich Hirmas, Sonia Joanna:**

Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Magallanes

### **Comité Científico**

Andrea Bonomi (Suiza); Fernando Cantuarias (Perú);  
Adriana Dreyzin de Klor (Argentina); José Carlos Fernández Rozas (España);  
Francisco González de Cossio (México); Eugenio Hernández Bretón (Venezuela);  
Pedro de Miguel Asensio (España); Leonel Pereznieta Castro (México);  
Rubén Santos Belandro (Uruguay); Carlos Villarroel Barrientos (Chile).  
David Stewart (USA); Ana Villalta (El Salvador).

### **Consejo de Dirección**

Ignacio García Pujol; Eduardo Picand Albónico; Hernán Ríos de Marimón;  
Ignacia Vial Undurraga; Gabriel Villarroel Barrientos; María Fernanda Vásquez Palma;  
Cristian Conejero Roos; Álvaro Vidal Olivares.

### **Consejo de Redacción**

Sebastián Coulon Bauer; Camila Quintana Castillo;  
Pablo Mahu Martínez; Marcela Prieto Bravo.



## INDICE

### PRESENTACIÓN.

- 16 Discurso Inaugural Terceras Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI)  
*Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia, Sr. Hugo Dolmestch*

### ESTUDIOS.

- 21 The Hague Principles on Choice of Law. Their Addressees and Impact.  
*Jürgen Basedow*
- 31 El tratamiento de la responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.  
*Adriana Dreyzin de Klor / Ilse Ellerman*
- 45 La responsabilidad por accidente transfronterizo ocasionados por vehículos motorizados.  
*Alfredo Ferrante*
- 52 Los Principios de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales como modelo de actualización al sistema chileno.  
*Pablo Mahu*
- 65 Las cláusulas de elección de ley en los contratos internacionales.  
*Eduardo Picand*
- 104 Los procedimientos de insolvencia transfronteriza en Derecho comparado.  
*María Elsa Uzal*
- 117 La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías y su aplicación como *lex mercatoria* en el arbitraje comercial internacional.  
*María Fernanda Vásquez*
- 135 Comercio electrónico y servicios de la sociedad de la información. Sistema jurídico chileno.  
*Carolina Zamar*

### JURISPRUDENCIA

#### *Comentarios*

- 151 Arbitraje y acuerdos de elección de foro. Recurso de casación en el fondo caso “Medtronic Usa Inc. con Med Implant y Compañía Limitada”.  
*SCS Rol N° 47923-2016, de 02 de marzo de 2017, dictada por la Primera Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia*  
*Pablo Cornejo Aguilera.*
- 159 Exequátur de laudo arbitral extranjero. Caso “Sociedad Comercial Polaca Bakalland S.A. con Agroprodex Internacional S.A.”.  
*SCS Rol N° 24.348-2017, de 29 de noviembre de 2016, dictada por la Primera Sala de la Excma. Corte Suprema de Justicia*  
*Dione Meruane Osorio.*



- 166 *Recurso de protección*. Caso “Gilles Mathieu Delgado con Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A.”.  
SCA Santiago, Rol N° 46.580-2017, de 11 de octubre de 2017, dictada por la Tercera Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago  
Camila Quintana Castillo.
- 174 *Marca registrada en el extranjero*. Recurso de casación en el fondo caso “WONDERBOX SAS”.  
SCS Rol N° 28.040-2017, de 11 de octubre de 2017, dictada por la Segunda Sala de la Excm. Corte Suprema de Justicia  
Hernán Ríos de Marimón.
- 178 *Seguridad social, sucesión y Derecho internacional privado*. Recurso de apelación en el caso “Buguño Olivares y otros c. A.F.P. CUPRIM S.A.”.  
SCA Antofagasta, Rol N° 94-2014, de 02 de mayo de 2014, dictada por la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta  
Carlos Zambrano Jechan.

**Sentencias destacadas**

- 190 SCA (Corte de Apelaciones de Santiago), Rol N° 3390-2017, de fecha 12 de abril de 2017. Declara inadmisibles recursos de queja interpuestos en contra de un laudo arbitral dictado en arbitraje comercial internacional con sede en Chile (Rol 2480-2015)
- 190 SCA (Corte de Apelaciones de Santiago), Rol N° 13.472-2015, de fecha 20 de julio de 2017. Declara inadmisibles recursos de queja interpuestos en contra de un laudo arbitral dictado en arbitraje comercial internacional con sede en Chile (Rol ICC Case N° 20.756/ASM)
- 191 STC (Tribunal Constitucional), Rol 3447-17, que rechaza requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, de fecha 24 de mayo de 2017, respecto del artículo 34 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional
- 192 SCS (Corte Suprema de Justicia), Rol 55.038-2016, de fecha 05.10.2016. Declara inadmisibles recursos de casación en el fondo en contra de un laudo arbitral dictado en arbitraje comercial internacional con sede en Chile
- 193 SCS (Corte Suprema de Justicia), Rol 8119-2017, de fecha 11 de septiembre de 2017. Concede exequátur de sentencia de divorcio dictada en Suiza
- 195 SCS (Corte Suprema de Justicia), Rol 17.741-2015, de fecha 13 de enero de 2016. Concede exequátur de sentencia dictada en Argentina que reconoce calidad de heredera universal
- 198 SCS (Corte Suprema de Justicia), Rol 914-2015, de fecha 11 de junio de 2015. Rechaza exhorto internacional. Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos respecto de una sucesión abierta en Argentina con bienes situados en Chile
- 199 SCS (Corte Suprema de Justicia), Rol 7320-2013, de fecha 01 de diciembre de 2014. Rechaza exequátur de sentencia extranjera que declara la quiebra de una sociedad anónima, considerando que dicho procedimiento sólo tiene por objeto la ejecución de la sentencia extranjera en nuestro país y no es necesario para su mera utilización como medio de prueba en juicio (artículo 17 CC y 345 CPC)
- 201 SCA (Corte de Apelaciones de Santiago), Rol 11.466-2015, de 28 de junio de 2016. Rechaza recurso de nulidad interpuesto en contra de un laudo arbitral dictado en arbitraje comercial internacional
- 208 SCS (Corte Suprema de Justicia), Rol N° 82.442-2016, de fecha 30 de noviembre de 2017. Concede exequátur de un laudo arbitral ICC.

**TEXTOS.**

- 221 “Convenio de Cooperación entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”, suscrito el 02 de octubre de 2017

**RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA**

- 225 Basedow, Jürgen. El derecho de las sociedades abiertas. Ordenación privada y regulación pública en el conflicto de leyes. Editorial Legis, Bogotá, Colombia, 1° edición, traducción de Teresa Puig.  
*Eduardo Picand Albónico*
- 229 Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari y Pedro de Miguel Asensio. Encyclopedia of Private International Law, 4 volúmenes, Edward Elgar Publishing, Reino Unido, 2017.  
*Sebastian Coulon Bauer*

**NOTICIAS.**

- 237 Universidades chilenas participan en la X versión de la Competencia Internacional de Arbitraje, celebrada en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, entre los días 21 a 25 de septiembre de 2017
- 239 02 de octubre de 2017. ADIPRI, Ministerio de Justicia y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, suscriben Convenio para la elaboración de un texto base para impulsar nueva ley de Derecho internacional privado para Chile

**CONVOCATORIA**

- 243 Universidad de Atacama será la sede para las IV Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. ADIPRI (7 y 8 de noviembre de 2017)



# PRESENTACIÓN

---



## PRESENTACIÓN

La Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) fue creada el año 2014, por un grupo de profesores y jueces, con el propósito de renovar y fortalecer el estudio del Derecho Internacional Privado en Chile.

Entre sus objetivos se encuentra promover e incentivar el estudio, investigación y difusión del Derecho Internacional Privado en Chile, y de aquellas disciplinas relacionadas con ella; fomentar y honrar la cátedra y a los grandes maestros que han enseñado en nuestro país y contribuir al progreso del conocimiento, estudio y solución de aquellos problemas que les son propios.

ADIPRI reúne, sin exclusión, a todos los académicos, abogados, jueces y estudiantes que, con respeto irrestricto a la libertad, igualdad y diversidad cultural, desean reflexionar, debatir o intercambiar ideas en torno a las materias que integran esta disciplina.

La Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado pretende dar a conocer a la comunidad jurídica, chilena y extranjera, los estudios científicos, novedades legislativas y jurisprudencia chilena en esta disciplina.

La publicación de la Revista será anual y su difusión se llevará a cabo únicamente de manera electrónica -a través del correo de nuestra Asociación y en la página web [www.adipri.cl](http://www.adipri.cl)- a profesores, estudiantes, abogados y jueces que cultivan el Derecho Internacional Privado, tanto en Chile como en el extranjero.

El número que hoy presentamos recopila las ponencias de las Terceras Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, llevadas a cabo en el mes de noviembre de 2016, siendo anfitriona la Universidad de Talca, en donde se generó un intenso debate respecto a temas de gran actualidad en Chile.

Esperamos que este tercer número de la Revista de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), despierte inquietudes y genere debate, única manera de lograr los cambios que tanto anhelamos.

## PRESENTATION

The Chilean Association for Private International Law (ADIPRI) was created in 2014 by a group of professors and judges, its purpose is to renew and strengthen the study of Private International Law in Chile.

Amongst its goals is encouraging the study, investigation and promotion of Private International Law in Chile, and of the disciplines it relates to; fostering and honoring its chairmanship and the renowned scholars that have taught this aspect of Law in our country, as well as contributing to the advancement of knowledge, study and solution of the common problems it is faced with.

ADIPRI gathers, without exclusion, all those scholars, lawyers, judges and students whom, with unconditional respect to freedom, equality and cultural diversity, wish to reflect upon, debate or exchange ideas on the matters that form this discipline.

It will be a annual electronic publication which will be forwarded through the Associations - e-mailing list and in our website [www.adipri.cl](http://www.adipri.cl) to professors, students, lawyers and judges who cultivate Private International Law, in Chile and abroad.

The issue which we present today gathers the presentations of the Third Conference of the Chilean Association of Private International Law, which took place at the University of Talca in November 2016, where there was an intense debate on topical issues for Chile.

We hope that this second issue of the Chilean Association of International Private Law Journal can interest and generate debate since this is the only way of achieving the changes we dearly aspire to.

## PRESENTATION

L'Association Chilienne du Droit International Privé (ADIPRI) a été créée en 2014, par un groupe de professeurs et de juges, afin de renouveler et de renforcer l'étude du Droit International Privé au Chili.

Parmi ses objectifs, on trouve la promotion et stimulation de l'étude, la recherche et la diffusion du Droit Privé International au Chili, et des disciplines relatives; l'encouragement de l'enseignement en honorant les grands maîtres qui ont instruit la matière dans notre pays ainsi que la contribution au progrès de la connaissance, l'étude et la solution des problèmes qui s'y associent.

L'ADIPRI réunit, sans exception, tous les universitaires, les juristes, les juges et les étudiants qui, avec le respect absolu de la liberté, l'égalité et la diversité culturelle, veulent réfléchir, discuter ou échanger ses idées sur les matières qui intègrent cette discipline.

La revue de l'Association vise à mettre en lumière la communauté juridique, la chilienne et l'étrangère, les études scientifiques, les nouveautés législatives et la jurisprudence chilienne dans cette discipline.

La publication de la revue sera annuel et sa diffusion sera effectué uniquement par voie électronique - par l'e-mail de notre Association et sur le website [www.adipri.cl](http://www.adipri.cl) - à enseignants, étudiants, juristes et juges qui se livrent au Droit International Privé, aussi bien au Chili qu'à l'étranger.

La livraison que nous présentons aujourd'hui rassemble les exposés des Troisième Journées de l'Association Chilienne du Droit Privé, tenues en Novembre 2015 dans Université de Talca, où il y avait un intense débat sur les questions d'actualité.

Nous espérons que ce cahier de Revista de l'Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado sera encourageant et suscitera le débat qui est l'unique manière pour atteindre les changements que nous aspirons.

**Eduardo Picand Albónico**  
Presidente ADIPRI



**DISCURSO DE INAUGURACIÓN  
PRESIDENTE  
EXCEMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**HUGO DOLMESTCH URRA**

Queridas amigas y amigos:

Es muy grato para mí, como Presidente de la Corte Suprema de Chile, saludar y dar la bienvenida a cada uno de ustedes en estas III Jornadas sobre los “Nuevos retos para el Derecho Internacional Privado chileno en un mundo globalizado”, organizado por la Asociación Chilena de Derecho Internacional privado, de la cual con mucho orgullo soy miembro fundador.

Resulta indudable que el fenómeno de la globalización ha ido permeando las relaciones comerciales y empresariales internacionales; mas aún, se podría llegar a pensar que, estas últimas, en gran medida han sido incluso creadoras del aludido fenómeno, por lo que su vinculación es intensa y dependiente.

Es un hecho cierto que la sociedad actual o “sociedad de la información” ha ido experimentando grandes transformaciones, no sólo sociales, sino que también políticas, económicas y culturales. Es una sociedad altamente tecnologizada, con gran intercambio comercial entre los países, presencia de multinacionales y mercados financieros más sofisticados, conflictos internacionales, continuos flujos migratorios y crisis económicas que enfrentan algunos países, entre otros elementos que evidencian la complejidad en que ella se desenvuelve.

En este mundo globalizado, cuyo principal elemento según Carrascosa González es “la eliminación de “barreras económico-políticas” que dificultan el tráfico internacional de mercancías, personas, servicios y capitales”, para el derecho internacional privado constituye un reto el regular las nuevas figuras contractuales de alcance internacional, pues la diversificación de negocios y modelos organizacionales que hoy son posibles gracias al desarrollo de las comunicaciones y al intercambio de información que ofrecen las nuevas tecnologías del siglo XXI, ha permitido la ampliación del mercado al mundo entero, produciéndose una gran apertura y mayor tráfico comercial y económico entre los países del orbe, lo que exige un marco jurídico que no sólo dé seguridad y certeza a las relaciones comerciales internacionales, sino que también pueda responder a los requerimientos de un mundo cada vez más global e interconectado.

En este sentido, resulta pertinente citar las palabras de la profesora Elina Mereminskaya, respecto de la inserción comercial de Chile a la economía global. Según la autora, dicha “inserción implica necesariamente una integración jurídica. Por la vía legislativa esta integración supone la creciente importancia de los instrumentos internacionales como base o, por lo menos, como inspiración de una legislación moderna y transparente. Estos esfuerzos del legislador deberían ser apoyados por la judicatura, que podría recurrir a los instrumentos internacionales legales vigentes, como por ejemplo, a la Convención de Viena de las Naciones Unidas sobre los contratos internacionales de compraventa de mercaderías. Por estas vías se puede brindar un soporte jurídico apropiado y necesario a los procesos de integración económica que vive el país y que se acentuarán en los próximos años.

Como sabemos, son variadas las áreas y problemas que surgen en el ámbito del derecho internacional privado, como aquellas relativas al conflicto de leyes nacionales aplicables a un caso determinado, conflictos de jurisdicción, temas procedimentales, efectos de las sentencias extranjeras en cuanto a su reconocimiento y ejecución, entre muchas otras.

Los instrumentos internacionales existentes en la materia, como la Convención de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante -tratado que regula muchos temas de Derecho

Internacional Privado-, y que Chile ratificó con dos Reservas, así como determinadas Convenciones vigentes en nuestro país, como la de Viena sobre los contratos internacionales de compraventa de mercaderías; la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, entre otras, son claves para que los problemas que presentan las relaciones jurídicas internacionales privadas puedan ser resueltos de forma eficiente, permitiendo el acceso a la justicia de quienes traspasan las fronteras en sus relaciones jurídicas.

Sobre la materia cabe señalar que la Corte Suprema de Chile, teniendo en consideración la creciente importancia que actualmente está teniendo el Derecho Internacional privado, aprobó en el año 2013 la creación de la Dirección de Asuntos Internacionales y Derechos Humanos. Dentro de sus funciones le corresponde, justamente, tramitar los exequátur, extradiciones y requerimientos de asistencia internacional en materia civil.

En materia de aplicación y ejecución en Chile de sentencias dictadas en el extranjero, el máximo tribunal ha sostenido que nuestra institucionalidad “adopta un modelo abierto a dicha posibilidad, consagrando, en general, el modelo denominado de regularidad internacional por el cual se dota de eficacia a una sentencia extranjera, previa comprobación de regularidad formal de la misma, a los que se añaden criterios relativos a ciertos elementos sustanciales de la decisión, relacionados con el orden público nacional, en cuanto a no contener nada contrario a las leyes de la República y de no oponerse la decisión foránea a la jurisdicción nacional”. Por lo tanto, la “Corte se debe limitar al contraste de la sentencia cuyo pase regio se pretende con los criterios antes referidos y analizados, aparece que cumple con las exigencias contenidas en el artículo 423 del Código de Bustamante aplicable en la especie [...]”.

En cuanto a los fallos arbitrales dictados en el territorio de un Estado extranjero y cuya ejecución se solicita en otro Estado distinto de aquel como es Chile, la Corte Suprema ha señalado que la solicitud de ejecución “ha de ser sometida al conocimiento de esta Corte, como quiera que toda sentencia pronunciada por tribunales extranjeros, incluyendo las arbitrales, requieren de exequátur para poder ser cumplidas en territorio nacional [...]”.

En esta misma materia –referente a fallos arbitrales- la Corte Suprema ha hecho también hincapié que el procedimiento de exequátur tiene por objeto revisar exigencias legales sin entrar al fondo de la cuestión. Expresamente, ha señalado que el Exequátur “no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver materias propias de los hechos y del derecho ventiladas en la causa en que se dictó la sentencia arbitral extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir defensas o excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente del fallo y ante el Tribunal que ha de conocer de ellas”.

Por lo tanto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, el objetivo del procedimiento de Exequátur “es verificar la regularidad de la sentencia arbitral cuya autorización de cumplimiento en Chile se solicita, más no si el contenido de la solicitud concuerda con los términos del laudo. Por tanto, no corresponde a este tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo”.

Asimismo, la Corte ha señalado que, cumplidas las formalidades legales, las únicas causales que autorizarían a denegar el reconocimiento de un laudo arbitral internacional, son aquellas previstas en el artículo 36 de la Ley N° 19.971 –contenido en el Capítulo VIII- que regula el reconocimiento y ejecución de los laudos.

Durante estas jornadas Uds. Tendrán la valiosa oportunidad de dialogar y discutir con destacados académicos e investigadores nacionales e internacionales sobre temas trascendentales no sólo para nuestro país, sino que también para la comunidad internacional en el contexto de la globalización.

Dentro de las temáticas que contempla el programa, resulta especialmente relevante que los especialistas aborden lo referente a los contratos internacionales y su regulación, respondiendo a la interrogante de si dichos instrumentos requieren o no de una ley especial que los regule. Igual

relevancia tiene la materia relativa a la responsabilidad civil ante el Derecho Internacional Privado chileno y comparado; el procedimiento de insolvencia transfronteriza en Chile; y la Convención de la Haya, que suprime la exigencia de legalización de documentos públicos extranjeros (convención de la apostilla). Este nuevo sistema simplificado de legalización –aplicable desde el 30 de agosto de 2016, consistente en una certificación única que elimina la cadena de trámites que eran necesarios para legalizar un documento cuyo origen o destino sea un país en que se aplique el Convenio de la Apostilla, presenta una serie de ventajas, entre ellas, el ahorro de tiempo y dinero para los ciudadanos, que obliga al ajuste en la actuación que han desarrollado hasta ahora los servicios públicos implicados en el proceso, desafío que se encuentra en ejecución.

Dada esta breve pincelada a una muestra pequeña de los numerosos desafíos que nacen del Derecho Internacional Privado, no me queda sino agradecer a cada uno de ustedes, principalmente a los expositores internacionales y a los organizadores de estas jornadas de estudio. Esperamos que éstas permitan debatir, reflexionar e intercambiar ideas y posiciones en torno a las materias que integran esta interesante disciplina, con una mirada orientada no sólo en la prevención, eficiencia y rapidez en la solución de los conflictos de naturaleza internacional privada, sino también bajo el prisma de soluciones justas y encaminadas al bien común.

Que tengan unas hermosas jornadas de trabajo y también de fraternidad y alegría entre quienes participen.

¡¡Muchas Gracias!!

# ESTUDIOS

---



## THE HAGUE PRINCIPLES ON CHOICE OF LAW – THEIR ADDRESSEES AND IMPACT –

JÜRGEN BASEDOW\*

### RESUMEN

*Los principios de la Conferencia de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia contratos comerciales internacionales son un instrumento novedoso del soft-law en materia de contratos internacionales. Dada su estructura, su impacto jurídico dependerá principalmente de la aceptación que los operadores jurídicos de países sin regulación especial sobre elección de ley le otorguen.*

*Palabras claves: Conferencia de La Haya, Principios sobre la elección de ley aplicable en materia contratos comerciales internacionales, soft-law, Derecho Internacional Privado.*

### ABSTRACT

*The Hague Principles on choice of law in international commercial contracts are a novel instrument on international contracts of soft-law. Considering their structure, their impact will largely depend on the acceptance that juridical operators of countries with no regulation on choice-of-law rules grant them.*

*Key words: The Hague Principles on choice of law in international commercial contracts, soft-law, Private International Law.*

### 1.- Introduction

The Hague Principles on choice of law in international commercial contracts (henceforth: the Principles or HP)<sup>1</sup> confirm the principle of party autonomy which is recognized in many, but not in all jurisdictions. In the Middle East and in Latin America some countries reject this principle or confine it to marginal cases.<sup>2</sup> Where the choice of the applicable law is permitted as it is in Chile the pertinent rules are often fragmentary leaving many issues unanswered.

The Hague Principles provide for rules on the formation of a choice-of-law agreement, on its scope and effects, and on its limitations. They follow rather closely the model of the 1980 Rome Convention of the Member States of the European Union (EU) on the law applicable to contractual obligations<sup>3</sup> and its successor, the Rome-I Regulation of the EU.<sup>4</sup> However, they diverge from that

\* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.); Director, Max Planck Institute of Comparative and International Private Law and Professor of Law, University of Hamburg; Membre de l'Institut de droit international. This paper was first published in the Uniform Law Review, Volume 22, Issue 2, 1 June 2017, 304-315.

1 The Hague Principles and the Commentary are reproduced in print in both English and French in Unif.L.Rev. 20 (2015) 365 – 489.

2 In particular, some countries in the Middle East and in Latin America are still opposed to party autonomy, see Jürgen Basedow, The Law of Open Societies, The Hague, Brill Nijhoff 2015, paras. 187 – 191.

3 Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, done at Rome on 19 June 1980, OJ 1980 L 266/1.

4 Regulation (EC) no. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June of 2008 on the law applicable to contractual obligations, OJ 2008 L 177/6.

model on some points: they allow for the choice of non-state law<sup>5</sup> and enunciate the principle of severability allowing to decide on the validity of a choice of law clause irrespective of the validity of the main contract;<sup>6</sup> they declare a choice of law by formless consent as valid, thus incorporating a rule of substantive law into an instrument on the conflict of laws;<sup>7</sup> they also provide for special rules on the battle of forms<sup>8</sup> and on the compliance with overriding mandatory provisions in arbitration;<sup>9</sup> and they merge overriding mandatory provisions and public policy into a single precept.<sup>10</sup> These deviating rules cannot be addressed here in detail although some of them will be commented upon.

In March 2015 the Principles were adopted by the Hague Conference on Private International Law in a fairly uncommon procedure. The Council on General Affairs and Policy “noted with satisfaction” that the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts had been approved in accordance with a procedure established by the Council itself in 2014. It provided that unless a Member raised an objection within 60 days following receipt of the finalized text, the instrument would be considered as approved.<sup>11</sup>

This unusual procedure mirrors the non-binding nature of the Principles which are consistent with a broad soft-law movement in the more recent history of international law making, *infra* 2. The non-binding nature of the instrument raises questions as to its effectiveness. What will be its impact on international transactions? Who will take notice of the Principles? That question relates to the various actors to whom such a text is addressed, to their reactions and to whether the content of the Principles is in line with their non-binding nature. After a survey of the various addressees, *infra* 3, the following paper will take a closer look at that context with regard to private parties who might avail themselves of the Principles, *infra* 4, and to the role of the Principles in arbitration, *infra* 5.

## 2.- The Soft-Law Movement and the Hague Principles.

Private cross-border relations are governed by a large number of norms which have a great impact but, strictly speaking, are non-binding. Most of them are of a private origin and have acquired their significance through consent as the basis of usages established between the parties or trade customs. A well-known example are the *Incoterms* drafted by the International Chamber of Commerce which gave rise, together with other instruments, to a broad discussion about the so-called *lex mercatoria*. We also find manifold combinations of private and public rule making.<sup>12</sup>

The Hague Principles are of a very different brand. They do not flow from private initiative but originate in an intergovernmental organization. They belong to what has been called “soft law” since the 1970s.<sup>13</sup> The development of soft law has been fostered by a number of factors: decolonisation and the extraordinary growth in number of independent states rendering the approval of binding instruments difficult or impossible in the post-World War II period; the structure of the United

5 See art. 3 HP.

6 Art. 7 HP.

7 Art. 5 HP.

8 See art. 6 (1)(b) HP.

9 Art. 11 (5) HP.

10 See art. 11 (1) and (3) HP.

11 Council on General Affairs and Policy of the Conference (24-26 March 2015), Conclusions & Recommendations adopted by the Council, para. 3, and General Affairs and Policy, prel. doc. no. 1, October 2014, Conclusions & Recommendations of the Council on General Affairs and Policy of the Conference (8-10 April 2014), para. 2; both documents are available on the website of the Hague Conference: [www.hcch.net](http://www.hcch.net), governance Council on General Affairs and Policy archive (2000-2015).

12 For a survey of the variety of forms see Jürgen Basedow, *The State's Private Law and the Economy – Commercial Law as an Amalgam of Public and Private Rule-Making*, *Am. J. Comp. L.* 56 (2008) 703-721.

13 According to Daniel Thürer, *Soft Law*, in: Rüdiger Wolfrum, ed., *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, Electronic Resource, 2009, para. 5, it was Lord McNair who coined the term soft law to describe instruments with extra-legal binding effect.

Nations with a General Assembly allowing for a broad representation of the International Community but lacking the power to enact binding legal rules; the establishment of ever more international organizations dealing with a large variety of issues below the level of international legislation; and the growing need to promote certain practices in international relations despite the absence of binding rules.

Some of these factors are mirrored by the development of private international law. Over the 120 years of existence of the Hague Conference on Private International Law, it has emerged that many non-European countries, while interested in issues of jurisdiction and of judicial cooperation, take little notice of issues relating to the applicable law.<sup>14</sup> Given the lack of interest, a binding convention on choice-of-law issues does not show promise of great success, although its substance may not be that controversial and courts are confronted with the issue of the applicable law in all jurisdictions from time to time. A non-binding instrument may be more effective in shaping the views of lawyers in many countries; it may also be influential as a precursor of municipal legislation.<sup>15</sup>

The Hague Principles are embedded in a broad movement of soft law affecting business and commercial relations. As early as in the 1970s the OECD and UNCTAD adopted non-binding rules on competitive practices which served as models for legislation in many countries in the world after 1990.<sup>16</sup> In 1980, Unidroit constituted a working group for the purpose of preparing what later became the Principles of International Commercial Contracts.<sup>17</sup> More recently, in a different context, the so-called *Ruggie* Principles which are the “Guiding Principles on Business and Human Rights” were endorsed by the Human Rights Council of the United Nations.<sup>18</sup> Alongside these examples are other instruments in other fields of law. They all convey the impression that below the level of binding law a new layer of norms is emerging which, although of academic note, has not attracted much attention from legal scholars at large so far.<sup>19</sup>

It is not possible, in this context, to explore the various aspects of this new body of law emerging from the various lists of principles in depth. The following remarks will concentrate on one aspect: the perception and impact of the Hague Principles. The effect of non-binding instruments is very much dependent on how they are perceived by their addressees, i.e. the various actors who may make decisions on issues covered by the Hague Principles.

### 3.- The Addressees of the Hague Principles.

The impact of the Principles on cross-border transactions will result from the reactions of a number of actors addressed. These actors are: contracting parties in the business community, academics as the

14 Jürgen Basedow, Was wird aus der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht? In: Thomas Rauscher/Heinz-Peter Mansel, ed., Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, München, Sellier 2001, p. 463-482; see in particular the list of ratifications at p. 475, specifying the number of European and non-European countries that have ratified the various Hague Conventions.

15 Thürer, above fn. 13, paras. 28 and 30, referring to this function of soft law in general.

16 Organization of Economic Cooperation and Development (OECD), Declaration on international investment and multinational enterprises of 21 June 1976, as amended in: Norbert Horn, ed., Legal problems of codes of conduct for multinational enterprises, Deventer, Kluwer, 1980, p. 451-461; United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), Set of multilateral agreed equitable principles of rules for the control of restrictive business practices, UN Document TD/RBP/Conf./10 of 2 May 1980.

17 Unidroit, Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010, Rom, Unidroit 2010, p. XXII with regards to the history of these Principles.

18 Guiding Principles on Business and Human Rights, implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, New York and Geneva, United Nations, 2011, see also Document A/HRC/17/31.

19 The character of the Hague Principles as *droit savant* is stressed by Bénédicte Fauvarque-Cosson/Pascale Deumier, Un nouveau instrument de droit souple international – Le projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux, Recueil Dalloz 2013, 2185 – 2190 (2187); for a broader treatment of non-state law see Nils Jansen/Ralf Michaels, eds., Beyond the State – Rethinking Private Law, Tübingen, Mohr Siebeck 2008; Graf-Peter Callies, ed., Transnationales Recht, Tübingen, Mohr Siebeck 2014.



gate-keepers of legal information, state courts, arbitrators and related organizations, and legislatures at the national or international level.

Since the Principles, contrary to other Hague instruments, only deal with the selection of the applicable law by *private parties* and do not make provision for the absence of such choice, the most relevant addressees are these parties and their counsel. Unless they agree on the applicable law which, if at all, usually occurs *ex ante*, i.e. at the early stage of a transaction, the Principles will be largely devoid of practical significance. We shall therefore take a closer look further on at the prospects for the successful implementation of the Principles by private actors, *infra* 4.

How will private actors know that the Principles exist? The working group of the Hague Conference that authored the instrument was composed of a majority of *academics* and few practitioners; apparently no in-house counsel of any big company was a member or observer.<sup>20</sup> Thus, there is a long road to be travelled from the forum that drafted the Principles to those who might decide on their actual use one day. The dissemination of legal information required to overcome that distance is primarily a task for academics. It will be up to them to spread knowledge about the Principles in legal education, in seminars for practitioners and by scholarly publications. Given the flood of information lawyers already have to accommodate, this will be a difficult task. Its effects can be expected only in the long term.

*Courts* have to face issues of the law governing international transactions from an *ex-post* perspective. In many jurisdictions they have to apply binding conflict rules of the forum state. To the extent that these conflict rules already cover issues arising in a pending case there is no room for the application of the Principles. For example, under the Rome-I Regulation, the formal validity of a contract including a choice of law clause is subject to a rather detailed conflict rule providing for alternative connections. While those connections favour formal validity they exclude recourse to a substantive rule such as art. 5 HP which states that a choice of law is valid by mere consent of the parties.<sup>21</sup> Conversely, in jurisdictions such as China where explicit regulation of the formal validity of a choice-of-law clause is lacking, no such barrier exists.<sup>22</sup> Since one function of the Principles is “to interpret, supplement and develop rules of private international law”,<sup>23</sup> a Chinese judge might feel encouraged to refer to art. 5 HP in order to allow formless choice-of-law agreements. In other words, the less detailed the national conflict rules are, the more room there is for the application of the Principles by courts.

*Arbitrators* are a further group of addressees of the Principles. Since a *lex fori* is lacking in international arbitration, they are not bound by a set of specific conflict rules, unless the parties have imposed such an obligation on them. While this may open the door for the application of the Principles, there are other restrictions and complications which deserve a closer analysis later on, see *infra* 5.

The greatest impact that may be expected for the Principles is where *legislatures* set out to codify choice of law rules for international contracts, taking the Principles as a blueprint. The relevant texts are a bit ambivalent on this point. On the one hand the Preamble specifically points out

20 See the website of the Hague Conference: [www.hcch.net](http://www.hcch.net), Instruments, Conventions, Protocols and Principles, Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Preparatory Work, 2013: Members of the Working Group.

21 For a detailed analysis see Thomas Pfeiffer, Die Haager Prinzipien des internationalen Vertragsrechts – Ausgewählte Aspekte aus der Sicht der Rom I-VO, in Peter Mankowski/Wolfgang Wurmnest, eds., Festschrift für Ulrich Magnus, München, Sellier, 2014, p. 501 – 513 (506 s.), pointing out the differences, but also the far-reaching similarity of results to be achieved under arts. 3(5) and 11 Rome I and art. 5 HP; see also Symeon Symeonides, The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments, *American Journal of Comparative Law* 61 (2013) 873 – 899 (891).

22 Cf. Qisheng HE, Recent Developments of New Chinese Private International Law with Regard to Contracts, in Jürgen Basedow/Knut Pissler, eds., *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 157 – 179 (165).

23 See para. 3 of the Preamble of the HP.

that the Principles “may be used as a model for national, regional, supranational or international instruments.”<sup>24</sup> On the other hand the official Commentary makes clear that the Principles are not “a model law that States are encouraged to enact.”<sup>25</sup> The apparent contradiction may be the result of inattentive drafting. The Principles have the style of a codification of the continental European type and are without any doubt suited to serve as a model law; Paraguay has in fact copied them almost verbatim into a municipal statute on the law applicable to international contracts.<sup>26</sup> The assertion of the Commentary that they are not a model law is perhaps meant to prevent the misunderstanding that they exclusively address legislatures and not the judiciary and other actors.

#### 4.- The Principles and Private Parties

How can private parties avail themselves of the Principles? Where other soft law instruments such as the Unidroit Principles<sup>27</sup> are at issue, the answer appears easy: the parties can incorporate the Unidroit Principles into their contract by agreement. Incorporation by agreement is possible within the freedom of contract often granted by the applicable law.<sup>28</sup>

That solution is excluded for the Hague Principles since, at the time of conclusion of the contract when the choice of law is made, there is not yet an applicable law to determine the boundaries of freedom of contract; it is the very purpose of the Hague Principles to allow the parties to determine that applicable law by their choice. If the foundational assertion of art. 2 (1) HP that “a contract is governed by the law chosen by the parties” were to serve as a basis for such choice this would come down to the recognition of a vicious circle. Art. 2 (1) HP is meaningless in a legal sense, at least from a strictly positivistic perspective of private international law. To the extent that national conflict rules such as those of Uruguay or Iran disallow a choice,<sup>29</sup> the Hague Principles remain ineffective.<sup>30</sup> In a similar vein the explicit admission of the choice of non-state law in art. 3 HP cannot set aside the prohibition of such a choice in art. 3 Rome I and the pertinent recitals and legislative history.<sup>31</sup>

Art. 2 (1) HP is nevertheless an important statement; it is a *political commitment* of the Hague Conference relevant for its own future work and a *political appeal* to the States of the world to allow party autonomy. In this sense it gives support to the human-rights based approach to party

24 See para. 2 of the Preamble of the HP.

25 See the Commentary, above at fn. 1, para. I.8.

26 Ley no. 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales, Gaceta Oficial de la República del Paraguay no. 13 del 20 de enero de 2015, p. 2; an English translation is published in Jürgen Basedow/Franco Ferrari/Pedro de Miguel Asensio/Giesela Rühl, eds., European Encyclopedia of Private International Law (EEncyPIL), vol. IV, Cheltenham, Edward Elgar, forthcoming, see the materials under Paraguay. That law is not confined to the choice of the applicable law but also deals with the law applicable in the absence of such choice.

27 See above at fn. 17.

28 Cf. Ralf Michaels in Stefan Vogenauer, ed., Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2nd ed., Oxford University Press, 2015, Preamble I, paras. 34 seq.

29 For Uruguay see arts. 2399 and 2403 of the Civil Code and Daniel Hargain/Gabriel Mihali, Uruguay, in Carlos Esplugues Mota/Daniel Hargain/Guillermo Palao Moreno, eds., Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España, Madrid, Buenos Aires and Montevideo, Edisofer et al. 2008, p. 765 – 788 (773); for Iran see art. 968 of the Civil Code and Nadjma Yassari, Das internationale Vertragsrecht des Iran, IPRax 2009, 451 – 456 (454); at p. 455 the author refers to the 1997 law on international arbitration that allows for unrestricted party autonomy with regard to arbitration.

30 Very clear on this point Fauvarque-Cosson/Deumier, above at fn. 19, Recueil Dalloz 2013, 2189 – 2190; see also the broad discussion reaching the same result in Andreas Schwartze, Weltweit einheitliche Standards für die Wahl des Vertragsstatuts, in Wulf A. Kaal/Matthias Schmidt/Andreas Schwartze, eds., Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, p. 315 – 332 (321 – 323).

31 See recitals 12 and 13 of the Rome-I Regulation; the Commission Proposal of 15 December 2005, COM(2005) 650 final contained a rule allowing for the choice of non-state law, see art. 3 (2), but was not accepted by the Council and did not finally make it into the Rome-I Regulation; the divergence between art. 3 Rome I and art. 3 HP is pointed out by Daniel Girsberger, Die Haager Prinzipien über die Rechtswahl in internationalen kommerziellen Verträgen, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 2014, 545 – 552 (550).

autonomy that has been elaborated elsewhere.<sup>32</sup> Both approaches coincide in the great weight they afford to the goal of certainty and predictability in international commercial relations.<sup>33</sup>

While the admission of party autonomy as such in a non-binding instrument cannot set aside the restrictions laid down in statutory conflict rules, the Principles contain many other provisions that clarify the contours of choice of law. These relate to the formation of the choice of law agreement, the scope of the chosen law and other effects of the choice. Many details are not regulated by the binding conflict rules of the various jurisdictions. The example of the form of the choice-of-law agreement under Chinese law was given above.<sup>34</sup> There are many more examples: *Marta Pertegás* and *Brooke Marshall* have compared some of the Hague Principles with recent conflicts legislation in Korea, Japan and China; the resulting checklist is a good illustration of the numerous issues arising under national conflict rules that could receive clear solutions under the influence of the Principles.<sup>35</sup> If we look into older legislation such as the Civil Codes of Chile or Egypt, the under-regulation is even more conspicuous; we do not find more than a single rule on the admission of choice of law, all details being left to jurisprudence and case-law.<sup>36</sup>

Enhancing legal certainty is in the interest of the parties where their international contract may be somehow affected by the fragmentary regulation of choice of law in countries such as Egypt. As pointed out above, binding law will usually not be opposed to gaps being filled by the Hague Principles, and the parties will welcome an instrument that deals with details which rarely become the subject of negotiations. But there is of course the risk that courts or arbitrators will fill the gaps of national conflict rules by other rules and in an inconsistent way. To foreclose or minimize such a risk the parties should refer to the Hague Principles in an appropriate contract clause that could be drafted along the following lines:

*“The present contract is subject to the law of ..... ; to the extent that it is not inconsistent with binding conflict rules, this choice is to be construed in accordance with the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts.”*

The Hague Conference could promote the Principles by recommending such a standard clause. This would be a step towards the use of the Principles in commercial practice. Business associations at both international and national levels would be encouraged to recommend the use of the standard clause and, thereby, the Principles to the business community at large. A company inclined to accept the Principles could propose the standard clause to its contracting partners, relying on the reputation and the neutral standing of the Hague Conference. In the case of litigation, the incorporation of the standard clause into the contract would alert judges and arbitrators to the Principles. All in all, such a clause would be an element in the slow process of dissemination of information about the Principles.

## 5.- The Hague Principles in Arbitration

### a) *Arbitration and state law*

International commercial arbitration is characterized by a certain independence from state law. The degree of that independence differs from country to country. But it can be taken for granted everywhere that State courts do not and cannot intervene as long as both parties comply with the

<sup>32</sup> See Basedow, above fn. 2, para. 239 et seq.

<sup>33</sup> See the Commentary, above fn. 1, para. I.3 and the reference to art. 28 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 in Basedow, above fn. 2, para. 252.

<sup>34</sup> See above, the text at fn. 22.

<sup>35</sup> Marta Pertegás/Brooke Marshall, Intra-regional reform in East Asia and the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, *Korea Private International Law Journal (KPILJ)* 20 (2014) 391 – 428 (394).

<sup>36</sup> See art. 19, 2nd sentence of the Preliminary Chapter of the Civil Code, English translation in *EEncyPIL*, above fn. 26, vol. IV, Egypt; for an account of the Egyptian law see Holger Jung, *Ägyptisches Internationales Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999, p. 7 et seq.

arbitration agreement and with the resulting award; in that case the arbitration may be considered as an equivalent to a successful out-of-court settlement.

But even if one of the parties, contrary to the arbitration agreement, starts litigation in a state court, or if the losing party applies for the annulment of the award or objects to its enforcement, the review by a state court will usually be confined to a limited number of grounds relating to procedural fairness, to the arbitrability of the subject matter and to aspects of public policy.<sup>37</sup> As a matter of principle, the law applied by the arbitrators to the subject matter of the dispute is outside the scope of review. This opens the door for the Hague Principles.

In commercial arbitration three types of agreements have to be distinguished: the main agreement that gives rise to the dispute; the arbitration agreement that excludes the jurisdiction of state courts and is foundational for the authority of the arbitrators to decide the case; and an agreement relating to the procedure to be followed. While the latter agreement is outside the scope of the Principles,<sup>38</sup> the two former agreements raise choice-of-law issues and may be subject to a selection of the applicable law by the parties. What role can be assigned to the Hague Principles in those conflicts analyses?

#### b) *The Arbitration Agreement*

Following the Rome-I Regulation, the Hague Principles exclude arbitration agreements from their scope of application.<sup>39</sup> The reason given in the official Commentary is the fact that arbitration agreements, in some jurisdictions, are considered procedural in nature and are therefore governed by the *lex fori* or the *lex arbitri*, i.e. the law of the seat of arbitration.<sup>40</sup> While this is true it reflects the perspective of a state court, not that of an arbitration panel which has to assess the validity and scope of the underlying arbitration agreement prior to any proceedings in a state court.

In general, arbitrators neither know whether a state court will review their action at a later stage, nor can they predict which jurisdiction will carry out that review. Thus, they are not aware of the law that may become relevant as the *lex fori* at a later stage; nor do they know whether a state court that may be approached one day will consider the validity of the arbitration agreement as a procedural issue to be assessed under the *lex arbitri*. Nevertheless, their authority depends on a valid arbitration agreement, and they will have to establish the law that determines its validity and scope. If that law results from the parties' choice why should that choice not be construed in accordance with the Hague Principles? The alternative is the complete absence of any applicable conflict rule. The application of the Principles could provide helpful assistance, in particular in mixed arbitration panels composed of arbitrators from different jurisdictions.

Take the example of a sales contract between a seller established in the EU and a buyer in a third country containing an arbitration clause that subjects "all disputes arising from the legal relationship between the parties to arbitration at X (city) in accordance with the law of Y (State)". It turns out that the sales price, fixed by the seller in accordance with a price cartel, was excessive and that the buyer therefore brings a claim for damages. The arbitrators have to decide whether the claim falls within the scope of the arbitration agreement. This interpretive question will probably be answered in the affirmative by laws of non-EU countries. But the answer will most likely be negative under the laws of any EU Member State following a recent ruling of the European Court of Justice. In *Hydrogen Peroxide* the Court held that a choice of forum clause, in order to exclude an otherwise

37 See art. V of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York on 10 June 1958, UNTS 330, 38; see also arts. 34 and 36 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006, Vienna 2008.

38 Marielle Koppenol-Laforce, *Arbiters en rechtskeuze: het handvat van de Draft Hague Principles on choice of law*, in Erasmus School of Law, Piet Sanders – Een honderdjarige vernieuwer, Den Haag, Boom 2012, p. 293 – 298 (295).

39 Art. 1 (3) (b) HP and art. 1 (2) (c) Rome-I Regulation.

40 Commentary, above fn. 1, para. I.26.

competent jurisdiction, must explicitly refer to claims arising from the breach of competition law.<sup>41</sup> The same requirement of specificity arguably applies to arbitration clauses.<sup>42</sup> Thus, the outcome of the case will depend on the law applicable to the interpretation of the arbitration clause. The Hague Principles, were they applicable, would refer interpretation to the law of Y chosen by the parties.<sup>43</sup> Since their application is excluded, considerable uncertainty will prevail for the arbitrators.

The example shows that it would have been preferable not to exclude arbitration agreements from the scope of the Principles and instead trust that arbitrators would wisely exercise the discretion they have anyway in applying the Hague Principles.<sup>44</sup> To extend this analysis to a more general level it appears doubtful whether a list of precisely drafted exclusions as figuring in art. 1 (3) HP is compatible with the nature of a non-binding instrument. Such lists are a familiar occurrence and are necessary in binding international conventions. But in a non-binding instrument the same technique excludes what has not been previously included by compulsory rules.

### c) *The Main Contract*

All articles of the Hague Principles apply to the designation of the law applicable to the main contract by both courts and arbitrators, and a distinction is made only in two provisions: with regard to the choice of non-state law and to the application of overriding mandatory provisions and public policy.<sup>45</sup> A further, not explicit, but inherent distinction results from the fact that an arbitration panel has no *lex fori* that may block or supplement the parties' agreement. Instead, arbitration rules often allow the arbitral tribunal to designate the applicable law in the absence of a choice by the parties;<sup>46</sup> this reduces the significance of the Principles as a guideline for arbitrators.

Art. 3 HP allows for the choice of "rules of law that are generally accepted on an international, supranational or regional level as a neutral and balanced set of rules, unless the law of the forum provides otherwise". The limitation in the final part of the provision exclusively relates to state courts; it does not apply to arbitration where the parties – in the absence of a "forum" – are deemed free to choose non-state law provided that it has the said attributes.<sup>47</sup>

These attributes are not required in art. 28 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration,<sup>48</sup> the provision which is cited in the Commentary as the model of art. 3 HP.<sup>49</sup> While the additional requirements appear reasonable in substance,<sup>50</sup> they are difficult to

41 CJEU 21 May 2015, case C- 352/13 (Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v. Akzo Nobel NV and others), ECLI:EU:C:2015:335, paras. 68 – 71.

42 In this sense Christoph Harler/Josef Weinzierl, The ECJ's CDC-Judgment on Jurisdiction in Cartel Damages Cases: Repercussions for International Arbitration, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)* 2015, 121 – 123 (122); in a similar vein Christian Steinle/Stephan Wilske/Melanie Eckardt, Kartellschadensersatz und Schiedsklauseln – Luxemburg Locuta, Causa Finita? *SchiedsVZ – Zeitschrift für Schiedsverfahren – German Arbitration Journal* 2015, 165 – 169 (168 f.).

43 Art. 9 (1) (a) HP.

44 See para. 4 of the Preamble of the Principles and Dieter Martiny, Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, *RebelsZ* 79 (2015) 625 – 652 (632) who correctly points out that the Principles by necessity have to grant this discretion to both courts and arbitrators.

45 Cf. art. 3 and art. 11 (5) HP; see also the Commentary, above fn. 1, para. P.6.

46 See e.g. art. 35 (1) of the UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010), New York 2011; art. 21 (1), 2nd sentence of the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce of 2012, [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org).

47 This is clearly spelled out in the Commentary, above fn. 1, para. P.6; Martiny, above fn. 44, *RebelsZ* 79 (2015) 639 voices some doubts, however.

48 See above fn. 37.

49 See the Commentary, above fn. 1, para. 3.1.

50 The criteria set forth in art. 3 HP – completeness and neutrality – were enunciated in the discussion preceding the adoption of the Rome-I Regulation, see Max Planck Institute for Foreign Private and Private International Law, Comments on the European Commission's Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization, *RebelsZ* 68 (2004) 1 – 118 (32 – 33).

encapsulate in clear language.<sup>51</sup> Moreover, the divergent wording raises the question whether rules of law agreed upon by the parties in their contract as the applicable law may be subject, by the arbitral tribunal, to a check under the criteria set forth in art. 3 HP. Put in other words, could the arbitrators declare a set of rules forming part of the contract as too fragmentary or too one-sided in order to be treated as the applicable law under art. 3 HP if the same set of rules can be expected to be regarded as the applicable law in court proceedings under the national provision implementing art. 28 of the UNCITRAL Model Law?

The debate of the drafters on the additional properties of the “rules of law”<sup>52</sup> apparently did not take this divergence into consideration. It rather turned on the right of the parties to select non-state law as the applicable law, seemingly looking at this question from the *ex-post* perspective of a state court. But since that court will likely apply the national provision implementing art. 28 UNCITRAL Model Law the role of art. 3 HP is a bit opaque. Maybe the drafters just wanted to reinforce the general tendency toward non-state law that already emerges from art. 28. If that were the case, they should have copied art. 28 verbatim. Maybe art. 3 HP is rather meant to clarify the concept of “rules of law” used in art. 28. If that were the case, it should have been made clear at least in the Commentary and would raise some doubts as to its legitimacy. Whatever the correct understanding of art. 3 HP may be, the preceding discussion points to an unclear overlap of non-binding provisions drafted by different international organizations.

Under art. 11 (5) HP an arbitral tribunal is not prevented from applying or taking into account public policy or the overriding mandatory provisions of a law other than the *lex causae*, “if the arbitral tribunal is required or entitled to do so”. What at first sight looks a bit tautological appears to be a useful statement after all. Arbitrators often find themselves in a dilemma between a narrow perception of their terms of reference and the need to give effect to certain imperative norms of other laws in the interest of the effectiveness of their award.<sup>53</sup> Where they do not take notice of those imperative norms, the award may later be annulled or turn out to be unenforceable.<sup>54</sup>

Art. 11 (5) HP makes clear that the arbitration tribunal is empowered – not compelled<sup>55</sup> – to apply or take into consideration those imperative norms, and that a state court seized of the annulment or enforcement of the resulting award cannot quash or refuse to enforce it on the ground that the tribunal is acting *ultra vires*. The proviso that the tribunal is *entitled* to give effect to the imperative norms will be fulfilled where the applicable arbitration rules aim at an enforceable award<sup>56</sup> or at the final resolution of the dispute.<sup>57</sup> Since these are the very objectives of arbitration, the proviso comes down to a negative condition: the tribunal is empowered to give effect to imperative norms unless that is excluded in its terms of reference.

51 See the harsh criticism by Andrew Dickinson, A Principled Approach to Choice of Law in Contract? Butterworths Journal of International Banking and Financial Law 28 (2013) 151 – 153 (152): “...this provision should not have seen the light of the day: almost every word drips with uncertainty.” This criticism is further elaborated by Ralf Michaels, Non-State Law in the Hague Principles in International Commercial Contracts, in Kai Purnhagen/Peter Rott, eds., Varieties of European Economic Law and Regulation – Liber amicorum for Hans Micklitz, Heidelberg, Springer 2014, p. 43 – 69 (56 et seq., 61): “The additional requirements... have made a problematic rule far worse.”

52 On that debate see Fauvarque Cosson/Deumier, above fn. 19, Recueil Dalloz 2013, 2188 pointing to the disagreement between the working group and the special intergovernmental commission; Symeonides, above fn. 21, American Journal of Comparative Law 61 (2013) 893 – 994; Martiny, above fn. 44, RabelsZ 79 (2015) 637 – 638.

53 See e.g. Pertegás/Marshall, above at fn. 35, KPILJ 20 (2014) 416 – 417.

54 See CJEU 1 June 1999, case C-126/97 (Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International N.V.), ECLI:EU:C:1999:269: EU competition law to enforced against an award rendered under a different law.

55 The discretion of arbitrators is highlighted by Marta Pertegás/Brooke Adele Marshall, Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Brooklyn Journal of International Law 39 (2014) 975 – 1003 (1001).

56 See art. 41 of the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce of 2012, above at fn. 46.

57 See art. 17 of the UNCITRAL Arbitration Rules, above at fn. 46.

## **6.- Conclusion**

The Hague Principles are a novel approach to international contract law. As a non-binding instrument its impact on international business transactions depends on the echo it finds with several groups of addressees: private parties, academics, courts, arbitral tribunals, and legislatures. The drafters appear not to have always been fully aware of the specific perspectives of these groups. Some of the provisions follow too closely the model of binding texts. The most promising addressees for the future proliferation of the Principles are legislatures and courts in countries that have no or no detailed rules on choice of law in contracts as well as international commercial arbitrators in general. The Hague Conference should keep working on the dissemination of knowledge about the Principles in business practice.

## EL TRATAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ADRIANA DREYZIN KLOR\*  
ILSE ELLERMAN\*\*

### RESUMEN

*El presente artículo aborda el fenómeno de la responsabilidad civil. Entendida ésta como una temática de fundamental importancia en el panorama contemporáneo, pues los daños transfronterizos debido a la globalización y con el incremento de las relaciones comerciales internacionales, cobran vital relevancia y forman parte integrante del estudio y problemática del Derecho internacional privado (DIPr). A su vez, se aborda la situación actual doctrinal y jurisprudencial en el derecho comparado, adentrándose específicamente en Argentina, dada la profunda revisión que el DIPr ha tenido en dicho país, debido a la nueva codificación civil y comercial; y, particularmente el desarrollo tan rico que ha tenido el sistema de responsabilidad civil en el DIPr argentino.*

*Palabras claves: -Derecho Internacional Privado; - Responsabilidad Civil en Derecho Internacional Privado; - Derecho Comparado - Jurisdicción Internacional; -Derecho Aplicable.*

### ABSTRACT

*The present article approaches the phenomenon of civil responsibility. Attending it as a topic of fundamental importance in the contemporary scene, as the cross-border damages because of globalization and the increment of international commercial relationships, become of vital relevance and a integral part of the study and problematic of the private international law (DIPr). As well, it approaches the actual doctrinal and jurisprudential situation in comparative law, specifically in Argentina, given the profound revision that the DIPr has had it that country because of the new civil and commercial codification; and particularly the rich development that the system of civil responsibility has had in the argentinian DIPr.*

*Key words: Private International Law; - Civil Responsibility in Private International Law; - Comparative Law; - International Jurisdiction; - Applicable Law.*

### 1. Introducción

Los daños transfronterizos que se producen a partir de situaciones protagonizadas por particulares integran la problemática de Derecho internacional privado (DIPr) que viene cobrando fuerza en el marco de la globalización y con el incremento de las relaciones comerciales internacionales. El avance de la tecnología y el acontecer cada vez más frecuente de riesgos de alcance internacional, son factores que imponen la necesidad de una revisión del sistema de la responsabilidad civil, en función del concepto de daño y la necesidad de repararlo.

\* Catedrática de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración Regional. Investigadora categoría I. Universidad Nacional de Córdoba. Arbitro del TPR de MERCOSUR.

\*\* Abogada, Notaria, Universidad Católica de Córdoba. Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesora de Derecho Internacional Privado, Universidad Católica de Córdoba.



Esta expansión de daños transfronterizos se manifiesta en plurales ámbitos y en una diversidad de fenómenos. De esta suerte, cabe referir a título de ejemplo a cuestiones de responsabilidad tales como hechos de contaminación, de control de productos elaborados, competencia desleal, daños causados por la prensa, financiación bancaria abusiva, daños nucleares, contaminación marítima por derrame de hidrocarburos, accidentes de tránsito, entre otros.

A su turno, la diversificación de las funciones de la responsabilidad civil, ha provocado el nacimiento de estatutos especiales para las actividades dañosas de la vida social y económica, con la consecuente revisión del sistema. Siendo así, el estudio de la “responsabilidad civil” resulta de vital importancia en el panorama contemporáneo del DIPr.

Bien se conoce la distinción de dos planos de análisis en materia de responsabilidad civil: contractual (surgida por incumplimiento de una obligación previamente convenida) y extracontractual (derivada de la violación del deber genérico de no dañar). Este esquema dualista fue el receptado por el derecho civil argentino. La reciente reforma al Código Civil y Comercial, nutriéndose de las más modernas tendencias en la materia, unifica el régimen de ambos tipos de responsabilidad, aunque conservando algunos matices diferenciales.

En orden a la problemática y el tratamiento que recibe en el nuevo sistema de DIPr, el criterio adoptado consiste en regular de manera expresa la responsabilidad civil extracontractual a través de normas de conflicto que establecen la jurisdicción internacional y el derecho aplicable a la cuestión.

En el presente trabajo haremos un sobrevuelo por la evolución experimentada en el instituto de la “responsabilidad civil” en el DIPr argentino autónomo, deteniéndonos en el análisis de la reciente normativa aprobada y sus proyecciones en la materia.

## **2. Un panorama acerca de los sistemas de solución en materia de responsabilidad civil en el DIPr<sup>1</sup>**

A la hora de establecer soluciones tendientes a determinar el juez competente y la ley aplicable para los supuestos de obligaciones extracontractuales en general, la doctrina ha elaborado diversas teorías, siendo muchas de ellas receptadas en instrumentos internacionales y en las normas iusprivatistas internacionales de diversos Estados.

### **2.1. Jurisdicción**

En cuanto a la jurisdicción internacional directa, entendida como la facultad de un tribunal de un Estado de declararse competente y juzgar casos jusprivatistas con elementos extranjeros, existen diversos foros atributivos generales y aplicables a esta materia.

#### **2.1.1. JURISDICCIÓN DEL LUGAR DE COMISIÓN DEL HECHO**

Entre los criterios más usuales y afines pueden mencionarse el clásico -coincidente con la ley aplicable- que consiste en plantear la demanda ante el juez del lugar en el cual se produjo el hecho.

A favor de esta conexión se argumenta su neutralidad. También se ha ponderado el hecho de que resultaría apta para lograr cierto equilibrio entre los derechos de los individuos y asimismo, que las consecuencias del hecho que dan origen a la responsabilidad -particularmente en el caso de los delitos y cuasidelitos- interesan al Estado donde ocurren. Otra razón importante es que existe un interés público en proteger las expectativas de los individuos y la paz social, y que es una solución previsible por las partes. En consecuencia, el contacto señalado se destaca por la certeza, simplicidad y la uniformidad de resultados que brinda.

<sup>1</sup> Véase GERBAUDO, G.E., “Responsabilidad Civil por Accidentes de Tránsito Transfronterizos. Un panorama desde el Derecho Internacional Privado Argentino y desde el Mercosur”, Revista de Derecho Privado N°45, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, 2011.

En la misma línea se afirma que la competencia reconocida al *forum delicti commissi* presenta la ventaja de evitar a la víctima un desplazamiento lejano y costoso hasta el domicilio del demandado. Sin embargo, debemos señalar que la conexión *lex loci delicti* ha merecido numerosas críticas, las que en su mayoría se sustentan en casos prácticos que demuestran los inconvenientes de su adopción, particularmente con relación a algunas de las materias enunciadas a modo ejemplificativo *supra* y principalmente cuando se adopta como única conexión. Señalemos que ha tenido enorme éxito, tanto en materia de ley aplicable cuanto en jurisdicción competente, constituyendo la base para la solución de ambas cuestiones en la mayoría de los sistemas jurídicos. Se la ha visto como un nexo ecuánime que une los actos con el orden jurídico del lugar en el que suceden.

#### 2.1.2. JURISDICCIÓN DEL LUGAR DE PRODUCCIÓN DEL DAÑO

Otra alternativa consiste en demandar ante el juez del lugar en el cual se causó el perjuicio. Generalmente, este supuesto coincide con el domicilio del damnificado y constituye una opción que tiende a la protección de la parte débil. En este supuesto se plantea un interrogante, a saber: ¿qué se entiende por lugar de “producción del daño”? Se trata de un problema de calificaciones. En esta inteligencia se ha interpretado que la redacción de los Tratados de Montevideo de 1889 (art. 38) y de 1940 (art. 43) no impide adoptar soluciones autárquicas innovadoras respecto del “lugar donde el hecho se produjo”, “contemplando dentro del concepto señalado, no sólo el lugar donde se exterioriza la conducta sino también aquél donde se producen sus consecuencias”. Esta interpretación es válida tanto para la ley aplicable como para determinar la jurisdicción competente<sup>2</sup>.

#### 2.1.3. JURISDICCIÓN DEL DOMICILIO DEL DEMANDADO O DEL ACTOR

Otro criterio atributivo de jurisdicción es el del domicilio de las partes del pleito. En este caso las posibilidades transitan por interponer la demanda ante el domicilio del demandado o ante el domicilio del actor.

En favor de la jurisdicción del domicilio del demandado se argumenta que se trata del foro más adecuado para resguardar debidamente el ejercicio de su defensa y, asimismo, se evita al actor la promoción del reconocimiento de la sentencia en un Estado extranjero, ya que generalmente, la persona suele tener bienes en el estado en que se domicilia.

La jurisdicción del domicilio del actor es un criterio atributivo poco común, que si bien ha sido ponderado por numerosa doctrina, es pasible de algunas críticas. En esta línea se asevera que esta solución puede implicar graves inconvenientes para los demandados, ya que son conocidas las dificultades y los costos de enfrentar reclamos en el extranjero. Asimismo, el domicilio de la víctima no siempre será único (puede haber una víctima directa y una o varias indirectas), situación que conducirá a conectar el conjunto de daños con un mismo tribunal, que bajo un rigor lógico, será aquel en cuya jurisdicción se produjo el daño inmediato o más importante.

#### 2.1.4. CRITERIO DEL PARALELISMO

También tiene aplicación el criterio del paralelismo, según el cual, el juez del derecho aplicable al caso es quien tiene jurisdicción para intervenir en el litigio.

Esta posición observa ventajas y desventajas. La principal ventaja radica en que el juez del país cuyo derecho es aplicable al caso es el que mejor conoce el derecho a aplicar, pero sólo funciona debidamente cuando, al iniciarse el proceso, se sabe con certeza cuál es el derecho que se va aplicar al fondo del asunto. Su principal desventaja estriba en el hecho de que de su aplicación puede derivar el temido *forum shopping*<sup>3</sup>.

2 Esta fue la conclusión (recomendación de lege lata) a la que arribó el X° Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional celebrado en Buenos Aires, del 9 al 11 de noviembre de 1989.

3 Este principio ha sido receptado por el artículo 56 de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940.

## 2.2. Derecho aplicable

En lo que refiere al problema del derecho aplicable también se han esbozado distintas soluciones.

### 2.2.1. EL SISTEMA DE LA LEX LOCI DELICTI

El punto de conexión tradicional en materia de obligaciones extracontractuales es la *lex loci delicti commissi*, es decir, la ley del lugar del hecho ilícito. Se aplica la ley local a los hechos que ocurren en el territorio de un Estado. Esta ha sido la regla seguida en el derecho comparado para determinar el derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual.

Han sido numerosas las voces que se alzaron para defender esta máxima argumentando entre otras razones, la facilidad de identificar el lugar en que se comete el hecho; la importancia de preservar la soberanía del Estado de realización del acto, o sencillamente, la ventaja de la postura territorial sustentada en que la ley de cada país es la acertada para gobernar los hechos que se producen en él<sup>4</sup>. En la misma línea de ideas, se sostuvo que la regla se encuentra imbuida de un interés público cuya expresión está afincada en la protección de las expectativas y de la paz social mientras el derecho de los delitos civiles enlaza a “ciertas conductas, determinadas responsabilidades, y aquellos que se ven vinculados a las actividades que pueden implicar responsabilidades de alguna clase, deben ser capaces de calcular el riesgo que están corriendo”, sea en calidad de potenciales autores, sea como víctimas<sup>5</sup>.

Del mismo modo ha sido defendida por Batiffol, quien afirmó que a los fines de respetar el principio de equilibrio que debe observar la ley en tanto atribuye consecuencias legales a los actos materiales haciendo abstracción de la voluntad de su autor e intentando obtener cierto equilibrio entre los derechos de cada uno, corresponde la aplicación del derecho local al conjunto de hechos realizados en su territorio. Agrega que para la hipótesis de conflictos de leyes en el tiempo, debe acudirse a la regla en vigor al momento del acto ilícito ya que es el derecho que el presunto responsable conoce cuando tiene lugar dicho acto<sup>6</sup>. La ventaja indiscutible del sistema radica en que otorga seguridad sobre la ley aplicable, permitiendo que se reparen los daños ocasionados en el territorio de un Estado conforme a las reglas en él establecidas<sup>7</sup>. Este punto de conexión clásico es utilizado por diversas legislaciones como única conexión a fin de determinar el derecho aplicable<sup>8</sup>.

No obstante las bondades del sistema, el mismo no está exento de ataques. En tal sentido, se critica esta solución en razón del carácter accidental y fortuito que puede presentar el lugar de ocurrencia del hecho, dando lugar a una falta de relación entre la legislación convocada por la *lex loci delicti* y aquella a la cual resultan ligados los damnificados. También aparece como censurable en razón de que pueden no coincidir el lugar de ocurrencia del hecho con el lugar donde se localizan los efectos dañosos. Igualmente, es criticable por un problema de calificaciones al no existir uniformidad en cuanto a qué debe entenderse por el lugar de comisión del acto ilícito<sup>9</sup>.

4 UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual en el Derecho internacional Privado”, *El Derecho* 140, p. 846.

5 RHEINSTEIN, citado por UZAL, M.E., “Determinación de la ley... op. cit. p. 846.

6 Resulta ilustrativo el ejemplo que acompaña el jurista en torno al reparto de riesgos de circulación entre peatones y automovilistas y al efecto, expresa que el equilibrio al que alude, cobra sentido si la ley es general pergeñando una mentalidad de prudencia en unos, y de confianza en otros; todo ello en virtud de su aplicación a los accidentes de circulación dentro del Estado. Véase BATIFFOL, H. et LAGARDE, P., *Droit international privé*, t. II, 7e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1983, p. 235 y ss.

7 UZAL indica que “este punto de contacto ha sido utilizado por varios siglos en los países europeos, pues los estatutarios ya sometían los hechos y actos jurídicos que no pertenecían ni al estatuto real ni al estatuto personal, a la ley del lugar en que se producían”. Véase: UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable... op. cit. p. 845.

8 Véase: art. 16 del Cód. Civil de Cuba de 1987; art. 26 del Cód. Civil de Grecia; art. 2399 del Cód. Civil de Uruguay. A nivel convencional este criterio es utilizado por el Código de Derecho Internacional Privado americano de 1928 – denominado Código de Bustamante– para los delitos (art. 167) y para los cuasidelitos (art. 168).

9 Martín Wolff señala que respecto a qué lugar se considera como *locus delicti commissi* se han dado tres respuestas: Primera, es el lugar donde el demandado actuó o por sí mismo o a través de un agente. Esta doctrina denominada teoría del lugar de la acción es seguida por autores alemanes, franceses e italianos y aceptados por la práctica suiza y escandinava. Una segunda respuesta declara que el *locus delicti* es aquel donde tiene lugar el último suceso necesario para hacer a

Por otra parte, la *lex loci delicti* se encuentra en crisis en virtud de que en la actualidad, ante la multiplicidad de daños, la problemática de la responsabilidad extracontractual en el ámbito internacional no se presenta como una materia homogénea<sup>10</sup>. Las características de cada caso ameritan un tratamiento particular y la necesidad de establecer, juntamente al criterio tradicional de la *lex loci delicti*, otros puntos de conexión que respeten más la realidad del caso y las vinculaciones más estrechas que pueden existir entre el damnificado y el responsable del daño<sup>11</sup>.

Las críticas vertidas a este factor de conexión han determinado que se presente en muchas legislaciones como alternativo con otras soluciones como la ley lugar en que se producen los efectos del daño<sup>12</sup>.

#### 2.2.2. EL SISTEMA DE LA LEX FORI

Este sistema implica sujetar las obligaciones extracontractuales al derecho del tribunal que conoce en el reclamo. Se trata de un criterio que fue sostenido por Savigny<sup>13</sup> y adoptado luego por la jurisprudencia inglesa en el precedente “Phillips c/ Eyre”<sup>14</sup>.

Es una tesis que encuentra su fundamento en el orden público y las normas de policía. Se argumenta a su favor que resulta imposible para el juez poder apreciar las circunstancias del hecho ilícito en base a una legislación extranjera.

Esta posición se vincula con la idea de reproche en materia de responsabilidad civil, colocando el acento en la sanción más que en la reparación, atendiendo más al productor del daño que a la víctima. En la actualidad esta idea se encuentra en retroceso a la hora de dar fundamento a la responsabilidad civil, debido a que las modernas directrices se alejan de las ideas de culpa y de reproche y se cimentan en la noción del daño y en la necesidad de su reparación<sup>15</sup>.

Por otra parte, es un criterio censurable puesto que implica desconocer modernas concepciones del DIPr tendientes a valorar el respeto por el elemento extranjero.

Si bien el derecho inglés se ha visto considerablemente influenciado por esta doctrina, cabe reconocer que el sistema de la *lex fori* no fue adoptado en legislación alguna de forma pura.

#### 2.2.3. EL SISTEMA DE LA LEX COMMUNIS

Una tendencia moderna reside en aplicar la ley del domicilio común de las partes, actor y demandado.

---

un autor responsable. Este criterio se denomina teoría del lugar del primer efecto y es adoptada en Estados Unidos de Norteamérica. La tercera respuesta permite al damnificado elegir libremente como locus delicti cualquier país donde haya tenido lugar alguna parte de la serie de hechos delictivos. Véase WOLFF, M., “Derecho internacional privado”, 2ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, trad. Antonio Marín López, 1958, p. 468.

10 Es indudable que no es lo mismo un daño ocasionado por un producto defectuoso o por contaminación transfronteriza que el acaecido en un accidente de circulación.

11 Véase: GERBAUDO, G. E., Responsabilidad Civil...op. cit, p. 23.

12 Véase, por ejemplo: La ley de Quebec del 18 de diciembre de 2001; el art. 62 inc. 1) de la ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995; el art. 32 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998. También es el criterio admitido por el art. 4 del Reglamento (CE) Nro. 864/2007.

13 SAPENA PASTOR, R., “Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Montevideo, Ediciones De la Plaza, t.1, 1980, p. 352; ZUCCHERINO, R. M., “Derecho Internacional Privado”, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2008, p. 382.; WOLFF, M., “Derecho Internacional... óp. cit., p. 460; PIÑEIRO, R. F., “Ley aplicable a las obligaciones...op. cit., p. 241

14 PIÑEIRO, R. F., “Ley aplicable a las obligaciones...op. cit., p. 241.

15 Respecto a los actuales fundamentos de la responsabilidad civil puede consultarse: LORENZETTI, R. L., “El sistema de la responsabilidad civil: ¿una deuda de responsabilidad, un crédito de indemnización o una relación jurídica?”, en la Ley 1993-D, p. 1140; LORENZETTI, R. L., “La responsabilidad civil”, en la Ley 2003-A, p. 973; LORENZETTI, R. L., “Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños”, en la Ley 1996- B, p. 1107.

Al respecto, Uzal expresa que “se advierte pues, una corriente favorable a la aplicación de la ley común de las partes sobre las *lex loci*, que puede tener cabida entre nosotros, sobre todo con respecto al contacto domiciliario o a la residencia habitual, aunque ésta no nos sea tan familiar”<sup>16</sup>.

En tanto que Boggiano indica que “cuando se trata del contexto social de ambas partes, se toma en cuenta los intereses de ambas”<sup>17</sup>. La ventaja de esta tesis reside en reconocer el contexto común de las partes y la aplicación del derecho de éstas implica tomar en cuenta sus propios intereses.

Diversas legislaciones admiten como punto de conexión alternativo a la ley del hecho ilícito o a la ley de los efectos del daño, la ley del domicilio común de las partes<sup>18</sup>.

#### 2.2.4. SISTEMA MIXTO

Existe también un sistema ecléctico o mixto que combina la ley del juez y la del lugar del hecho. Según esta tesis se somete la existencia de la obligación y su monto, cuando no excede de la ley del tribunal, a la ley del lugar donde ocurrió el hecho. Por el contrario, si la ley del hecho concede un monto indemnizatorio superior a la ley del tribunal, aquella se reduce a lo que determina esta última. El razonamiento que realizan sus seguidores pasa porque la indemnización civil por delito o cuasi delito está vinculada al orden público<sup>19</sup>.

Dentro del sistema mixto, una variante reside en invertir la relación entre la *lex loci delicti* y la *lex fori*. Es decir, en lugar de partir de la *lex loci delicti* extranjera –y limitar su aplicación en un cierto grado por la influencia de la *lex fori*– se aplica ésta, pero se concede una cierta importancia a la *lex loci delicti*.

#### 2.2.5. EL SISTEMA PROPER LAW

Una moderna tendencia –de origen anglosajón– postula tomar en consideración la conexión más significativa. Esta tesis –conocida bajo la denominación de *Proper Law of the Tort*– se originó en el derecho contractual, siendo Morris quien propuso importarla al ámbito del derecho de daños<sup>20</sup>.

De esta manera, se deja de lado una conexión rígida como la *lex loci delicti*, adoptando un criterio de conexión más directamente relacionado con el caso. Se acoge la doctrina del centro de gravedad que se inclina por la ley del lugar que tiene la conexión más significativa con el objeto del litigio, lo que permite al juez “hallar la solución más adecuada a la vez que puede evitar tanto el carácter fortuito de la *lex loci delicti commissi* como la dificultad que plantea su localización en los supuestos de ilícitos transfronterizos”<sup>21</sup>. Dentro de esta posición se plantean variantes superadoras de la rigidez que plantea la fórmula “*lex loci delicti commissi*”, transitando por conexiones flexibles, como la elección del derecho de la relación más significativa; la determinación del contexto social y económico en que se inserta el caso, o el lugar sobre el cual la disputa se proyecta fácticamente en mayor cantidad de veces<sup>22</sup>.

La recepción de este tipo de conexiones en ordenamientos propios del sistema continental europeo, es producto de la globalización y la mundialización de los negocios, que en la esfera jurídica han hecho

16 UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable...op. cit, p. 845.

17 BOGGIANO, A., “Curso de Derecho Internacional Privado”, 4ª ed., Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2003, p. 740.

18 En tal sentido puede verse: art. 62 inc. 2) de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado de 1995; art. 3126 del Cód. Civil de Quebec. El mismo criterio es admitido en el art. 4 del Reglamento (CE) Nro. 864/2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales. También es la solución receptada por el art. 52 inc. 2) del Proyecto Uruguayo de Ley General de Derecho Internacional Privado del 19 de enero de 2009.

19 LAZCANO, C. A., “Derecho Internacional Privado”, La Plata, Editora Platense, 1965, p. 441.

20 SEUBA TORREBLANCA, J. C., “Derecho de daños y Derecho Internacional Privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”, en InDret 1, Barcelona, 2005, p. 67.

21 VINAIXA MIQUEL, M., “La responsabilidad civil por contaminación transfronteriza derivada de residuos”, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, p. 255.

22 UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable...op. cit, p. 847.

que ya no existan modelos legales químicamente puros (Common Law y Derecho Continental)<sup>23</sup> o que se observe una “difuminación de los sistemas legales”<sup>24</sup>.

La ventaja que ostenta esta conexión radica en presentarse como un criterio realista que toma en consideración las circunstancias del caso concreto. No obstante, la crítica que puede formularse es que la determinación del vínculo más próximo implica un proceso de valoración por parte del juez que puede ser fuente de inseguridad. La determinación de cuál, entre varios, es el vínculo más estrecho o significativo contiene una importante cuota de subjetividad. En razón de ello, se ha considerado que este punto de conexión reviste carácter excepcional y nunca podría funcionar como única conexión sino que deberá presentarse alternativamente con otros criterios de conexión, funcionando como una “cláusula de escape”<sup>25</sup>.

Este criterio es adoptado por el artículo 3° del Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, que establece una cláusula de este tipo al efecto de introducir flexibilidad en base al principio de proximidad<sup>26</sup>.

#### 2.2.6. CONEXIÓN CON LA RELACIÓN PREEXISTENTE

Siguiendo con la exposición de las alternativas posibles en materia de derecho aplicable, recordemos la de someter el acto ilícito al derecho que rige la relación jurídica preexistente. Al respecto, Boggiano señala que el acto se conecta esencialmente con el derecho propio de aquella relación siendo este vínculo más estrecho aún que el que observa con la *lex loci actus e incluso con la misma lex communis*.

Esta tesis –como su denominación lo indica– presupone que el hecho ilícito se presenta en el marco de una relación preexistente. En tal sentido, es usual aplicar esta solución a los casos en que la pretensión resarcitoria se funda conjuntamente en normas de responsabilidad contractual y delictual, por ejemplo, en el ámbito de los contratos de transporte, mandato y trabajo. También puede presentarse en la esfera de las relaciones de familia.

#### 2.2.7. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Este sistema concede a las partes involucradas en el supuesto la posibilidad de elegir el derecho aplicable al reclamo indemnizatorio. La elección no puede realizarse de manera anticipada sino después de acaecido el hecho dañoso. En materia de obligaciones no contractuales en general, el sistema de elección es admitido por el artículo 14 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y el Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales.

La posibilidad de admitir el ejercicio de la autonomía de la voluntad ha recibido fuertes críticas por parte de un sector de la doctrina nacional. En este orden de ideas, se ha indicado que aun cuando la elección sea permitida luego de haberse dimensionado la envergadura del daño, parece altamente insatisfactoria la solución por tener la virtualidad de favorecer a la parte más fuerte de la relación prestándose a indeseables abusos de derecho<sup>27</sup>. En similar posición se ha señalado que debería protegerse a las partes débiles mediante la imposición de ciertas condiciones para la elección<sup>28</sup>.

23 RUBÍN, M. E. “Tribulaciones de la jurisprudencia sobre la responsabilidad societaria en los procesos concursales”, en la Ley 7/06/2007, p. 1.

24 ALEGRÍA, H.C., “La crisis global y los impactos (duraderos y pasajeros) en el Derecho Concursal. Enseñanzas y conclusiones”, en Edición en homenaje al Prof. Dr. Ricardo S. Prono, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral, 2010, p. 13.

25 Conf. GERBAUDO, G., “Responsabilidad Civil...op. cit, p. 23.

26 Se señala que dicha cláusula “está redactada de manera que destaca el carácter excepcional de esta posibilidad, al exigir que los vínculos sean “manifiestamente” más estrechos”. Véase DE MIGUEL ASENSIO, P. A., “Régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, en Revista española de Seguros, Núm. 149, 2009, p. 695.

27 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., “Derecho Internacional...op. cit., p. 322.

28 FRESNEDO DE AGUIRRE, C., “Una rápida mirada latinoamericana al Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales (Roma II)”, D1369/2010, en [www.laleyonline.com.uy](http://www.laleyonline.com.uy)

De esta suerte, el sistema de la autonomía de la voluntad encuentra como límite la necesidad de brindar protección a la parte débil, dado que debe evitarse que la elección del derecho aplicable sea utilizada por la parte “fuerte” para imponer unilateralmente al “débil” sus intereses. Otra limitación a esta fórmula transita por atender a la protección de los derechos de los terceros<sup>29</sup>.

### 3. Evolución de la responsabilidad civil en el DIPr argentino

El sistema de responsabilidad civil ha sido pasible de un desarrollo muy rico en el DIPr argentino.

#### 3.1. El código civil de Vélez Sarsfield y sus reformas

El Código Civil en su versión originaria elaborada por Vélez Sarsfield, dedicaba diversas normas a la regulación del régimen de responsabilidad civil.

Eran sus características preponderantes: el dualismo (la ya mentada división entre responsabilidad contractual y extracontractual, estructurada sobre regulaciones diferentes e incommunicables a tenor del entonces art. 1107 y con sustanciales diferencias en materia de prescripción y extensión del resarcimiento) y el subjetivismo (al articular todo el sistema de responsabilidad sobre la base de reproches morales a título de culpa o dolo). Sin embargo, no contenía normas expresas de responsabilidad civil de DIPr, todo lo cual frente a la presencia de casos iusprivatistas con elementos extranjeros, planteaba dudas al intérprete y la necesidad de integrar el sistema con criterios o principios no positivos.

La reforma de la ley 17.711, si bien modernizó algunos aspectos del régimen (incorporando la responsabilidad objetiva y acordando mayores facultades a los magistrados), no innovó en DIPr, subsistiendo la laguna legal. Tampoco lo hicieron otras leyes modificatorias del derogado Código Civil, que retocaron aspectos puntuales (vgr: la responsabilidad de los establecimientos educativos).

#### 3.2. La transición. La preocupación de la doctrina y algunas propuestas

Hemos afirmado *supra* que hasta la reciente reforma al Código Civil y Comercial, en nuestro DIPr de fuente interna no existían normas expresas que regularan la materia. Esta situación generó gran preocupación en la doctrina nacional, que insistía fervientemente en la modificación de algunos aspectos del Código y en la sanción de normas sobre el tema. Para cubrir la laguna legislativa, se esbozaron algunas propuestas.

En orden a la jurisdicción internacional, la doctrina se pronunció en favor de la analogía, es decir, sugirió la aplicación de normas de derecho interno. De esta manera, se propuso acudir al artículo 5° inc. 4°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el cual prevé que en materia de acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos, es competente, a opción del actor, el juez del lugar del hecho o el magistrado del domicilio del demandado. Otra propuesta gravitó en la aplicación también por analogía, de la norma de competencia contenida en el artículo 7° del Protocolo de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito<sup>30</sup>.

Se entendió que las reglas tradicionales de jurisdicción debían flexibilizarse a fin de facilitar el acceso a la justicia a los sectores más débiles, evitando de esta manera la denegación internacional de justicia<sup>31</sup>.

29 Se ha manifestado que “en el ámbito de los accidentes de circulación transfronterizos se presentan como terceros las entidades aseguradoras. Estas podrían verse afectadas por el acuerdo alcanzado entre el dañador y la víctima, determinando como ley aplicable una que establezca un indemnización superior a la que resultaría de la ley aplicable en defecto de elección de las partes”. Véase GERBAUDO, G., “Responsabilidad civil...op. cit. p. 30.

30 Dicha norma confiere al actor la posibilidad de demandar por ante el juez del lugar en que se produjo el accidente, o por ante el del domicilio del demandado o por ante el juez del domicilio del demandante. Esta última tesis es avalada en forma mayoritaria por la doctrina, pues se entiende que actualmente esta es la norma con mayor proximidad analógica para ser aplicada en materia de responsabilidad, por ser una norma específica en la materia y de carácter convencional.

31 Así concluyeron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 10 de Derecho Internacional Privado: “Obligaciones extracontractuales en el Derecho Internacional Privado, Tucumán, 29 de Septiembre de 2011.

Con relación al derecho aplicable, la situación era aún más complicada, puesto que no sólo no existían reglas expresas en la materia –al igual que con la jurisdicción– sino que además la vigencia del art. 8 del Código Civil<sup>32</sup>, había provocado mucha polémica. De esta suerte, las posiciones doctrinales abarcaban desde aquellas que proponían su aplicación al tópico<sup>33</sup> hasta las que planteaban su inaplicabilidad, pasando por las que bregaban por su derogación, mientras que la jurisprudencia, en su momento, se inclinó por evitar su aplicación<sup>34</sup>. Boggiano asumió una postura interesante al considerar que la norma contemplaba los actos otorgados fuera del domicilio, dando a entender que se trataba de actos en el sentido de “negocios jurídicos” (2º parte art.) y que la comprensión intrasistemática del precepto llevaba a entender que el mismo, no regía específicamente para los actos ilícitos.

Ante esta laguna legislativa se propone la aplicación analógica de la solución prevista en el Protocolo de San Luis en materia de ley aplicable que hemos referido (art.3 a 6)<sup>35</sup>. Asimismo, se interpretó que el punto de conexión “lugar donde ocurrió el hecho” debía ser matizado atendiendo, por ejemplo, a la relación especial que el caso presente por vínculos más significativos de proximidad que haga viable una solución más justa. En esta inteligencia eran atendibles conexiones significativas con otros países en cuanto a personas, materias, espacio y tiempo<sup>36</sup>.

En definitiva la doctrina consideraba que el DIPr interno debía actualizarse y dar un paso adelante en materia de responsabilidad extracontractual. En esa dirección resultaba imprescindible una reforma tendiente a incorporar normas de DIPr específicas tanto de jurisdicción como ley aplicable.

### 3. 3. La evolución de la responsabilidad civil a través de la jurisprudencia: hacia la flexibilización del sistema

En rigor de verdad, la evolución en materia de responsabilidad civil en el DIPr no sólo ha sido una preocupación de la doctrina, sino también y fundamentalmente de la jurisprudencia, que muestra un asombroso dinamismo en la materia.

De este modo, el rol de los jueces ha ido ganando espacio en la búsqueda del derecho más adecuado a la responsabilidad civil y la jurisprudencia norteamericana<sup>37</sup> se pronuncia en un *leading case* a propósito de los siguientes hechos: un conductor neoyorquino trasladaba a un pasajero también neoyorquino, en un auto matriculado en el Estado de Nueva York, teniendo lugar el accidente en Ontario. El conflicto se resuelve mediante la aplicación a la responsabilidad por negligencia, del derecho neoyorquino del domicilio común de ambos<sup>38</sup>. O sea que el tribunal abandona como único vínculo rígido la regla *lex loci delicti* para dar paso a criterios flexibles jerarquizando la ley común de las partes sobre el derecho del lugar donde se produce el hecho.

En el caso de nuestro país, y a partir de este *leading case* de la jurisprudencia norteamericana, los jueces argentinos han tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta temática. Existe una prolifera

32 Este art. establecía textualmente: “Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que reglan la capacidad, estado y condición de las personas.”

33 Goldschmidt entendía que se aplicaba el artículo 8 del Código Civil, cuando se establecía que los actos voluntarios – lícitos o ilícitos– son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado. Véase GOLDSCHMIDT, W., “Derecho Internacional Privado”, Depalma Buenos Aires, 2005 actualizado por A. Perugini, p. 425.

34 WEINBERG DE ROCA, I. M. “Derecho Internacional Privado”, Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 236.

35 ELLERMAN, I/GALLINO, J./SALAS, P., “La responsabilidad civil extracontractual internacional en materia de accidentes de tránsito”, ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 10 de DIPr, celebradas en la ciudad de San Miguel de Tucumán en el año 2011.

36 Así concluyeron las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión N° 10 de Derecho Internacional Privado: “Obligaciones extracontractuales en el Derecho Internacional Privado, realizadas en la ciudad de San Miguel de Tucumán el 29 de Septiembre de 2011.

37 Especialmente a partir del precedente “Babcock v. Jackson”, Sentencia de la Corte de Apelación del Estado de Nueva York, del 9-5-63.

38 FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., “Derecho Internacional...op. cit. p. 318-323.



casuística que vincula a Argentina con el país vecino Uruguay, sobre todo en lo que se refiere a accidentes de tránsito.

#### 4. El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

La reciente reforma al Código Civil y Comercial se hizo eco de los pedidos de la doctrina y finalmente en dos artículos relativos a jurisdicción y ley aplicable – reguló de manera expresa la responsabilidad civil en el DIPr.

Si bien hemos dicho al comenzar este trabajo que en materia de derecho interno, y sobre la base de tendencias consolidadas en la doctrina y la jurisprudencia, la reforma ha unificado el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual<sup>39</sup> –manteniendo sin embargo algunos matices– no ha ocurrido lo mismo en el DIPr, puesto que a los fines de la determinación del juez competente y la ley aplicable se mantienen soluciones distintas en materia de responsabilidad civil, según sea contractual o extracontractual. Consideramos que esta solución es acertada por cuanto, no obstante la tendencia hacia la unificación, existen diferencias sustantivas entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual que en DIPr justifican un tratamiento diferenciado a la hora de determinar la ley aplicable y el juez competente<sup>40</sup>.

Las normas analizadas en esta sección se focalizan en la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, es decir aquella proveniente de daños injustamente causados, no derivados de obligaciones asumidas a través de un negocio jurídico<sup>41 42</sup>.

##### 4.1. Jurisdicción internacional

Fiel a la metodología seguida por el recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación en materia de DIPr (Sección IV) se regula la jurisdicción en primer término y en segundo lugar el derecho aplicable.

El art 2656 del Código Civil y Comercial, Sección 13° textualmente establece: “Excepto lo dispuesto en los artículos anteriores, son competentes para conocer en las acciones fundadas en la existencia de responsabilidad civil: a) el juez del domicilio del demandado; b) el juez del lugar en que se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos”.

La norma en estudio atribuye jurisdicción a opción del actor, alternativamente, a los tribunales del domicilio del demandado o a los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos, abriendo un espectro de foros con proximidad justificada con los hechos del caso o con la comisión del hecho ilícito.

La reforma recepta la tendencia hacia la apertura de la jurisdicción internacional, estableciendo normas de carácter concurrente o alternativas, a fin de brindar comodidad al actor y evitar el denegamiento de justicia. Asimismo, la disposición resulta digna de ponderación por cuanto la solución receptada es la que mejor armoniza en atención a la índole de los intereses involucrados, en los que se encuentra

39 En líneas generales, la reforma unifica la responsabilidad contractual y extracontractual, recepta las funciones preventivas y punitivas de la responsabilidad civil, diversos supuestos de responsabilidades especiales, amplía la órbita de actuación de la responsabilidad objetiva e incorpora modificaciones sustantivas en los diversos presupuestos de la responsabilidad. Véase: GALDÓS, J.M., “La responsabilidad civil (parte general) en el Anteproyecto”, L.L., 11/06/2012, N°1.

40 Véase: MARTÍNEZ, C.M., “Las Relaciones entre la Responsabilidad Civil contractual y extracontractual en el Derecho Internacional Privado venezolano”, Universidad Central de Venezuela, 2007, pp. 20-75.

41 Este concepto puede definirse como comprensivo de “aquellas obligaciones que nacen sin convención (legales) y que, en una enumeración de los supuestos que resultan alcanzados encontramos: los hechos lícitos e ilícitos, voluntarios o no, los llamados delitos civiles, los cuasidelitos, los cuasicontratos” Véase: UZAL, M. E., “Determinación de la ley aplicable...”. op. cit, p 847.

42 El análisis que se realiza de las normas pertinentes está basado en el efectuado por: DREYZIN DE KLOR, A., en el libro del Dr. Ricardo Lorenzetti que comprende el análisis exegético del articulado aprobado en el nuevo Código Civil y Comercial. Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2012 (en prensa).

ampliamente justificada la tutela de quien es considerada la persona jurídicamente más débil de la relación (la víctima).

Consideramos que resulta razonable la amplitud de foros alternativos escogidos y cuya elección se pone en cabeza del actor, puesto que de esta manera se materializa la realización de los derechos y de esta suerte se efectiviza la consecución del valor justicia.

El precepto se encuentra en plena sintonía con otras normas de DIPr también contenidas en el Título IV del nuevo Código Civil y Comercial. De esta manera, la norma concuerda con las reglas generales de jurisdicción internacional plasmadas en el art. 2601<sup>43</sup>, con la norma relativa a domicilio o residencia habitual del demandado del art. 2608<sup>44</sup>, y domicilio y residencia habitual de la persona humana contemplada en el art. 2613<sup>45</sup>.

#### 4.2. Derecho aplicable

La reforma también contempla el derecho aplicable a la responsabilidad civil. El art. 2657 textualmente prevé: “Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país”.

Con relación al derecho aplicable, la reforma opta por el criterio actualmente prevaleciente en el derecho comparado que asigna la mayor relevancia como contacto determinante, al derecho del país donde se produce el daño, independientemente de aquel donde haya tenido lugar el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Sin embargo, siguiendo una línea flexible inaugurada por la jurisprudencia y receptada legislativamente, se admite también que si la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tuviesen su domicilio en el mismo estado, se aplique el derecho de dicho país.

Hemos ya analizado suficientemente en apartados anteriores que más allá de las bondades y ventajas que otorga la regla *lex loci delicti commissi (...)*, -sistema que perduró durante largo tiempo- ésta realizó un viraje a partir de los desarrollos doctrinales que se sucedieron en el tiempo.

En esa línea, la reforma adopta como regla la ley del Estado en el cual se produce el daño. La solución escogida pone fin a las dudas interpretativas existentes acerca de qué debe interpretarse por “lugar de comisión del hecho”, entendiéndose por tal aquel en el cual se producen los efectos (daños) del hecho generador, siendo a este efecto absolutamente irrelevante el lugar de producción del hecho generador, situación que se aclara en forma expresa.

Sin embargo, la reforma va más allá, puesto que además afirma el artículo en comentario: “y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión”. Consideramos que esta última expresión clarifica aún más el panorama, puesto que por lugar de producción del daño, deberá entenderse aquel donde se produzcan las consecuencias

43 Este art. establece: “La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación”

44 El precepto textualmente establece: “Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado

45 El Art. 2613 prevé “A los fines del derecho internacional privado la persona humana tiene: a) Su domicilio, en el Estado en que reside con la intención de establecerse en él. b) Su residencia habitual, en el Estado en que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado. La persona humana no puede tener varios domicilios al mismo tiempo. En caso de no tener domicilio conocido, se considera que lo tiene donde está su residencia habitual o en su defecto, su simple residencia.

“directas e inmediatas”<sup>46</sup> del hecho generador del daño, no teniendo ninguna incidencia localizadora el lugar en el cual se produzcan las consecuencias indirectas<sup>47</sup> del daño.

No obstante esta solución, la reforma consagra también el “*sistema lex communis*, en virtud del cual si las partes se encontraran domiciliadas en el mismo Estado, se aplica la ley de dicho país. La ventaja indudable de esta solución reside en reconocer el contexto común de las partes y la aplicación del derecho de éstas implica tomar en cuenta sus propios intereses.

Al igual que en el caso de la jurisdicción, la solución propuesta es concordante con otras normas del Código en materia de DIPr. En efecto, cabe consignar que armoniza con lo previsto en orden a normas aplicables (art. 2594<sup>48</sup>), aplicación del derecho extranjero (art. 2595<sup>49</sup>), reenvío (art. 2596<sup>50</sup>) y orden público (art. 2600<sup>51</sup>).

#### 4.3. El valor de la reforma en materia de responsabilidad civil

El nuevo código representa un significativo avance en materia de responsabilidad civil puesto que anteriormente, el sistema de DIPr autónomo no contaba con una norma atributiva de jurisdicción y ley aplicable en esta materia.

Con relación a la jurisdicción internacional el amplio espectro de fueros receptados por la reforma facilita de forma meridiana el acceso a la justicia, permitiendo satisfacer ampliamente el derecho de defensa de las partes. La reforma se inscribe claramente, en las modernas tendencias en materia de jurisdicción flexibilizando las reglas tradicionales tendientes evitar la denegación internacional de justicia.

En cuanto al derecho aplicable, la solución receptada pone fin a la polémica generada en torno al derogado artículo 8 que consagraba la regla *lex loci delicti comissi*, y cuya controvertida interpretación no resultaba suficiente regulación. La solución incorporada aporta visos de claridad y llena un silencio legal muy importante, en la aspiración de dotar al sistema de un significativo instrumento para la seguridad jurídica.

En definitiva, el solo hecho de la regulación de estos problemas ya es un avance relevante, y mas si se repara en que se brindan respuestas claras y uniformes, igualitarias para todos los justiciables. Si a ello agregamos que las soluciones provistas son eficientes y axiológicamente compartibles, debemos concluir afirmando que la reforma efectuada en este tema es un punto de inflexión positivo y necesario.

46 Estimamos que la norma se refiere a aquellas consecuencias que causalmente ocurren de manera inmediata con el hecho generador.

47 Se refiere a las consecuencias mediatas, es decir aquellas que surgen por la conexión con otro hecho distinto al hecho generador del daño.

48 El art. 2594 establece “Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna”.

49 Art. 2595 “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino; b) si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de “tales reglas, por el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate; c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

50 Establece textualmente la norma: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

51 Art 2600. “Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.”

## 5. Conclusiones

El estudio de la “responsabilidad civil” resulta de vital importancia en el panorama contemporáneo del DIPr, no solo por la existencia de daños transfronterizos cada vez más frecuentes, sino también por el avance de la tecnología que en no pocas oportunidades influye en el acontecer de riesgos de alcance internacional.

A fin de establecer soluciones tendientes a determinar el juez competente y la ley aplicable para los supuestos de obligaciones extracontractuales en general, la doctrina ha elaborado diversos sistemas, siendo muchos de ellos receptados en instrumentos internacionales y en las normas iusprivatistas de fuente autónoma de distintos Estados.

En materia de jurisdicción internacional existen en general, variados criterios atributivos aplicables a la responsabilidad civil extracontractual, entre los que se destacan el foro del lugar de comisión del hecho, el foro del lugar de producción del daño, la jurisdicción del domicilio (demandado o actor) y el criterio del paralelismo.

Con relación al derecho aplicable, las soluciones planteadas por la doctrina transitan entre las siguientes: la *lex loci delicti*, la *lex fori*, la *lex communis*, el sistema mixto que combina la ley del juez y la del lugar del hecho, el norteamericano del *Proper Law*, la conexión con la relación preexistente, y la autonomía de la voluntad.

Más allá de las bondades y ventajas de la regla *lex loci delicti commissi*, ésta comenzó a mostrar falencias que determinaron que en muchas legislaciones se presente como factor de conexión alternativo, con otras soluciones tales como la ley del lugar en que se producen los efectos del daño.

El sistema de responsabilidad civil ha sido pasible de un desarrollo muy rico en el DIPr argentino, en particular en el DIPr de fuente autónoma. El Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield, si bien contemplaba normas de responsabilidad civil—muchas de las cuales fueron modificadas y actualizadas con la reforma de la ley 17711—, no preveía reglas específicas en el campo del DIPr.

A fin de llenar este importante vacío legal, la doctrina y la jurisprudencia propusieron algunas soluciones. En materia de jurisdicción se consideró conveniente recurrir a la analogía, aplicando normas de derecho interno (vgr: art. 5 inc 4 del CPCCN) o normas de derecho convencional (vgr: art 7° del Protocolo de San Luis). Con relación a la ley aplicable se discutió la aplicación del polémico art. 8 del anterior Código Civil, considerando la doctrina y la jurisprudencia—en su gran mayoría—que debía derogarse y aplicarse analógicamente la solución prevista en el Protocolo de San Luis (art.3 a 6).

Se interpretó que el punto de conexión: “lugar donde ocurrió el hecho” debía ser matizado atendiendo, por ejemplo, a la relación especial que el caso presente por vínculos más estrechos de proximidad, que haga viable una solución más justa. En tal inteligencia eran atendibles conexiones significativas con otros países en cuanto a personas, materias, espacio y tiempo.

La doctrina se mostró conteste en entender que el DIPr interno debía actualizarse y en consecuencia, dar un paso adelante en materia de responsabilidad extracontractual. En esa dirección resultaba imprescindible una reforma tendiente a incorporar normas de DIPr específicas tanto en materia de jurisdicción como de ley aplicable.

A nivel jurisprudencial se fue desarrollando una tendencia flexibilizadora en la figura y en esta línea se advierte un abandono gradual de la rígida regla *lex loci delicti*, como único punto de conexión. De esta suerte, comienzan a abrirse camino criterios flexibles jerarquizando la ley común de las partes por sobre el derecho del lugar donde se produce el hecho.

La reciente reforma al Código Civil y Comercial, sobre la base de tendencias consolidadas en la doctrina y la jurisprudencia, unifica el régimen de responsabilidad civil contractual y extracontractual en el derecho interno manteniendo sin embargo, algunos matices. No sucede lo mismo en el DIPr, disciplina en la que la dualidad se conserva.

En el título IV concerniente a normas de DIPr se regula de manera expresa la responsabilidad civil extracontractual en dos artículos que abordan la problemática de la jurisdicción y de la ley aplicable sucesivamente.

En orden a la jurisdicción internacional, la reforma atribuye competencia a opción del actor, alternativamente, a los tribunales del domicilio del demandado o a los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho generador del daño o donde éste produce sus efectos dañosos directos, abriendo un espectro de foros con proximidad justificada con los hechos del caso o con la comisión del hecho ilícito.

Con relación al derecho aplicable, la reforma opta por el criterio actualmente prevaleciente en el derecho comparado, que asigna la mayor relevancia como contacto determinante, al derecho del país donde se produce el daño, independientemente del estado donde se haya producido el hecho generador y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Sin embargo, siguiendo una línea flexible inaugurada por la jurisprudencia y receptada legislativamente, se admite también que si la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tuviesen su domicilio en el mismo país, se aplique el derecho de dicho país.

El nuevo código representa un significativo avance en materia de responsabilidad civil. El solo hecho de regular estos problemas ya es un paso destacable al brindar respuestas claras e igualitarias para todos los justiciables. Si a ello agregamos que las soluciones provistas son consideradas eficientes y axiológicamente compartibles, cabe consignar que la reforma obra a modo de punto de inflexión positivo y meridiano.

## LA RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE TRASFRONTERIZO OCASIONADOS POR VEHÍCULOS MOTORIZADOS

ALFREDO FERRANTE\*

### RESUMEN

*Después de una breve panorámica, se analizan algunos de los principales aspectos prácticos que pueden derivar de la contratación de una póliza de cobertura de responsabilidad por accidente transfronterizo en Chile.*

*Palabras claves: Accidente de tránsito; Derecho internacional, Derecho de Seguro, Chile y Mercosur.*

### ABSTRACT

*After a brief overview, the paper analyzes some of the main practical aspects of a coverage policy for cross-border accident liability in Chile.*

*Keywords: Car accident; International Law, Insurance Law, Chile and Mercosur.*

### I. Introducción

El tema objeto de análisis requiere algunas premisas en relación con el contexto aplicable. Analizar la responsabilidad por accidente transfronterizo por vehículo motorizado en Europa o en Chile es diferente, y la perspectiva debe necesariamente tomar conciencia de algunos factores que comportan un diferente peso crítico del tema. El tejido jurídico y la conformación morfológica y endémica de Chile y de los países de la Unión Europea son totalmente diferentes. En Europa conducir por carretera implica, por un lado, llegar mucho más fácilmente a otro país y, por otro lado, quedar sometido a una más amplia y detallada normativa que en parte armoniza toda la casuística que se da en los accidentes internacionales de este tipo<sup>1</sup>. El contexto es sumamente diferente para un país que como Chile, que tiene un largo borde costero, y cuyo tráfico vehicular se da esencialmente con Argentina, aunque hay aspectos que en parte pueden afectar otros países, si bien con limitado alcance, como Bolivia, Perú y Uruguay<sup>2</sup>.

\* Profesor de Derecho Civil de la Universidad Alberto Hurtado. Doctor en Derecho con mención europea por la Universidad de Oviedo. Dirección postal: calle Cienfuegos n. 41, Santiago de Chile. Correspondencia a: [aferrante@uahurtado.cl](mailto:aferrante@uahurtado.cl). El escrito reproduce en parte la ponencia que se dictó en las III Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho internacional privado, "Nuevos retos para el Derecho internacional privado en un mundo globalizado", Universidad de Talca, Campus Santiago de Chile, 24 de noviembre de 2016.

1 Sobre el punto me remito a la imprescindible obra monográfica de Espiniella Menéndez, Ángel, *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Fundación Madre, Madrid, 2012, también véase Espiniella Menéndez, Ángel, "Práctica española sobre accidentes de circulación transfronterizos", *Revista de responsabilidad civil y seguros*, n. 47, 2013, p. 33 y ss.

2 Sobre el tema bajo la perspectiva de otros países latinoamericanos véase v.gr. Gerbaudo, Germán G., "Responsabilidad civil por accidentes de tránsito transfronterizos. Un panorama desde el derecho internacional privado argentino y desde el Mercosur", *Revista de Derecho Privado*, (Universidad de los Andes), n. 45, 2011, p. 1 y ss; Tellechea Bergman, Eduardo, "Soluciones concluidas en el Mercosur en materia de jurisdicción internacional: análisis del protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual y de San Luis en materia de responsabilidad civil emergente de accidente de tránsito", *Revista de la facultad de Derecho*, (Universidad de la República, Uruguay), n. 24, 2011, p. 71 y ss.

Esta intervención podría plantearse de muchas maneras, sin embargo aquí quieren destacarse algunos aspectos prácticos, partiendo por el hecho que, al día de hoy en Chile, la conducción hacia otro país de Latinoamérica requiere la estipulación de un seguro obligatorio *ad hoc*, aspecto que no se produce entre los países de la Unión Europea.

## II. Empuje de la armonización de la normativa internacional sobre circulación

El argumento aquí tratado es un problema jurídicamente reciente hasta el punto que en algunos países, todavía se refleja indirectamente una visión anterior a la revolución industrial. Valga como ejemplo que, en Colombia, el vehículo sigue llamándose todavía coloquialmente el “carro”, anécdota que da constancia de que, antes de la creación y producción en masa del vehículo a motor, era muy difícil moverse.

Haciendo un rápido recorrido histórico, desde el “fardier” de Nicolas Cugnot, primer coche a vapor de 1769<sup>3</sup>, se llega al primer vehículo a combustión interna con gasolina en 1885 y, después de poco más de 10 años, en 1909 se redacta la primera convención internacional, donde once países, entre ellos por ejemplo Italia y Francia, empiezan a coordinar cuales podrían ser las normas apropiadas para regular el tráfico vehicular internacional. El interés para esta temática conlleva a que la misma Convención se perfeccione dos años después mediante la Convención Internacional de Circulación de Automóvil de 1911, que conduce a una armonización de la señalética. Son las dos Convenciones de Viena de 1926, sobre la circulación vial internacional y la relativa a la circulación de automóvil, las que vienen a consolidar la normativa de este sector. Con la Convención de Ginebra de 1931 se consigue concluir este proceso de armonización en todos los países firmantes, estableciéndose más de veinte tipos de señales de tránsito, seguidos también por Chile, después de que el país ratificara la convención en el año 1960.

Para finalizar con este rápido excursión histórica, deben señalarse también las dos Convenciones de 1969 en Viena, nuevamente sobre circulación vial y señalización vial, actualizadas en los años 1971, 1973, 1982, 1995 y finalmente en el 2006.

Se han querido destacar estos aspectos para evidenciar la presencia, desde el inicio, de una preocupación en armonizar el sistema, lo que ha llevado a que en la mayoría de los países existen casi idénticas normas de tránsito o de normas sobre señales de tránsito.

Sin embargo esta casi plena armonización (y por lo tanto del casi automático conocimiento de la señalética por parte de un conductor de un diferente país) no coincide una plena concesión de derechos al conductor. Por ello, en determinados casos no puede conducirse en un país con la licencia otorgada por otro. Razones administrativas impiden hacer efectivo un derecho que podría desarrollarse de manera automática en el ámbito transfronterizo, al haber sustancial identidad de señalética de tránsito y al manejar vehículos que, en un mundo globalizado, ya son idénticos (incluso pudiendo ser el mismo vehículo el que se está conduciendo) en los diferentes Estados.

En este ámbito debe destacarse que la Ley de tránsito de Chile ha sido justamente modificada en 2005 por la Ley N° 20.046 cuyo preámbulo de tres páginas, aborda la problemática de la validez que tiene la licencia de conducir extranjera en Chile.

Por el primer inciso de art. 59<sup>4</sup> de la Ley Transito, así como modificado, se establece un importante cambio al fijarse que: “el titular de una licencia o permiso internacional vigente para guiar vehículos motorizados, expedidos en países extranjeros en conformidad con la Convención de Ginebra, podrá

3 Sobre el recorrido de la historia de la creación del automóvil, véase v.gr. Parissien, Steven, *The life of the automobile*, Thomas Dunne Books, New York, 2014.

4 DFL n. 1/2009 (correspondiente al art. 53 Ley n. 18.290 así como reformado por Ley n. 20.046). Por lo que respecta al conductor de vehículo con patente extranjera que circulan en Chile vid. art. 60 (correspondiente al art. 54 Ley n. 18.290 así como reformado por Ley n. 20.046).

conducir en todo el territorio de la República y quedará sometido a las prescripciones de la presente ley y demás normas legales o reglamentarias”.

La postura tomada en la norma encubre matices económicos, ya que la medida fomenta claramente la posibilidad de que un turista puede alquilar un vehículo en Chile a lo largo de su estadía. Así, bien puede afirmarse que la razón más bien es económica y no estrictamente jurídica. El preámbulo de la Ley N° 20.046 aporta datos estadísticos, por ejemplo afirmando que los estadounidenses se quedan quince días de promedio en su estancia; lo que puede fomentar la posibilidad de arrendar un vehículo, moviendo por ello, la economía del país. El reflejo de la importancia económica de la medida se expresa en el hecho de que si el extranjero ya no es turista, y pasa a tener una residencia temporaria o definitiva, debe necesariamente poseer una licencia de conducir nacional (debiéndose asumir los consecuentes gastos y tasas administrativa en el nuevo país).

Aquí la efectividad de cualquier derecho del sujeto viene aplastada a favor de patrones administrativos. Esto lleva a la paradoja de que se necesita una diferente licencia de conducir si quiere residir en otro país a pesar que, como se ha visto, exista una armonización de las señales de tráfico. Esto es aún más contundente en un contexto, como el de la Unión Europea, donde hay una tendencia a la libre circulación de vehículos y libre circulación de persona. En definitiva, se hace valer la licencia no en virtud de la efectiva capacidad de conducir, avalada de un examen previo, sino del *status* de turista o no turista del extranjero que conduce en el país.

Ahora bien, a una armonización de normativa sobre señalética no corresponde una perfecta coordinación de normas sobre responsabilidad por vehículo a motor por accidente trasfronterizo (por ejemplo entre Chile y sus países limítrofes). Esto si existe, sin embargo, en ámbito de seguro.

Por ello hay que constatar que la asociación latinoamericana de integración (ALADI) - creada mediante el Tratado de Montevideo de 1980<sup>5</sup> - ha, entre sus actividades, adoptado el acuerdo internacional sobre el transporte Internacional (ATIT) de 1990, incorporado por Chile al año siguiente<sup>6</sup>, por el cual es necesaria la contratación de un seguro obligatorio si se quiere salir al extranjero con un vehículo. Lo que es importante es que entre los siete miembros de la ALADI firmantes, no solamente está Chile, sino todos los países con que limita su territorio.

### III. Algunos aspectos prácticos a destacar

Efectuadas las premisas anteriores, se vean las consecuencias prácticas que la contrataciones de un seguro obligatorio puede conllevar, por ejemplo suponiéndose que un sujeto extranjero que viaja a Chile, turista, que quiere conducir a lo largo de un fin de semana, desplazándose también a conocer Argentina. Las posibilidades que se dan es que sea el mismo propietario del coche quien lo haga, o un conductor no propietario. En este último caso podría ser un extranjero o un chileno al que se abriría la disyuntiva si alquilar un coche o por ejemplo aceptar la amable invitación (que, como se verá, sería sólo en lo aparente una solución más rápida) de un amigo de que le preste su vehículo.

Voy a ofrecer algunos ejemplos prácticos, derivado de la posible contratación de esta tipología de seguro por internet mediante varios seguros entre los cuales los ofrecidos por Falabella, Ripley, Santander, HDI, Banco Chile y otros más.

#### *a. Vehículo no alquilado y contratación de la póliza.*

Se analiza el caso en que se utiliza un vehículo no alquilado, por parte del propietario o por parte de otro conductor. A la hora de contratar lo que se exige son los datos del vehículo (chasis, número del

5 Por lo que respeta Chile el Tratado se incorpora mediante el Decreto n. 568/1981 (Diario Oficial 24 de agosto 1981). El tratado fue suscrito por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Estados Unidos Mexicanos, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

6 Véase Decreto n. 257/1991 (Diario Oficial 17 de octubre de 1991) que promulga el acuerdo sobre transporte internacional terrestre adoptado el 1 de enero de 1990 por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.



motor, patente, entre otros), además del DNI del propietario del vehículo. En ningún momento se da la opción de poder identificar el conductor. Por lo tanto, las compañías parten del presupuesto que quien contrate sea éste y no un tercero conductor.

Hay que remarcar que el acuerdo internacional de 1990 al obligar a contratar el seguro internacional afirma expresamente, al referirse al transporte propio, que la obligación de contratar el seguro se hace extensiva, en términos generales “a los propietarios o conductores” (véase el art. 1 de su Anexo).

Compréndase que aunque el procedimiento que acabo de describir permite contratar el seguro por parte del conductor, esta contratación podría darse sólo (por lo menos en la modalidad por contratación electrónica) por cuenta de terceros (el propietario), no permitiendo la posibilidad de que se contrate en nombre propio, por parte del conductor.

Esta constatación es de mucha relevancia ya que, por la legislación chilena, si bien puede accionarse frente a la compañía de seguro para las lesiones personales<sup>7</sup>; debe en todo caso considerarse que el conductor es solidariamente responsable junto al propietario<sup>8</sup>.

En la eventualidad de que se viaje con un vehículo prestado las cosas además se complican, ya que normalmente se desconoce que en dicha situación se exige, al momento del pasaje a la frontera, la autorización del traslado del vehículo motorizado por parte del propietario. Esta se logra mediante un permiso notarial que el mismo propietario debe ir a firmar presencialmente en notaría y que vale aproximadamente entre 4000-6000 pesos.

Se comprenda que esta situación comporta dos problemas. El primero, se debe al desconocimiento del consumidor de la situación, que se refleja en un inconveniente de naturaleza práctica, ya que su desconocimiento impide *de facto* que el sujeto cruce la frontera. Muchos son estos casos, ya que podría darse con cualquier vehículo de empresa utilizado incluso del socio mayoritario de la misma, al requerirse técnicamente el mismo permiso notarial firmado por el sujeto en calidad de representante legal de la empresa. La realidad de los hechos destaca incluso las pocas fuentes de información a favor del consumidor en estas situaciones.

El segundo aspecto, deriva de la situación especular, es decir en caso de conocimiento de la situación. El problema aquí es más bien de fondo, ya que frente a las posibles alternativas de elección (tomar prestado el coche o acudir a alquilar uno) el coste beneficio y el sistema jurídico empujan a que el viajero, aunque tenga la posibilidad de que le presten un coche, opte para alquilarlo ya que esto le permite ahorrar no sólo los costes del permiso notarial, que no se necesita en caso de coche alquilado, sino también porque el coste hora del propietario del coche para desplazarse hasta el notario sería muy probablemente demasiado elevado, sobre todo si se trata de un trabajador. En definitiva la aplicación de rigurosa normativa sobre la movilidad de personas y bienes – reflejada por ejemplo en la ausencia, *mutatis mutandis*, de un espacio Schengen - beneficia indirectamente determinados tipos de contratación.

#### *b. La importancia de la elección de la póliza y su aparente cobertura.*

La hipótesis que se está analizando presupone una persona natural, ya que el viaje se realiza a través de un vehículo de paseo, particular o de alquiler. Por lo tanto, es importante destacar que se está en un particular ámbito de protección jurídica, la tutela de un sujeto más débil, cual es el consumidor (al margen de la aplicación cuando procede del código de comercio).

7 Esto aún más si se piensa y se acepta la posible acción directa frente al seguro, a raíz de la reforma de 2013. En este sentido adoptando la postura de Corral Talciani, Hernán, “La interposición de la acción directa implícita del tercero perjudicado en contra del asegurador de responsabilidad civil en el nuevo régimen de seguro chileno”, en Revista Chilena de Derecho, n. 2, 2015, p. 397 y ss. La compañía tiene acción de regreso frente al tomador del seguro, que se presume ser el propietario, en caso de dolo: cfr. arts. 4.4, 6 y 16 Ley n. 18.490/1986.

8 Cfr. arts. 165 y 169 DFL n. 1/2009.

El sujeto, con toda probabilidad, al saber que se trata de un seguro obligatorio, podría pensar que la póliza lo cubra de los principales daños que pueda conllevar un eventual accidente, aún más debiendo confiar en un sistema, como el chileno, que prevé el previo depósito de pólizas en la Superintendencia de Seguros y Valores (SVS).

Otro aspecto puede destacarse. El consumidor no tiene, en línea de máxima, no sólo la capacidad, sino tampoco la posibilidad de poder comparar el contenido de las varias pólizas. Su posibilidad comparativa muchas veces se limita al precio de las pólizas. Sólo al momento de su pago se desvelan las detalladas informaciones de ésta, no cumpliéndose adecuadamente los estándares de oportuna información. Efectivamente el anuncio previo de la póliza a contratar da informaciones generales sobre la póliza. Además en la mayoría de las simulaciones que se han realizado, se otorga sólo el número de la póliza (así como depositada en la SVS) y no se da acceso a su totalidad (por lo tanto no pudiéndose leer).

Debe destacarse que aunque el Acuerdo de 1990 impone un seguro obligatorio internacional, el contenido de la póliza es diferente dependiendo de si el viaje se realiza por un vehículo de paseo (particular o de alquiler), o en ejecución de un contrato de transporte.

El artículo 13 del Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre<sup>9</sup> afirma que las empresas de transportes por carretera que realicen viajes internacionales deben contratar un seguro que como mínimo debe tener un seguro frente a daños a terceros, un seguro frente a pasajeros y un seguro con cargas transportadas. Sin embargo esta obligación es menos estricta en el caso del vehículo de paseo ya que, de la interpretación conjunta con el Anexo del Convenio, se deduce que este seguro, en estos casos, no requiere estos tres tipos de coberturas, sino que simplemente el seguro de daños a terceros.

La consecuencia es que las pólizas de seguro obligatorio internacional que las compañías ofrecen, se limitan esencialmente a un seguro de daño a terceros y excluyen el daño al conductor y a las personas transportadas.

Esencialmente, puede destacarse, sin exhaustividad que las pólizas depositadas en la SVS a efectos de esta tipología de seguros y reflejan efectivamente cuanto se ha afirmado.

La primera (actualmente utilizada por Santander), por ejemplo, es exclusivamente válida para viajes a Argentina (póliza n. 120131109). Luego, hay otras de carácter más amplio, válidas para viaje en todo el Mercosur (por ejemplo la póliza n. 120130414 – utilizada por Falabella y Ripley; o la Póliza n. 1 05 042, usada por Banco Chile o Banco Condell, póliza n. 1 04 089, usada por Aseguradora Magallanes y Paz Seguro) y otra que, otorga una cobertura más amplia, incluye el seguro antirrobo del vehículo (póliza n. 120150596, usada por Falabella). Aquí quedan fuera las que se dedican al verdadero transportador ajeno por lo tanto a vehículo de paseo<sup>10</sup>.

Ahora bien el contratante, consumidor, a la hora de contratar la póliza se ve con una serie de informaciones generales proporcionada en la página web sobre el seguro obligatorio sin poder entrar en el detalle de su contenido. Por ello esencialmente, siendo estas informaciones de carácter general, le resulta difícil efectuar una comparación que comporte una elección del producto adecuada.

Además hay que efectuar una consideración. Si se observa la información de las varias páginas web las compañías de seguro informan, consta que la póliza cubre (tomando un ejemplo real y omitiendo la página consultada):

- Daños causados a personas o cosas no transportadas
- Cobertura en todo el territorio de la República de Argentina
- Montos asegurados y límites de responsabilidad por vehículo y evento:

9 Decreto n. 257/1991 que promulga el acuerdo sobre transporte internacional terrestre adoptado el 1 de enero de 1990 por Chile, Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay.

10 Que expresamente deben comprender todo tipo de seguro, comprendiendo daños causados a personas o cosas transportadas o no por ejemplo póliza n. 1 89 001, póliza n. 120140039; póliza n. 120130410.

- muerte, gastos médicos hospitalarios y/o daños personales (...)
- Daños materiales (...)

Esto podría inducir con toda probabilidad al consumidor promedio a entender que probablemente la póliza cubra la muerte y gastos médicos de cualquier persona, es decir también de las persona que ven en su coche, ya que la normal persona no identifica que al ser un seguro de responsabilidad civil por daños esto cubre sólo los frente a terceros, quedando excluidos los del conductor y de los transportados.

Aunque se consiguiera conocer la diferencia entre un seguro de daños y un seguro personal, aquel conductor que es también propietario del vehículo podría pensar que, aunque el seguro internacional no cubra estos accidentes - por ejemplo la lesión del conductor -, sí estén cubiertos automáticamente por el seguro obligatorio de coches chileno (SOAP) que ya tiene contratado ya que, como norma general, los cubre.

Sin embargo, la constatación de esta persona se convertiría en mera ilusión, ya que el SOAP no cubre esta tipología de accidentes una vez que se cruza la frontera<sup>11</sup>. Por ello, aunque se haya contratado hasta dos seguros (el SOAP y el obligatorio internacional), podría verse desprotegido el cobro de la indemnización por las lesiones del conductor, si se sufriera un accidente en territorio extranjero.

La inmediata consecuencia de esta situación es la necesidad de contratar una ulterior, y tercera póliza, para garantizar la cobertura de los daños al conductor y a los trasportados. En este caso podría contratarse una póliza por accidentes personales o una póliza complementaria relativa al vehículo, por ejemplo con cobertura “full” (esto se da porque en un considerable número de casos los chilenos se limitan de facto a contratar solo el SOAP).

La primera elección conllevaría el inconveniente que, en este caso, debería ser una póliza por cada persona, conductor<sup>12</sup> y transportado, aunque hay algunas tipologías de la llamada “Responsabilidad Civil Internacional” (RCI), que cubre también daños a determinados familiares (que probablemente viajen juntos)<sup>13</sup>.

La segunda posibilidad - que sin embargo no tiene aquel conductor al que se ha prestado el coche (a no ser que convenza al amigo propietario) - es que el propietario contrate la póliza “full” relativa al vehículo, con el inconveniente de deber asumir un gasto anual, a pesar de que se trate de un viaje de pocos días al extranjero. Esto porque esta tipología de cobertura tiene una duración anual, no pudiéndose rescindir antes de un mes, contra, en cambio, la posibilidad de poder contratar una póliza de seguro obligatorio internacional o una RCI de accidentes por un período mínimo de cinco días.

Independientemente de la importancia en la elección de la póliza de seguro obligatorio internacional queda siempre un punto ciego que puede sólo cubrirse con un seguro adicional que mire a la cobertura de las lesiones al conductor y a los transportados. Por lo tanto, aunque se aumentara la información para el contratante - permitiéndole una efectiva comparativa entre las pólizas posible objeto de contratación - existiría este importante aspecto de fondo que no queda resuelto ni armonizado por el actual sistema.

#### IV. Soapex.

Aunque hasta ahora se ha analizado la perspectiva desde el punto de un vehículo chileno que quiere desplazarse al extranjero, bajo su vertiente simétrica, debe darse acto del crecente número

11 Por ejemplo así se excluye por el art. 5 letra c) póliza n. 320130487, art. 5 letra b) póliza n. 3 03 065.

12 Sólo en limitados casos, como el banco Condell, se ofrece la posibilidad (junto a la póliza 1 05 042) de la contratación de una cobertura adicional por muerte o incapacidad del chofer (póliza n. 1.93.003), quedando sin embargo fuera los daños y lesiones a los trasportados.

13 Por ejemplo contratando la póliza de seguro de asistencia a persona e viaje: póliza n. 120131701 (oferta por ejemplo por Falabella, Ripley o HDI).

de accidentes personales causados por vehículo motorizados con matrícula extranjera en Chile que han progresivamente aumentado y se han casi duplicado entre el año 2011 y el año 2015<sup>14</sup>. En este sentido la SVS<sup>15</sup> desde el año 2013<sup>16</sup> ha regularizado la comercialización del “Seguro Obligatorio de Accidentes personales causados por vehículos motorizados con matrícula extranjera” (SOAPEX). En definitiva se trata de una póliza que los extranjeros pueden contratar a la hora de entrar al país con coche no chileno, a condición de que lo hagan de forma provisoria o temporal.

Ahora bien hay que destacarse un importante aspecto de trascendencia práctica. El Soapex esencialmente refleja, en su contenido y cobertura, la misma tipología del Soap nacional. Por lo tanto no sólo cubre daños a terceros, sino las lesiones a conductor y transportados.

La consecuencia de la introducción de esta nueva póliza genera una clara diferencia de tratamiento entre la póliza de seguro obligatorio que la entidad chilena ofrece al chileno que viaja al extranjero (que no es el Soapex) y la póliza de seguro que el extranjero puede contratar al circular con su vehículo en Chile (que sí es el Soapex). En definitiva las pólizas predisuestas por las compañías de seguro y depositadas en la Svs desfavorecen claramente al contratante nacional si bien se trate de la misma tipología de seguro (el seguro obligatorio internacional) que tiene su raíz y origen del mismo ATIT.

## V. Conclusiones

Se han podido evidenciar aquí sólo algunos aspectos que sin embargo se consideran suficientes para poder afirmar que el sistema necesita una reestructuración, incluso si se piensa que la aplicación conjunta del SOAP con el seguro internacional puede crear desequilibrios y ausencia de coberturas frente al mismo contratante. Esto se debe a la poca información que se proporciona al consumidor contratante, a la tecnicidad y a la modalidad de su contratación, un contrato de adhesión telemático previamente depositado en la SVs que no da margen de negociación.

Así que, aunque en menos de cinco minutos puede contractarse *online* un seguro obligatorio para ir al extranjero, por ejemplo en Argentina, al adentrarse un poco más en el detalle pueden destaparse problemas prácticos, algunos de los cuales se han intentado mostrar aquí. A todo esto se añade otro complejo problema, que aquí no se ha podido abortar, el de coordinar también la normativa internacional para hacer efectivo y rápido el cobro de la correspondiente indemnización.

14 En el año 2011 fueron 766, en el 2012 han sido 900, para subir a 1107 en el año 2013, a 1185 en el 2014 y hasta 1413 en el 2015: Consulta personal realizada a la Comisión Nacional de Seguridad de Tránsito (ref. CAS-234452-C1J1M1) relativa a los accidentes de tránsito durante los años 2011-2015, con participación de conductores extranjeros en Chile.

15 Véase la Circular n. 2121 de 18 octubre de 2013 de la Superintendencia de valores y seguros (con vigencia desde el 6 de noviembre de 2013).

16 Se trata de la póliza de seguro obligatorio de accidentes personales causados por vehículos motorizados con matrícula extranjera incorporada al depósito de pólizas como póliza n. 320130479.

## LOS PRINCIPIOS DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DE LEY APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES COMO MODELO DE ACTUALIZACIÓN AL SISTEMA CHILENO

PABLO MAHU\*

### RESUMEN

*La Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado publicó recientemente los principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Este instrumento es hoy la manifestación más moderna del soft-law en materia de contratos internacionales, y su articulado resulta altamente concordante con nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia contemporánea. Por ello, se recomienda la adopción de dichos principios como normativa interna.*

*Palabras Claves: Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado, Principios sobre elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, ley modelo, Derecho Internacional Privado.*

### ABSTRACT

*The Hague Conference on Private International Law recently published the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. This instrument is the, today, the most modern manifestation of the soft-law, and its articles are highly compatible with our contemporary legislation, doctrine and case-law. Thus, it is highly recommended to implement said principles as internal regulation.*

*Key Words: The Hague Conference on Private International Law, Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, model law, Private International Law.*

Recientemente, el día 2 de octubre del presente año 2017, fue firmado el convenio ADIPRI<sup>1</sup> – Ministerio de Justicia – Universidad de Chile para la elaboración de un anteproyecto de ley de Derecho Internacional Privado para nuestro país.

Dicha iniciativa apunta a la imperante necesidad de actualización de nuestro ordenamiento jurídico en materias de derecho internacional privado (“DIPri”), poniéndonos al día con los diversos tópicos de la disciplina, los cuales tienen hoy un tratamiento anticuado para los estándares comparados.

Uno de los aspectos más relevantes de todo el proyecto de ley, en opinión del autor, será aquel relacionado con los contratos internacionales. En efecto, los contratos son el elemento básico del tráfico comercial internacional, haciendo posible el flujo internacional de bienes y servicios que, a futuro, se espera, pasará a ser la norma general dentro del tráfico jurídico general<sup>2</sup>. Así, su importancia práctica es innegable y su regulación es apremiante.

\* Profesor Instructor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

1 Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado.

2 Su importancia no radica únicamente en sus efectos legales derivados de la celebración misma, sino también en su indispensabilidad en temas fiscales y regulatorios.

En Chile, como es sabido, no existe una regulación supletoria y general para los contratos internacionales, de hecho, los más destacados autores nacionales en la materia han debido echar mano a una serie de preceptos legales (principalmente del Código Civil, de Comercio y de Derecho Internacional Privado) para generar algo así como una teoría del contrato internacional en el derecho chileno<sup>3</sup>.

Existen, en todo caso, cuerpos normativos especiales, como el Decreto Ley 2.349 del Ministerio de Hacienda sobre Contratos Internacionales para el Sector Público y la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que regulan ciertos tipos especiales de contratos internacionales, pero evidentemente ellos no constituyen un cuerpo básico, general y supletorio en esta materia.

No obstante, la mencionada falta de legislación no ha sido óbice a la práctica masificada de la contratación internacional en nuestro país, en donde día a día se celebran contratos con dicho carácter. Así, estos instrumentos se utilizan para la compraventa de acciones o activos financieros, para la prestación de servicios de ingeniería, construcción, licencias y franquicias, entre otras muchas operaciones comerciales.

Es por ello que urge que un país como Chile, con amplia vocación internacional, actualice la normativa del ramo, adecuándola a los estándares del DIPri contemporáneo, creando un marco normativo moderno que sea capaz de otorgar certeza jurídica a las relaciones contractuales internacionales.

Con dicho objetivo en mente, en este trabajo se analizarán los Principios de la Conferencia de La Haya para el Derecho Internacional Privado (en adelante, la “Conferencia”) sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales (en adelante, los “Principios”), con el fin de determinar la viabilidad de adoptarlos en nuestro ordenamiento jurídico como ley.

### **1.- Principios sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, de La Conferencia de La Haya.**

En julio de 2006, la Comisión Especial sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia invitó a la Oficina Permanente a realizar un estudio sobre la viabilidad de elaborar un instrumento relativo a la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. El estudio encargado debía centrarse, en particular, en evaluar si existía una necesidad concreta de elaborar dicho instrumento.

En enero de 2010, el Grupo de Trabajo encargado de redactar un proyecto de instrumento no-vinculante se reunió por primera vez, iniciando un largo camino de estudio, el cual finalizaría el día 19 de marzo de 2015, cuando la Conferencia publicó los Principios, previa aprobación de los Estados miembros en el proceso de consulta.

La Conferencia es una de las organizaciones intergubernamentales más importantes del mundo en materia de comerciales y civiles internacionales<sup>4</sup>, y el trabajo publicado resulta ser hoy la más moderna manifestación del *soft-law* que se pueda encontrar en materia de contratos internacionales.

Un estudio detenido de dichos principios demostrará que ellos no resultan contrarios a nuestro ordenamiento jurídico actual, pues, por variados motivos de índole práctica, nuestros operadores jurídicos han tendido a seguir la línea evolutiva del DIPri contemporáneo que en ellos se ha plasmado. Todo esto significaría su rápida y pacífica adopción por nuestro legislador, lo cual a su vez facilitaría enormemente la labor de actualización de nuestro derecho interno en esta materia.<sup>5</sup>

3 RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Derecho Internacional Privado, Editorial Thomson Reuters, 1ª Edición (2013), pp. 230-232.

4 De la cual el Estado de Chile es miembro desde el 25 de abril de 1986.

5 De acuerdo a los mismos Principios, estos pueden ser usados como modelos legislativos.

Por ello, en los apartados sucesivos procederemos a analizar los Principios, de forma de poder dilucidar su naturaleza, estructura y alcance, con el objetivo de poder resaltar aquellos aspectos que evidencian su compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico. En el análisis se hará referencia también a la jurisprudencia y doctrina nacional, de forma de dar una visión completa de su compatibilidad legal.

### 1.1. *El concepto de contrato comercial internacional contenido en los Principios*

#### I.I.I. EL CARÁCTER DE INTERNACIONAL DEL CONTRATO

Los Principios establecen su ámbito de aplicación material únicamente a contratos comerciales de carácter *internacional* tal cual se definen en el art. 1.2. Dicho carácter se determina de forma negativa, excluyéndose de su ámbito de aplicación material únicamente a las relaciones jurídicas contractuales regidas exclusivamente por el derecho interno, es decir, aquellas que no presentan elementos de internacionalidad relevantes de ningún tipo.

Este concepto amplio de internacionalidad, aunque definido de forma positiva, ha sido recogido de forma expresa por nuestra jurisprudencia, al siguiente tenor:

*“Que resulta necesario consignar que diferentes elementos se han tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia para otorgar carácter de internacional a los contratos: Nacionalidad de las partes, su domicilio o residencia; lugar donde se desarrolla la negociación, la celebración del contrato y la ejecución de sus obligaciones e, incluso, sus aspectos posteriores, relacionados con los requisitos de los actos y sus efectos, como cualquier otro punto que vincule a las partes y les sea relevante. Sin perjuicio de lo anterior, resulta indispensable que sea posible la aplicación de distintos sistemas jurídicos, en especial por el desplazamiento de un Estado a otro para el cumplimiento de la prestación o que las partes se encuentren localizadas en el territorio de diferentes países. Se conjugan aspectos formales como materiales en la calificación de internacional de un negocio jurídico, siendo el de mayor importancia la concurrencia de distintos ordenamientos jurídicos en la regulación de sus elementos y la competencia de sus sistemas judiciales.”*<sup>6</sup>

Otra jurisprudencia nacional ha sostenido un criterio más restringido de internacionalidad, en cuanto los factores de conexión “internacionalizantes” deben ser relevantes o significativos:

*“Que la doctrina nacional define el Derecho Internacional Privado como la rama del derecho que tiene por objeto resolver acerca de las normas que se aplican y los tribunales que conocerán los asuntos con elementos internacionales relevantes; regular los efectos de las sentencias extranjeras y determinar la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas y la condición jurídica de los extranjeros (“Curso de Derecho Internacional Privado. Parte General”, Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2004, página 16.) Ese elemento extranjero a que se refiere el concepto transcrito puede presentarse, en el caso concreto, de diversas formas (una o más) y así sucede si uno de los otorgantes del acto es nacional de un Estado extranjero o tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado extranjero, o si el bien sobre que versa el acto o contrato se encuentra situado en el extranjero o, por fin, si el acto o contrato que se ejecuta o celebra, ocurre o produce sus efectos en el extranjero. Ahora bien, no todo elemento extranjero transforma el caso en internacional, sino que es menester que las consecuencias de los hechos demanden una reglamentación que corresponda a su carácter internacional. Por consiguiente, para que se trate de un auténtico caso de derecho internacional, ese elemento extranjero debe ser relevante, esto es, importante o significativo.”*<sup>7</sup>

En cualquier caso, esta interpretación no resulta contradictoria con los Principios en estudio puesto que el mismo art. 1.2 establece que un contrato es internacional a menos que cada parte tenga sus establecimientos en el mismo estado y la relación de las partes, y todos los otros elementos relevantes, independientemente del derecho elegido, estén conectados con el mismo Estado.

6 Corte Suprema, Rol N° 3225-2008, sentencia de fecha 08.09.2009; N° 5228-2008, sentencia de fecha 15.12.2009; y N° 1724-2010, sentencia de fecha 21.06.2010.

7 Corte Suprema, rol N° 2026-2007, sentencia de fecha 28.07.2008.

Es decir, la limitación a la relevancia de los factores de conexión se encuentra expresamente establecida, por lo que no presenta contradicciones con nuestra jurisprudencia interna.

Por otra parte, la Corte Suprema ha sostenido<sup>8</sup>:

*“VIGESIMO SEPTIMO: Que como primer aspecto a determinar se encuentra la naturaleza de la convención, en el sentido de si se trata de un contrato nacional o internacional. [...] Es así que una primera aproximación se realiza teniendo en cuenta la legislación aplicable, lo cual debe ser ponderado desde dos aristas necesariamente congruentes: La primera: Debe existir fundamento suficiente para decidir la aplicación de ordenamientos jurídicos de distintos Estados, ya sea por un elemento subjetivo, derivado de la nacionalidad de las partes; por un elemento objetivo, al estar referido a bienes o servicios que se encuentran en diversos estados, se desplazan o se ven afectados, en sus consecuencias, directa o indirectamente, por la convención celebrada en un Estado diverso. Estos elementos pueden quedar comprendidos en todo el iter contractual y no solamente al mirar el contrato como una relación jurídica constituida, sino que desde los tratos preliminares, acuerdos preliminares necesarios, cierre de negocios, contratos preparatorios, contratos definitivos, rendición de cuentas, cumplimiento e incumplimiento. Comprende lo que se denomina responsabilidad precontractual, contractual y Post-contractual. En definitiva se puede observar que es el elemento territorial el que de alguna manera incide en la aplicación de diferentes ordenamientos, e incluso, sistemas jurídicos. Se encuentra referido el tema a la ley aplicable al contrato. En la segunda arista a determinar, que puede incidir en la calificación del contrato, se encuentra en el antecedente que, establecida la necesidad de optar por la aplicación distintos ordenamientos, la decisión debe ser adoptada acudiendo a criterios entregados por el Derecho Internacional Privado, ya sean preestablecidos por los estados mediante tratados o por disposiciones del derecho interno o acudiendo a principios de esta rama del Derecho.”*

En este caso, el máximo tribunal discurre acerca de los elementos del contrato internacional mencionando especialmente el “elemento territorial”, queriendo decir que la localización de los elementos del contrato en distintos “territorios”, es decir, jurisdicciones, incide en la aplicación de diversos ordenamientos jurídicos y, por tanto, internacionaliza la relación jurídica.

Esta interpretación no menciona la necesidad de una conexión mediante un elemento extranjero relevante, pero nada impide lógicamente adecuarla para morigerar su conceptualización amplia.

Por otro lado, nuestra doctrina nacional ha advertido la dificultad conceptual que se deriva de la inexistencia normativa mencionada<sup>9</sup>. Por ejemplo, Mario Ramírez advierte sobre la falta de definición del contrato internacional<sup>10</sup>, para luego hacer suyos los razonamientos esbozados en la causa rol N° 2.349-2005 ya mencionada.

De igual forma, Carlos y Gabriel Villarroel parecieran defender un concepto amplio de contrato internacional, al sostener que el aumento de las relaciones jurídicas internacionales contractuales “crea un conflicto entre varias leyes que pretenden regir esta obligación”.<sup>11</sup> Esta concepción estaría en línea con la definición negativa establecida por los Principios en su art. 1.2.

Finalmente, otro destacado tratadista nacional, Diego Guzmán, sostiene igualmente que son contratos internacionales “aquellos que por sus elementos de hecho interesan a varios sistemas jurídicos”.<sup>12</sup>

8 Corte Suprema, rol N° 2.349-2005, sentencia de fecha 14.05.2017.

9 Para un estudio acabado sobre este punto, véase: MEREMINSKAYA, Elina. “Contratos internacionales e ‘internacionalización’ de contratos nacionales”, Anales de la Facultad de Derecho, Quinta época, N° 1, Universidad de Chile, Santiago: pp, 111-118.

10 RAMÍREZ NECOCHEA, Mario. Derecho Internacional Privado, Editorial Thomson Reuters, 1ª Edición (2013), p. 239.

11 VILLARROELL BARRIENTOS, Carlos y Gabriel. Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición (2015), p. 310.

12 GUZMÁN LATORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición (2016), p. 521.



Así entonces, la conceptualización utilizada por los Principios no es ajena a nuestra doctrina y jurisprudencia, por lo que procederemos a analizar en detalle el tratamiento legal de la elección del derecho aplicable en contratos internacionales.

#### 1.1.2. EL CARÁCTER DE COMERCIAL

El carácter de comercial del contrato establecido por los Principios, dice relación con las partes que lo celebran. Es decir, un contrato será comercial, cuando cada una de las partes actúa en ejercicio de su actividad comercial o profesional,<sup>13</sup> ya que es en ese ámbito donde la autonomía de la voluntad goza de mayor aceptación.

Es relevante notar que el carácter de “comercial” utilizado por los Principios no distingue entre contratos civiles y comerciales en sentido estricto. Dicho de otro modo, el concepto de “comercial” es un concepto amplio que, por definición, se utiliza para excluir contratos consumo o de trabajo, los cuales han escapado del ámbito puramente civil y comercial, dando lugar a nuevas áreas del derecho autónomas y auto-suficiente en cuanto a su regulación dentro del derecho nacional.

Este mismo criterio sigue la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, en su art. 2 letra a), la cual se encuentra vigente en Chile desde 01 de marzo de 1993. Por ello, el criterio es congruente con nuestra escasa legislación actual en materias contractuales internacionales, y es perfectamente compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

#### 1.2. *La Autonomía de la Voluntad como eje central del Contrato Internacional*

Al contrario de lo que ocurre con los contratos puramente nacionales, aquellos con el carácter de internacional pueden escapar de las disposiciones de la ley interna, sin con ello incurrir en un fraude de ley<sup>14</sup>. Esto, puesto que, al ser internacionales, es decir, por interesar a dos o más sistemas jurídicos su regulación, las partes podrían convenir un régimen de regulación propio, en virtud del principio de autonomía de la voluntad que trasunta todo el derecho privado, consagrado por los artículos 16 inciso segundo y 1.545 del Código Civil, y 113 del Código de Comercio.

Se argumenta que, dado que no existe un único sistema legal aplicable, es decir, dada la falta de certeza jurídica sobre el derecho aplicable a los efectos de la relación contractual, las partes deben ser libres para elegir el derecho aplicable a ella, reduciendo los conflictos legales y costos transaccionales derivados de las operaciones transfronterizas<sup>15</sup>.

Determinado que un contrato es efectivamente internacional, cabe preguntarse luego por la extensión de la autonomía de la voluntad de la que gozan las partes para elegir el derecho aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales. Para responder a dicha interrogante, existen hoy tres grandes doctrinas.

La primera de ellas consiste en sostener que el derecho aplicable al fondo se determinará de acuerdo a los factores de localización objetiva<sup>16</sup>, que no dependen de ninguna manera de la voluntad de las partes. En ese sentido, si la voluntad de las partes al elegir el derecho aplicable no conversa con los factores objetivos, ella resulta del todo ineficaz.

13 Comentarios a los Principios (en adelante, “Comentarios”), p. 29. Ellos pueden obtenerse en: <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf>.

14 Un contrato puramente nacional no podría escapar el imperio del derecho chileno, siendo fraudulenta una elección de derecho aplicable que no sea el chileno.

15 Véase al respecto: ORTIZ VIDAL, Dolores. *Ley Aplicable a los Contratos Internacionales y Eficiencia Conflictual*, Editorial Comares, 1ª Edición (2014), pp. 27-36.

16 Los cuales tendrían que ser legislados a priori para así otorgar certeza a los operadores comerciales respecto de las consecuencias legales de sus decisiones comerciales, todo lo cual parece de difícil determinación. Véase al respecto, ORTIZ VIDAL, Dolores. *Ley Aplicable a los Contratos Internacionales y Eficiencia Conflictual*, Editorial Comares, 1ª Edición (2014), pp. 36 y ss.

La segunda doctrina propone una autonomía plena de la voluntad<sup>17</sup>, reconociendo como únicos límites los siguientes: (i) el contrato debe ser internacional, es decir, debe tener elementos internacionales relevantes; (ii) la elección cede ante los principios de orden público de la *lex fori*; (iii) la elección cede ante las normas de policía; y (iv) de haber un derecho extranjero objetivamente más conectado con el contrato (*proper law of the contract doctrine*), deberá respetarse dicha legislación, lo que equivale a decir que la elección del derecho aplicable debe ser hecha de buena fe, respetando los hechos de la relación contractual.

La tercera doctrina vendría siendo una postura intermedia entre ambos extremos y postula que las partes podrán elegir el derecho aplicable únicamente de entre aquellos que estén razonablemente conectados con el contrato.

Actualmente, a nivel nacional<sup>18</sup> pareciera ser que la postura doctrinaria mayoritaria<sup>19</sup> tiende a aceptar la autonomía plena de la voluntad (la denominada segunda teoría), con las limitantes ya señaladas.

Dicha autonomía implica, en términos simples, que las partes de la relación contractual son libres para determinar el contenido de la norma conflictual que regirá su relación. Es decir, las partes son libres para determinar el derecho que regirá el fondo de su relación jurídica, amparándose en lo dispuesto por los artículos 16 inciso segundo y 1.545 del Código Civil, y 113 del Código de Comercio, sobre autonomía contractual<sup>20</sup>.

Tal libertad se manifiesta tradicionalmente en las conocidas “cláusulas de elección de ley” o “*applicable law/governing law*” las cuales normalmente contienen la voluntad de las partes manifestada en el contrato, en cuanto al derecho aplicable al mismo.

La predominancia de este principio a nivel comparado se justifica en la suposición de que las partes de la relación jurídica son las más preparadas para poder determinar el derecho que en definitiva va a regir sus relaciones jurídicas. Ello, desde el punto de vista de la práctica legal, pareciera hacer sentido.

En efecto, se sostiene que no hay nadie que conozca mejor el detalle de las transacciones a realizarse que las mismas partes involucradas y, dado que son ellas quienes invierten sus recursos en estas transacciones, es lógico que ellas deban y quieran cargar, primeramente, con tal decisión.

Esta situación ha sido reconocida por los Principios, al siguiente tenor:

*“El objeto esencial de los Principios de La Haya consiste en promover la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales. La autonomía de la voluntad reconoce que las partes en un contrato son quienes mejor pueden juzgar y determinar qué conjunto de normas jurídicas mejor se adecúa a su negocio, por lo que aporta una mayor previsibilidad y seguridad jurídica: condiciones esenciales para garantizar la efectividad de las operaciones comerciales internacionales.”*<sup>21</sup>

Y, posteriormente:

*“La autonomía de la voluntad, que se refiere a la potestad de las partes de un contrato de elegir el Derecho por el que va a regirse, potencia la seguridad y la previsibilidad en el marco del acuerdo contractual primario de*

17 Teoría seguida entre otros instrumentos jurídicos, por: Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Código Civil y Comercial Argentino, Principios de la Conferencia de La Haya sobre la elección de ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, entre otros.

18 Véase: GROB DUHALDE, Francisco. La ley aplicable a los Contratos Internacionales en ausencia de elección por las partes, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 1, pp. 229 - 265 [2014]; y VILLARROELL BARRIENTOS, Carlos y Gabriel. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición (2015), p. 349. En ese sentido también opina el autor.

19 Cuestión referendada también por los operadores jurídicos en materias de comercio internacional.

20 Dada la extensión y objetivo del presente trabajo, no se tratará en él la autonomía material.

21 Preámbulo a la versión en español de los Principios, disponible en: [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

*las partes y reconoce que éstas pueden ser las mejor capacitadas para determinar qué conjunto de principios jurídicos es el más adecuado para la operación.*<sup>22</sup>

Por su parte, nuestra jurisprudencia ha reconocido expresamente la autonomía de la voluntad como factor de conexión en los contratos internacionales, al siguiente tenor:

*“Los Contratos internacionales y las obligaciones que ellos engendran, están sometidos para el Derecho chileno, para el conjunto de sistemas contemporáneos, a la ley de la autonomía, es decir, a la elegida expresa o tácitamente por las partes (Tratado de Derecho Internacional Privado, Diego Guzmán Latorre, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, año 2003, pág. 518) [...] Pero, además, el artículo 113 inciso 2° del Código de Comercio faculta a las partes contratantes para sustraerse de las disposiciones de las leyes de la República, norma que por ser especial, prevalece sobre el artículo 1462 del Código Civil, no existiendo en consecuencia objeto ilícito ni violación al derecho público nacional, al hacerse uso de dicha facultad. Así lo ha sostenido Guzmán Latorre al señalar: “creemos que la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales está plenamente reconocida por el artículo 16, inciso 2°, del Código Civil, que dispone: “Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño”, y especialmente en el artículo 113 del Código de Comercio que dice: “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. En esta última frase queda consagrado y reconocido el principio de la autonomía de la voluntad” (Diego Guzmán Latorre, op. cit., pág. 522).*<sup>23</sup>

#### Las Limitaciones a la Autonomía de la voluntad

No obstante la notoria relevancia de la autonomía de la voluntad como factor de conexión determinante en la determinación del derecho aplicable al fondo de los contratos internacionales, los Principios, al igual que la doctrina y jurisprudencia nacional, reconocen ciertas limitaciones en la forma de las Leyes de Policía y el Orden Público. Dichas limitaciones significan, en la práctica, que el operador jurídico (en este caso, el juez conociendo del caso concreto) no dará aplicación al derecho elegido por las partes, por razones “superiores” a la autonomía de la voluntad.

Estas limitaciones se fundamentan, someramente en que, sin ellas, los legisladores serían reticentes a aceptar la aplicación de un derecho extranjero, por temor a quebrantar el orden jurídico que instauran mediante la intrusión de un elemento extranjero. Y, por ello, estos tipos de normas no son susceptibles de exclusión mediante autonomía conflictual,<sup>24</sup> pues se entiende que son normas de relevancia pública.

En efecto:

*“Aunque el artículo 11 consta de cinco párrafos, expresa una sola cuestión básica: la autonomía de la voluntad para elegir el Derecho aplicable puede limitarse, en las circunstancias excepcionales que allí se mencionan, cuando su uso contravenga determinadas normas fundamentales.”<sup>25</sup>*

A continuación analizaremos las limitaciones establecidas en el art. 11 de los Principios, para finalmente concluir que ellas son reconocidas por nuestro sistema legal, y por tanto, plenamente compatibles.

<sup>22</sup> Principios, introducción, pará. 1.3.

<sup>23</sup> Corte Suprema, causa Rol N° 1.699-2010, sentencia de fecha 25.10.2010.

<sup>24</sup> Comentarios, p. 75

<sup>25</sup> Comentarios, p. 73.

*A) Leyes de Policía tanto internas como extranjeras*

La primera limitación contemplada son las denominadas Leyes de Policía (limitación contenida en párrafos 1 y 2 del art. 11). Estas leyes no se encuentran definidas dentro de los Principios, ni en nuestra legislación nacional, pero han existido intentos doctrinarios por esbozar su naturaleza y contenido.

En esa línea, nuestra doctrina las ha definido de la siguiente forma:

*“Las normas de policía o de derecho interno de aplicación necesaria tienen como característica fundamental el que no conceden relevancia jurídica alguna a los elementos extranjeros eventualmente envueltos en el asunto.”*<sup>26</sup>

En definitiva, se trata de normas internas que desconocen el elemento internacional de la relación jurídica particular, aplicándose con preferencia, es decir, prevalecen por sobre las normas de DIPri aplicables, puesto que las partes no gozarían de la facultad de excluir su aplicación. Por lo general, las leyes de policía suelen limitarse a las que se consideran importantes para salvaguardar los intereses públicos del foro<sup>27</sup>.

De forma similar, los Principios han entendido que:

*“Por lo general, se entiende que este término, recogido en distintos instrumentos regionales y nacionales, alude a las disposiciones legales [...] que deben, en sentido estricto, aplicarse a la resolución de conflictos entre las partes contratantes al margen del Derecho elegido para regular el contrato. Se trata de disposiciones imperativas en el sentido de que las partes no tienen libertad para eximirse de su cumplimiento en virtud de las cláusulas del contrato o de otro modo. Además, prevalecen por cuanto los tribunales deben aplicarlas aunque ellas hayan decidido someter la relación contractual a otro Derecho distinto al del foro.”*<sup>28</sup>

Por su parte, las Leyes de Policía pueden clasificarse en internas o extranjeras, dependiendo de si el juez aplica las normas de policía del foro o del derecho elegido por las partes, o de un tercero ordenamiento jurídico interesado en el asunto, distinto a los dos primeros (por ejemplo, el ordenamiento jurídico aplicable en ausencia de elección por las partes, o aquel que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica).

Esta clasificación contenida en los Principios no tiene consagración legal en nuestro ordenamiento jurídico general y supletorio, pero ella ha sido reconocida por la doctrina contemporánea por buenos motivos,<sup>29</sup> los cuales tienen que ver principalmente con salvaguardar la integridad legal de otros Estados y sus valores fundacionales.

*B) Orden Público*

En virtud del art. 11.3, solamente podrá excluirse la aplicación de una disposición del Derecho elegido si el resultado de dicha elección es manifiestamente incompatible con las disposiciones fundamentales de orden público del foro.

Esto significa que, en la medida en que el derecho elegido por las partes sea incompatible con alguna disposición considerada como de orden público por la *lex fori*, únicamente podrá excluirse aquella parte del derecho elegido que sea manifiestamente incompatible con el orden público.

La existencia de incompatibilidad no acarrearía la inaplicabilidad de todo el derecho elegido (la que llamaremos para estos efectos exclusión general), sino solo de aquella parte incompatible (la

26 VILLARROELL BARRIENTOS, Carlos y Gabriel. Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición (2015), p. 310.

27 Comentarios, p. 76.

28 Comentarios, p. 76.

29 VILLARROELL BARRIENTOS, Carlos y Gabriel. Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición (2015), pp. 176-179.

que llamaremos exclusión particular), de forma de respetar en la mayor medida posible, la elección realizada<sup>30</sup>.

El orden público así entendido se encuentra ampliamente reconocido por nuestra doctrina nacional. Entre ellos, los Profesores Villarroel<sup>31</sup>, Guzmán<sup>32</sup>, Picand y Ramírez<sup>33</sup>, todos coinciden en su importancia práctica y en sus efectos en cuanto limitante del derecho extranjero.

A mayor abundamiento, nuestro derecho positivo de DIPri reconoce, al menos en un caso, el orden público como limitación del derecho extranjero. En efecto, la Ley N° 19.947 de Matrimonio Civil establece expresamente que “en ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno”.

Igualmente, el art. 175 del Código de Derecho Internacional Privado vigente en nuestro país reconoce tal limitación en materias contractuales, sosteniendo que:

*Art. 175. Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto.*

Así, aun cuando este reconocimiento sea exiguo, de todas formas sirve para ilustrar la adopción del orden público como criterio limitante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de forma tal que la disposición en comento resulta ser totalmente compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

### 1.3. Derecho aplicable a falta de elección expresa por las partes

El art. 4 de los Principios establece que la elección de ley puede realizarse expresa (de acuerdo a lo estudiado en los apartados anteriores) o tácitamente. La elección tácita, para constituir una elección vinculante, debe ser “real”. Esto quiere decir que deberá existir una intención real de las partes de que cierto derecho sea el derecho aplicable, y no basta una mera presunción de intención.

Una elección tácita, para constituir tal, deberá aparecer claramente de los términos del contrato, o sus circunstancias colindantes de celebración. Esto, en la práctica, se traduce en que la elección deberá surgir visiblemente, ya sea de una o de otras circunstancias mencionadas, o de ambas, pero, en cualquier caso, *debe aparecer claramente*.

“Claramente” significa, para efectos de los Principios, que la elección debe surgir concluyentemente de las disposiciones del contrato como un todo, tomando en cuenta incluso las circunstancias objetivas de celebración del contrato. De forma similar, la doctrina contemporánea nacional se ha manifestado a favor de que la elección de ley puede ser expresa o tácita, mas no presunta<sup>34</sup>.

En efecto, el art. 1.560 del Código Civil sobre interpretación de los contratos dispone que, conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. De esta norma, la doctrina ha argumentado que, de no mediar una elección expresa, es válido indagar sobre la intención de las partes, en cuanto al derecho que tácitamente se extrapole de las disposiciones contractuales para regir la relación contractual.

Sobre la falta de elección de ley ya sea expresa o tácita

30 Comentarios, p. 80.

31 VILLARROELL BARRIENTOS, Carlos y Gabriel. Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición (2015), p. 142-143.

32 GUZMÁN LATORRE, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición (2016), pp. 363 y siguientes. Diego Guzmán pareciera no hacer referencia a los efectos de exclusión generales o particulares del orden público en tanto limitación del derecho extranjero aplicable.

33 RAMIREZ NECOCHEA, Mario. Derecho Internacional Privado, Editorial Thomson Reuters, 1ª Edición (2013), pp. 149 a 154. Aun cuando el Profesor Ramírez no adhiere explícitamente a la posibilidad de la exclusión particular del derecho extranjero, consideramos que implícitamente si lo hace al sostener que: “Por último, en la medida en que se limite la aplicación de la ley extranjera, deberá aplicarse la *lex fori* para resolver el asunto de que se trate”.

34 GROB DUHALDE, Francisco. La ley aplicable a los Contratos Internacionales en ausencia de elección por las partes, Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N° 1, p. 233 [2014].

Un punto relevante a notar es que los Principios no son aplicables a los contratos internacionales en los cuales no hay elección de ley (ni expresa ni tácita).<sup>35</sup>

Entre nosotros y respecto de esta materia, la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico es el art. 16 del Código Civil, el cual establece en su inciso tercero que:

*“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”.***

Tradicionalmente, se ha tendido a distinguir, para efectos de determinar la ley aplicable al contrato internacional, entre los contratos celebrados en el extranjero para cumplirse en Chile y los celebrados en Chile para cumplirse en el extranjero. Esto, en vista del tenor del art. 16 ya mencionado.

Consideramos que esta distinción no es necesaria por cuanto el principio subyacente a todos los casos de contratos celebrados en un lugar para cumplirse en otro (es decir, contratos que no son puramente nacionales), e instaurado por el art. 16 de nuestro Código Civil, es el principio supletorio de que las obligaciones habrán de regirse, a falta de elección expresa o tácita, por el lugar de ejecución de las mismas<sup>36</sup> (bilateralización).

Así, Francisco Grob ha sostenido recientemente que supletoriamente a la voluntad expresa o tácita de las partes, los efectos del contrato habrán de regirse por lo que él denomina *Lex Loci Solutionis*, o ley del lugar de cumplimiento. De forma similar, Gabriel y Carlos Villarroel también sostienen como norma supletoria que los efectos del contrato se regirán por la ley del lugar de ejecución, llegando a sostener la bilateralización del art. 16 de nuestro Código Civil, en caso de obligaciones que no han de cumplirse en Chile<sup>37</sup>.

#### *1.4. Fraccionamiento contractual y elección de normas de derecho en sentido amplio*

De acuerdo al art. 2 de los Principios, las partes se encontrarán facultadas para elegir un mismo derecho aplicable a o todo o a una parte del contrato (conocido como fraccionamiento contractual) y, además, podrán elegir diferentes derechos para diferentes partes del contrato.

A continuación, el art. 3 establece que las partes son libres de elegir “normas de derecho” para regir su relación contractual, sin importar si dichas normas tienen o no el carácter de normas estatales o legislaciones propiamente tales. Es decir, de acuerdo a los Principios, las partes pueden incluso elegir instrumentos de derecho no-vinculantes de *soft-law*, tales como los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales.

Lamentablemente, no existe mayor pronunciamiento entre nuestros autores sobre estos puntos<sup>38</sup>, y la práctica comercial no pareciera avalar expresamente estas facultades. En cualquier caso, consideramos

35 Comentarios, p. 49.

36 Se entiende que el lugar de ejecución sería, de acuerdo al principio de proximidad y según el tenor del art. 16 del Código Civil, el factor determinante y demostrativo de los vínculos del contrato con un determinado ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el contrato internacional se regiría, de acuerdo a la doctrina aquí defendida, por la Ley del Estado con el que presente los vínculos más estrechos, y estos vínculos se determinarían por el lugar de ejecución. Véase: ORTIZ VIDAL, Dolores. *Ley Aplicable a los Contratos Internacionales y Eficiencia Conflictual*, Editorial Comares, 1ª Edición (2014), pp. 36-42

37 VILLARROELL BARRIENTOS, Carlos y Gabriel. *Derecho Internacional Privado*, Editorial Jurídica de Chile, 1a Edición (2015), p. 349.

38 La profesora María Ignacia Vial Undurraga plantea respecto de este punto, que “en la legislación chilena, la autonomía está restringida a la elección de una ley estatal vigente. Las partes no parecen estar autorizadas para elegir la *lex mercatoria* o los usos comerciales internacionales para regir un contrato, sin perjuicio de su derecho a incorporarlos por referencia

que tanto el fraccionamiento como la elección de normas de derecho en sentido amplio son válidas de acuerdo al derecho nacional, por cuanto son una consecuencia lógica del principio de autonomía de la voluntad imperante, derivada de la autonomía de la voluntad del art. 1.545 del Código Civil. Dicho de otro modo, nada en nuestro ordenamiento pareciera prohibir dichas facultades<sup>39</sup>.

De esta forma, no obstante la falta legislativa chilena en materia de contratos internacionales, de los principios básicos del derecho contractual nacional<sup>40</sup> se deriva que no existe limitación alguna a la autonomía de la voluntad de las partes, salvo los principios generales de buena fe y de orden público que permean todo el sistema legal nacional.

### 1.3. Principio de Divisibilidad

El art. 7 de los Principios establece que una elección de derecho es independiente y autónoma del contrato que contiene dicha elección. Por ello, una eventual nulidad del contrato no anula la elección del derecho aplicable realizada por las partes. Dicho de otro modo, la invalidez o nulidad del acto principal no implica necesariamente la nulidad del acuerdo de elección de derecho aplicable.

*“En consecuencia, la nulidad del contrato no invalida necesariamente dicho pacto; más bien, el Derecho elegido por las partes se aplica a las cuestiones que deberán solventarse a raíz de la invalidez del contrato principal, a menos que el acuerdo de elección de Derecho aplicable sea asimismo nulo, analizado en sí mismo. Si el acuerdo no se ve afectado, la alegación de nulidad, inexistencia o ineficacia del contrato principal debe analizarse de conformidad con el Derecho elegido por las partes.”<sup>41</sup>*

Este tema particular no ha tenido mayor tratamiento en la jurisprudencia y doctrina nacional<sup>42</sup>. No obstante, resulta del todo lógico sostener que dicho principio es plenamente compatible con nuestro ordenamiento interno, puesto que, si las partes son autónomas para determinar el derecho aplicable a su relación contractual, dicho derecho debe, lógicamente, regir también cualquier cuestión relativa a la nulidad del contrato mismo.

Consideramos que este principio no debiese generar problemas legales, por cuanto es concordante con el espíritu del art. 1.546 del Código Civil sobre la buena fe en materia contractual, siendo reconocido también a nivel mundial<sup>43</sup>.

Por lo demás, un principio análogo es reconocido por el art. 16 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, al sostener que *“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.”*

---

dentro de él. Esta exigencia de elección de ley estatal puede inferirse de las normas sobre ley reguladora de contratos que parecen referirse todas a una ley estatal y de las normas que establecen que las costumbres y usos comerciales solo se aplican para suplir la ley estatal cuando la ley expresamente lo autoriza o cuando existe un vacío legal.” VIAL UNDURRAGA, María Ignacia. Rev. chil. derecho vol.40 no.3 Santiago set. 2013, disponible en: [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl). Su argumento se funda en el tenor de los artículos 16 del Código Civil, 4-6 y 113 del Código de Comercio. No concordamos con dicha opinión ya que el art. 16 mencionado pareciera regular el efecto de las obligaciones a falta de elección por las partes, al igual que el 113 del Código de Comercio, el cual además expresamente establece la posibilidad de que los contratantes acuerden “otra cosa”.

39 A mayor abundamiento, el D.L. 2.349 del Ministerio de Hacienda sobre Contratos Internacionales Para el sector público tampoco establece limitación alguna en cuanto a la elección y, de hecho, el art. 1 establece expresamente “Declárense válidos los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales [...]”, no limitando la elección a legislaciones extranjeras.

40 Particularmente, los artículos 1.545 y 1.546 del Código Civil.

41 Comentarios, p. 60.

42 La profesora María Ignacia Vial Undurraga sería contraria a la divisibilidad en el derecho nacional. No concordamos con dicha postura por parecernos inconsecuente con el principio de autonomía de la voluntad plasmado en nuestra legislación contractual. VIAL UNDURRAGA, María Ignacia. Rev. chil. derecho vol.40 no.3 Santiago set. 2013, disponible en: [www.scielo.cl](http://www.scielo.cl).

43 Véase el art. 10 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

1.4. *Exclusión del reenvío*

Respecto de este punto, el art. 8 de los Principios es claro al sostener que una elección de derecho aplicable no se referirá a las normas de derecho internacional privado del derecho elegido, salvo acuerdo en contrario por las partes. Esta decisión se fundamenta en que el reenvío es fuente de incerteza jurídica, por cuanto el derecho elegido por las partes podría, en virtud del reenvío, determinar la aplicación de un tercero derecho que las partes no serían capaces de prever<sup>44</sup>.

Nuestra legislación interna no contiene normas generales sobre esta materia<sup>45</sup> y la jurisprudencia en este tema ha sido escasísima además de antigua<sup>46</sup>. Por ello, consideramos que no resulta contradictorio con nuestro ordenamiento que los Principios establezcan su exclusión, al menos en cuanto a la regulación de contratos internacionales se refiere. Por lo demás, el art. 28 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional establece claramente que, dentro de su ámbito de aplicación, “*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.*”

Por otro lado, el reenvío como institución del DIPri ha sido abiertamente cuestionado en el ámbito de la contratación internacional<sup>47</sup>, siendo rechazado al menos en parte, por las legislaciones modernas de DIPri de la materia. Tómese, por ejemplo, el Nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015, el cual establece que:

*ARTICULO 2651.- Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones [...].*

*El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas:*

*[...] b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario;*

Similarmente, el Código Civil español acepta el reenvío solo de primer grado, en cuanto dispone:

*Artículo 12.*

*[...]*

*2. La remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española.*

Y finalmente, el art. 20 del Reglamento (CE) No 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, el “Reglamento Roma I”) establece que:

*Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, salvo que el presente Reglamento disponga otra cosa.*

44 Por lo demás, pareciera razonable sostener que al elegir las partes un derecho aplicable, ellas no han acordado la aplicación de otro derecho más que ese, de forma que debiese rechazarse el reenvío por no ser realmente el elegido por las partes.

45 MEREMINSKAYA, Elina. Las Paradojas del Derecho Internacional Privado Chileno, Revista del Magister y Doctorado en Derecho, N°1, 2007, p. 144.

46 Revista de Derecho y Jurisprudencia, XVII, sección 1. p. 325, citada por Ibid., p. 144. Véase también: VILLARROEL, Carlos y Gabriel. Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición (2004), p. 47.

47 CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. Derecho Internacional Privado, Editorial Comares, 7ª Edición (2006), Vol. I, p. 239-243.



### 1.5. Sobre el derecho aplicable a la forma del contrato

En este apartado se hará una breve mención al principio *lex locus regit actum* como principio rector en materia de contratos internacionales en relación con el derecho aplicable a la forma del contrato<sup>48</sup>.

Doctrinariamente, se han distinguido en Chile cuatro grupos de formalidades del acto jurídico: 1) Formalidades de existencia y validez; 2) Formalidades de prueba; 3) Formalidades habilitantes; y 4) Formalidades de publicidad.

De estos cuatro grupos de formalidades, únicamente los dos primeros corresponden a formalidades propiamente tales, perteneciendo el tercero más bien a la capacidad de las personas, y el cuarto al grupo de cuestiones reguladas por la ley de los efectos.

Los Principios no regulan el derecho aplicable a la forma del contrato, ni tampoco contienen disposiciones que pudieran ser contradictorias al principio asentado en el derecho internacional privado chileno en cuanto a que la ley del lugar de celebración del acto rige sus formalidades de existencia o validez. Por ello, pareciera que respecto de este punto tampoco existe contradicción con nuestra legislación, puesto que, por lo demás, son aspectos del contrato que quedan regulados separadamente.

## 2. Conclusión

En consideración de todo lo anterior, es dable concluir que los Principios bajo estudio son altamente compatibles con nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia en cuanto al derecho internacional privado de contratos se refiere.

Como tuvimos oportunidad de revisar, el sistema normativo de los Principios coincide con el estado actual de la doctrina y jurisprudencia en materia de contratos internacionales, desde su conceptualización básica, hasta las limitaciones aplicables a la elección de ley. Igualmente, en ciertos aspectos puntuales, los Principios se encuentran adelantados a nuestra realidad, de forma que su adopción sería, sin duda alguna, un avance. Por ello, consideramos que la adopción de estos Principios como normativa interna resulta aconsejable, e incluso, deseable.

<sup>48</sup> Principio reconocido en nuestro país por el art. 17 del Código Civil, además del art. 240 del Código de Derecho Internacional Privado, entre otras normas.

## LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

EDUARDO PICAND ALBÓNICO\*

### SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES. 1. Aspectos generales. 2. Funciones de la ley del contrato. 3.- Algunos instrumentos y tratados internacionales. 4. La autonomía conflictual. Las cláusulas de elección de ley. III.- LA ELECCIÓN DE LEY EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL. 1. Introducción. 2. La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, actualizada el 2006). 3. Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Equidad. 4.- Función del Derecho aplicable al fondo. 5. Elección del Derecho aplicable al fondo. 6. Derecho aplicable a falta de elección. 7.- Derecho aplicable al fondo y normas imperativas. V.- MODELOS DE CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY.

### ABSTRACT

*The determination of the substantive law applicable to international contracts and international commercial arbitration is a matter of utmost importance to legal practitioners, insofar as it allows for the verification of the actual recognition a particular law grants to free will. Such an understanding proves essential in international contracts given the likelihood that the parties will choose the substantive law that governs their contract regardless of where the contract is executed and of any disputes that may arise between them.*

*The determination substantive applicable law is vitally important in the drafting of an international contract. Developments in international commercial transactions have forced changes to domestic legislation to allow for greater free will, choice of law governing the contract, and regulations regarding possible disputes between them. Today, choosing the law the judge will apply is as important as choosing venue since, at the end of the day, it will be that judge who applies the law chosen. It is no secret to international trade that international commercial arbitration has recently become the primary medium for dispute resolution, allowing the parties to choose the applicable law, including non-state law or lex mercatoria.*

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto fundamental del Derecho Internacional Privado son las relaciones privadas internacionales y su regulación a través de un pluralismo metodológico<sup>1</sup>. Las relaciones privadas internacionales deben enfrentarse al llamado “dilema del intercambio”, esto es, la inseguridad de saber qué derecho y ante qué tribunal tendré que demandar si mi contraparte no cumple con su prestación. La

\* Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI). Profesor de Derecho Internacional Privado y Contratos Internacionales en la Universidad de Chile. Miembro de Número del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional (I.H.L.A.D.I.) de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado. Correo: epicand@picandyrios.cl

1 Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto : « Derecho Internacional Privado », Editorial Civitas, 8ª edición, Madrid, 2015, pp. 25 y ss. Audit, Bernard, Droit International Privé, sixième édition avec le concours de Louis d'Avout, Economica, Paris, 2010, pág. 4. Mayer, Pierre; Heuzé, Vincent, Droit International Privé, 10e édition, Montchrestien, Lextenso éditions, Paris, 2010, pág. 2. Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, Derecho Internacional Privado, Volumen 1, 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pág. 2

inexistencia en el orden internacional de un único Derecho Privado que pueda hacerse cargo de todas las relaciones privadas internacionales, genera incertidumbre ante la posibilidad que, naturalmente, puedan aplicarse diversos ordenamientos jurídicos a una misma relación contractual o sean varios los tribunales estatales que puedan asumir competencia judicial para conocer y resolver una determinada controversia. Es precisamente el Derecho Internacional Privado, a través del pluralismo metodológico que utiliza en la reglamentación de las relaciones privadas internacionales, quien está llamado a resolver este dilema. La norma de conflicto cumple un rol fundamental pues permite localizar espacialmente el ordenamiento jurídico exacto que debe gobernar el contrato.

Los operadores del comercio internacional necesitan instrumentos jurídicos que otorguen seguridad y previsibilidad a las decisiones y acuerdos que adoptarán al momento de redactar un contrato internacional. La cuestión no sólo interesa a los particulares, sino también al Estado. En efecto, hemos sido testigos durante los últimos años de diversos esfuerzos de la comunidad internacional y del mercado en orden a discutir nuevos textos que regulan los negocios internacionales, ya sea haciéndose cargo de los principios generales que gobiernan la contratación internacional y derechamente a través de instrumentos que regulan contratos internacionales en particular. No obstante lo anterior, los legisladores, a diferencia de los contratantes, buscan cautelar el imperio de sus leyes, lo que muchas veces ha sido un impedimento para lograr soluciones comunes en la Comunidad Internacional, al menos a través de la ratificación de tratados internacionales en materia contractual.

Los esfuerzos de unificación no sólo han sido del Estado, sino también de organismos internacionales y de Institutos o Centros de Comercio existentes en el mundo. En efecto, organismos internacionales de gran importancia en la Comunidad Internacional, han ido sustituyendo sus métodos tradicionales de regulación (tratados internacionales) por otros más flexibles (Leyes Modelo) que permitan a los Estados incorporar el contenido de sus regulaciones como leyes internas, evitando así los inconvenientes de suscribir tratados internacionales que luego no son aprobados en el orden interno por los Estados suscriptores. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNICTRAL), ha enfocado sus esfuerzos hace muchos años en la elaboración de instrumentos específicos en diversas materias de gran importancia tales como compraventa internacional de mercaderías; el contrato de transporte internacional, el leasing internacional; el factoring internacional; el comercio electrónico, el arbitraje comercial internacional, la insolvencia transfronteriza, entre otras. Lo mismo ha ocurrido con la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de las Conferencias Internacionales Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIP), cuyos trabajos se han enfocado básicamente a uniformar diversos aspectos de la contratación internacional, tanto a nivel general como especial.

El Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha elaborado los “Principios sobre Contratos Mercantiles Internacionales” (2010), y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, aprobó en 2015, “Principios sobre Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales”.

Las Asociaciones de Comerciantes también han cumplido un rol fundamental, creando Derecho “a-nacional”, basado en reglas directas de buen comportamiento contractual que deben observar los comerciantes en sus transacciones, sin remitir a un Derecho estatal determinado. Por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, ha elaborado los INCOTERMS (2010), cuya utilidad en los contratos internacionales es innegable, así como también las “Reglas Uniformes relativas a los Créditos Documentarios (UCP 600), que reglamentan en la actualidad el medio de pago más importante del comercio internacional. Es lo que se conoce como “Derecho Transnacional”, el que tampoco ha estado exento de críticas por la falta de neutralidad que importaría su aplicación a pequeños comerciantes que deben aceptar su uso en las transacciones con las grandes empresas multinacionales.

La “Nueva Lex Mercatoria”<sup>2</sup> es “...*the law proper to international economic relation...*”<sup>3</sup>, esto es, la costumbre mercantil internacional, o sea, el conjunto de usos y prácticas acordadas por los comerciantes para regular sus transacciones y que obedecen a un imperativo jurídico. Es Derecho blando creado por los comerciantes y para los comerciantes con el objeto de reglamentar sus relaciones privadas internacionales. La “nueva” lex Mercatoria es recogida a diferentes escapas, pudiendo encontrar manifestaciones de ella en Leyes Modelo, Principios de Derecho Uniforme, usos jurídicos de aceptación general en el comercio internacional, folletos, entre otros. Sus reglas y normas regulan ciertos aspectos de los negocios transnacionales y no todos, de modo tal que es un error sostener que lex Mercatoria es todo aquello fundado en fuentes a-nacionales, como lo ha sostenido algún autor en orden a considerar –incluso– los laudos arbitrales como manifestación de ella. Si bien operaran de manera autónoma y otras veces complementaria a los ordenamientos internos, no es menos cierto que no todo lo que hacen los comerciantes es lex Mercatoria, sino que debe calificarse en general en la medida que configure institutos de aplicación uniforme. Por ejemplo, los Principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010), son indudablemente una manifestación bastante legitimada de la lex Mercatoria, pero eso no implica que todas las materias que regula en su articulado sean necesariamente una manifestación de ella, pues en la medida que no merezcan un reconocimiento y uso transversal, podrían no necesariamente serlo. Sin perjuicio de lo anterior, hay que decir que la lex Mercatoria ofrece muchos beneficios y ventajas a los operadores del comercio internacional, puesto que habitualmente conocen su contenido y al pactarlo eluden las inseguridades y eventuales desventajas que podría ocasionar el sometimiento a un determinado derecho nacional que, muchas veces, corresponde al de la contraparte.

Como veremos más adelante, en el Arbitraje Comercial Internacional, la aplicación de la lex Mercatoria tiene un significado muy relevante, pues los árbitros no están sometidos ipso iure a ningún derecho estatal como sí lo están los jueces estatales a su lex fori. Las partes podrían acordar perfectamente que los árbitros utilicen lex Mercatoria para resolver la controversia, en la medida que ella sea aceptada por el Estado sede y no vulnere sus normas imperativas.

En cambio, para el juez estatal, la aplicación de la lex Mercatoria en el caso concreto opera de diferente manera, pues su obligación siempre será la de aplicar las normas de Derecho Internacional Privado de su lex fori, de modo tal que sólo podrá utilizarla en la medida que ellas lo permitan, reconociendo por ejemplo la ley de la autonomía, o en aquellos eventos en que las partes hayan incorporado al contrato el contenido normativo de la lex Mercatoria en uso de la autonomía material.

En suma, el Derecho Uniforme del Comercio Internacional y la Lex Mercatoria ha cumplido un rol fundamental en la unificación del Derecho Privado y en el desarrollo de la economía, entregando a los operadores instrumentos jurídicos que han cumplido un rol fundamental en el intercambio internacional de bienes, servicios y derechos. Así se ha dicho que “*The success of the Convention [la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías] can be gauged by the fact that it has proved acceptable to nations with different legal systems, varying levels of economic development, and diverse political systems. It is said that the CISG has become the lingua franca of sales.*”<sup>4</sup>

La determinación del derecho aplicable al fondo en los contratos internacionales y en el arbitraje comercial internacional, es una materia de la mayor importancia para los operadores jurídicos, pues permite verificar el real reconocimiento que tal o cual Derecho le concede a la autonomía de la voluntad, lo que en contratación internacional resulta fundamental ante la posibilidad cierta que las partes puedan elegir anticipadamente el derecho sustantivo que regulará su contrato –con

2 Se habla de “nueva” lex mercatoria con el objeto de diferenciarla de la lex mercatorum de los siglos XI y XII que se generó fundamentalmente en ciudades italianas, francesas y españolas, y a través de las cuales los mercaderes regulaban sus transacciones en el intercambio de bienes entre las ciudades.

3 Goldman, Bertrand: “Frontieres du Droit et lex mercatoria”, Archives de Philosophie du droit, 1964, volumen 9, p. 47.

4 LOKEN, Keith. A New Global Initiative on Contract Law: Right Project, Right Forum? Villanova Law Review [Vol. 58: 2013], p. 511.

independencia al lugar donde se celebra- y las eventuales controversias que puedan suscitar entre ellas.

El desarrollo de las transacciones comerciales internacionales ha impuesto la necesidad de modernizar las legislaciones internas con el objeto de ampliar los alcances de la autonomía de la voluntad, permitiendo que las partes puedan acordar cláusulas de elección de ley que regulen el contrato y las posibles controversias que surjan entre ellas. Ahora bien, elegir la ley que debe aplicar el juzgador es tan importante como determinar el tribunal que conocerá las controversias, pues finalmente será quien aplique el derecho elegido. En el comercio internacional, es bien sabido, el arbitraje comercial internacional se ha transformado hace no poco tiempo en el principal mecanismo de solución de controversias, permitiendo que las partes, en la elección del derecho aplicable, incluso, puedan sujetarse a derecho no estatal o *lex Mercatoria*.

## II.- LA ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

### *1.- Aspectos generales.*

Los criterios para la determinación del derecho aplicable al fondo en los contratos internacionales han evolucionado mucho con el paso del tiempo. En la antigüedad, el derecho aplicable al contrato era una consecuencia directa del tribunal competente encargado de resolver la controversia, pues teniendo éste la obligación de aplicar su propia ley nacional, el contrato no podía quedar regulado por otro cuerpo legal que un fuera ese. Durante la Alta Edad Media, los contratos quedaban sujetos a la ley personal de cada contratante, pues las estipulaciones contractuales se consideraban actos unilaterales. Posteriormente, con la aparición de las Escuelas Estatutarias, los contratos internacionales quedaron sujetos en cuanto a su forma, validez y efectos a la ley del lugar donde se celebraban (*lex Loci Contractus*), pues entendían que los contratos que se celebraban dentro del territorio de un Estado quedaban sujetos inmediatamente a su soberanía. El criterio aludido fue sustituido más tarde considerando que la *lex loci contractus* podía ser un elemento puramente casual en el contrato que no necesariamente generaba un vínculo estable en el tiempo entre los contratantes, de modo tal que resultaba más apropiado someter el fondo del contrato a la ley del lugar donde se cumplieran las obligaciones (*Lex Locus Executionis*), independiente el lugar donde se hubiera concretado el contrato. Sin embargo, someterse a este nuevo factor no eliminaba en caso alguno las dificultades pues, si bien el lugar de ejecución podría tener más incidencia en el cumplimiento de las obligaciones que el lugar de la celebración del contrato, finalmente ambos podían ser lugares puramente anecdóticos para las partes<sup>5</sup>. Teniendo en cuenta estos antecedentes y considerando que las obligaciones contractuales muchas veces debían cumplirse en varios Estados, surgió la necesidad de reconocer la libertad de las partes en la elección del derecho aplicable a los efectos de un contrato internacional, dejando como criterios supletorios la ley del lugar de celebración del contrato o de ejecución de las obligaciones, pues ello entregaría mayor previsibilidad y seguridad jurídica a los contratantes, quienes podrían sujetarse válidamente así al Derecho que de mejor manera cumpliera sus expectativas, siempre en la hipótesis que se tratara de un contrato internacional y no puramente interno, pues finalmente la elección del lugar donde se celebraba el contrato, así como también la elección del lugar donde debían cumplirse las obligaciones no era más que una manifestación de la voluntad de las partes.

En Derecho Comparado y en los principales tratados e instrumento que existen actualmente, se reconoce que las partes de un contrato internacional tienen la facultad para elegir la ley aplicable. A falta de elección, los puntos de conexión más comunes que se utilizan son el lugar de celebración; la ley del país donde tenga residencia habitual la parte que debe realización la prestación característica del contrato; la ley del país con la cual el contrato tenga vínculos más estrechos, entre otros.

<sup>5</sup> Don Andrés Bello, al redactar las normas de Derecho Internacional Privado en el Código Civil chileno, entendió expresamente que la ley del lugar de ejecución del contrato era determinante para la aplicación del derecho nacional (artículo 16 inciso 3º del Código Civil).

La posibilidad que las partes elijan el derecho sustantivo que deberá aplicarse al cumplimiento del contrato y a la resolución de las controversias constituye un principio fundamental en el Derecho contractual moderno<sup>6</sup>.

2.- *Funciones de la ley del contrato.*

La ley del contrato (Lex Contractus) cumple las siguientes funciones:

A) CREAR EL CONTRATO:

La ley del contrato le da fuerza vinculante entre las partes y fija los requisitos de su existencia. Siempre debe existir en último término una ley estatal que le reconozca validez y dote de fuerza vinculante al acto jurídico que celebran las partes. El contrato no existirá ni será válido mientras una ley no le reconozca existencia y validez.

B) DETERMINAR LAS MATERIAS QUE PUEDEN REGULAR LAS PARTES:

La ley del contrato fija los límites de la libertad contractual, esto es, indica a las partes qué cláusulas pueden pactar válidamente y cuáles no.

C) SUPLIR LOS VACÍOS DEL CONTRATO.

Muchos contratos dejan enormes vacíos de regulación, ya sea porque las partes así lo han querido o porque simplemente han sido celebrados a través de medios o formularios que no permitían una redacción más exhaustiva de sus cláusulas. En todo aquello no regulado por las partes a través de las cláusulas contractuales, deberá utilizarse la ley del contrato para llenar estos vacíos.

D) REGULA LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO Y LOS MODOS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES.

La ley del contrato indica las normas estatales que deben utilizarse para interpretar el contrato y los modos de extinguir las obligaciones.

3.- *Algunos instrumentos y tratados internacionales relevantes sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.*

3.1. EL REGLAMENTO ROMA I.

En la Unión Europea, la ley aplicable a las obligaciones contractuales se encuentra regulada en el Reglamento Roma I [Reglamento N° 593/2008, de 17 de junio de 2008], el cual sustituyó al Convenio de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales, de 19 de junio de 1980. Su texto es aplicable a todos los Estados Miembros de la Unión Europea [Artículos 288 TFUE], a excepción de Dinamarca [Protocolo 22 anejo al TFUE].

El nuevo Reglamento es una clara manifestación del proceso de “europeización” que viene experimentando hace mucho tiempo el Derecho internacional privado en ese continente, y entrega a los Estados Miembros un instrumento de flexible modificación que se ajusta a los estándares exigidos al intercambio recíproco de bienes y servicios en un espacio de seguridad, libertad y justicia. Por tal motivo se exige a todos los Estados que al aplicarlo respeten los principios de “internacionalidad” y “uniformidad” propios de los instrumentos de Derecho Uniforme del Comercio Internacional, limitándose en consecuencia la utilización de criterios nacionales para fijar su aplicación.

El Reglamento Roma I es un texto que contiene diversas normas de conflicto destinadas a determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales.

6 Audit, ob. cit., pág. 716. Leible, ob. cit., pág. 215. Nygh, Peter, *Autonomy in International Contracts*, Oxford, New York, 1999, pág. 13. Calvo Caravaca, “El Reglamento Roma I ...”, cit., págs. 57 a 85. Castellanos Ruíz, ob. cit., págs. 56 a 110. Carrascosa González, ob. cit., págs. 110 a 167. Leible, ob. cit., *passim*.

El contrato se regirá por la ley elegida por las partes, siempre que la elección sea válida (artículo 3º RR-I). A falta de dicha elección o en caso que ella no sea válida, el Reglamento distingue cuatro situaciones: a) si el contrato puede calificarse como alguno de los ocho expresamente regulados en el instrumento, se aplicará la ley que al efecto se ha designado (artículo 4.1 RR-I); b) si el contrato no es encuadrable dentro de alguna de las categorías reguladas, deberá aplicarse al mismo la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que debe cumplir la prestación característica del contrato (artículo 4.2 RR-I); c) los contratos no incluidos precedentemente, quedarán regidos por la ley del país con el cual guarden un vínculo más estrecho (artículo 4.4 RR-I) y d) si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto al señalado en los artículos 4.1 y 4.2 del RR-I, entonces el contrato quedará regido por esta otra ley (artículo 4.3 RR-I).

El texto no modifica el contenido de los tratados internacionales que hayan sido suscritos previamente entre un Estado Miembro de la UE y un Estado que no sea Miembro. En consecuencia, su aplicación material está determinada por la existencia de una obligación contractual de carácter internacional o una situación que implique un conflicto de leyes (artículo 1º.1º), esto es, que posea cualquier elemento objetivamente extranjero que permita la aplicación de más de un derecho. No obstante lo anterior, si todos los elementos del contrato están localizados en un mismo Estado, el Reglamento Roma I igualmente será aplicable si tiene una cláusula de elección de ley a un derecho extranjero, pues en tal caso dicho elemento se erige como el criterio internacionalizante (artículo 3.3 RR-I), pues produce o podría producir finalmente un conflicto de leyes.

El Reglamento Roma I sólo regula obligaciones contractuales entre sujetos de Derecho Privado, de modo tal que no es aplicable a los contratos internacionales que celebra el Estado en su calidad de tal.

Quedan excluidas de su aplicación las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II) y todas aquellas materias contractuales que tengan una regulación legal especial (acuerdos de arbitraje y elección de foro; títulos de crédito; derecho de sociedades, entre otras),<sup>7</sup> así como también las materias referidas a estado civil, la capacidad para celebrar actos y contratos y las relaciones de familia.

El Reglamento Roma I se aplica con total independencia a la nacionalidad, residencia o nacionalidad de los contratantes, al lugar donde se cumplan las obligaciones del contrato o la ley que se haya elegido como aplicable.

### 3.2. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES (2010).

Si bien los Principios reconocen en el capítulo I la libertad contractual de las partes (autonomía material), no realiza una referencia explícita a la autonomía conflictual, aunque los comentarios oficiales parecieran indicar que sus autores quisieron darle un alcance amplio a sus términos<sup>8</sup>.

### 3.3. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE 1980, SOBRE CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS:

El artículo 6º de la CIM reconoce la autonomía material y conflictual, al disponer que “Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos”. Las normas de la Convención, salvo el artículo 12, tienen carácter dispositivo, esto es, las partes pueden, a través de la autonomía de la voluntad, pactar su exclusión o hacer variar los efectos de sus disposiciones, permitiendo la elección de otras normas jurídicas al mismo contrato.

<sup>7</sup> Véase lo dispuesto en el artículo 1.2 del RR-I.

<sup>8</sup> Los comentarios al artículo 1.1 señalan expresamente que “El principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad”.

3.4. LOS TRATADOS DE DERECHO CIVIL INTERNACIONAL Y DERECHO COMERCIAL INTERNACIONAL, DE 1889:

No regulan de modo alguno la autonomía conflictual<sup>9</sup>.

3.5. EL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, DE 1928:

El CB no alude expresamente a la facultad de las partes de elegir el derecho aplicable al fondo en el contrato<sup>10</sup>.

La delegación chilena formuló una reserva general al momento de ratificar la Convención de La Habana de 1928, que le dio vida al Código, la cual ha sido duramente criticada por restarle aplicación práctica al Código. La reserva señala que: “[...]ante el Derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros.”

3.6. LA CONVENCION DE MÉXICO DE 1994 SOBRE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES.

En el seno de las CIDIP, la Convención de México de 1994 sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, regula expresamente la facultad de elegir el derecho aplicable<sup>11</sup>, al disponer en su artículo 7º que “El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo”. Agrega luego que “La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable”.

3.7. PRINCIPIOS DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN CONTRATOS MERCANTILES INTERNACIONALES (2015).

La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH), emprendió el 2006 un estudio sobre la viabilidad de la elaboración de un instrumento flexible y no vinculante sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos internacionales, que sirviera de fuente de inspiración para los legisladores y los operadores jurídicos. De hecho, el 2013, uno de los representantes latinoamericanos en el Grupo de Trabajo de La Haya, el profesor José Moreno Rodríguez, presentó al Congreso Nacional de su país un Proyecto de Ley sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, basado en estos Principios, que hoy es normativa vigente en ese país.

Los Principios reconocen expresamente el principio de autonomía de la voluntad como factor esencial en la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto<sup>12</sup>.

9 Santos Belandro, Rubén, El Derecho aplicable a los contratos internacionales, con especial referencia al contrato de transferencia de tecnología, 2ª edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, pág. 65. En el mismo autor, sobre las discusiones en los trabajos preparatorios: págs. 56 a 65.

10 La Convención fue firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, de los cuales: Argentina, Brasil, Colombia, México, Paraguay y Uruguay. Fuente: <http://www.oas.org>.

11 La Convención Interamericana de 1994 fue adoptada en la quinta reunión de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado “CIDIP V” efectuada en México. A la fecha, la Convención sólo está en vigor para México y Venezuela, conforme a lo dispuesto en el artículo 28. A la fecha, los países signatarios de la Convención son: Bolivia (17 de marzo de 1994); Brasil (17 de marzo de 1994); México (27 de noviembre de 1995, depositó el instrumento de ratificación el 20 de agosto de 1996 y en vigor desde el 15 de noviembre de 1996); Uruguay, (17 de marzo de 1994) y Venezuela (17 de marzo de 1994, depositó el instrumento de ratificación el 22 de septiembre de 1995 y en vigor desde el 26 de octubre de 1995). Véase: [http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV\\_home.htm](http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_home.htm). Santos Belandro, ob. cit., pág. 71. Veytia, Hernany, “La convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 25, (1995), págs. 386 a 387.

12 Véase especialmente el Preámbulo de los Principios.



El artículo 2º numeral 1º de los Principios dispone: “Libertad de elección. 1. Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”.

Las normas contenidas en los Principios son aplicables y comunes para jueces nacionales y los árbitros.

Sus disposiciones recogen la mejor doctrina de la Convención de México de 1994 y del Reglamento Roma I, analizando las diferentes alternativas ofrecidas en Derecho Comparado; en suma, entrega a la comunidad jurídica un instrumento acabado y actualizado sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales que deberá tenerse muy en cuenta ante futuras reformas legales en esta materia.

#### 4.- *La autonomía conflictual. Las cláusulas de elección de ley.*

Como hemos dicho anteriormente, el principio de la autonomía de la voluntad constituye la piedra angular sobre la cual descansa toda la contratación internacional y, por tanto, la libre elección de las partes en cuanto al derecho aplicable es el factor de conexión que goza primacía en esta materia<sup>13</sup>.

La doctrina ha sostenido, con razón, que la autonomía de la voluntad posee importantes ventajas por sobre otros sistemas de elección de ley aplicable a la relación contractual. Estos motivos se han dejado entrever al introducir el estudio del tema y son, a nuestro parecer, principalmente: 1) La Seguridad Jurídica permite la elección previa y estable del derecho por las partes. En este sentido, las partes lo acuerdan y así evitan posteriores conflictos sobre derecho aplicable, evitando que sea el juez quien decida por ellas. 2) La Adecuación a los Intereses de las Partes es un beneficio innegable de la autonomía en la elección de ley. Así, las partes pueden elegir el derecho que más se ajuste a sus necesidades, evitando la rigidez de sistemas jurídicos que cambian más lento de lo que cambia la forma de hacer negocios. Así lo ha sostenido la doctrina más autorizada: “[...] si se parte de la idea que el mercado es el mecanismo donde se asignan los recursos de manera más eficiente, debe ser precisamente ese mecanismo el que diseñe las normas que regulan tal asignación; además, en tanto que la norma de origen estatal se suele considerar ajena al mercado, la creada por los operadores económica se incardina perfectamente en este último. De acuerdo con este planteamiento un sistema de normas consuetudinarias cuya evolución es espontánea y se adapta día a día a las necesidades del tráfico, tiende a generar reglas mucho más eficaces que las que pueden proceder del obrar de los Estados.”<sup>14</sup>

La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado distingue dos modalidades: la autonomía conflictual (elección de ley) y la autonomía material (contenido del contrato).

La autonomía material está constituida por todo aquello que las partes han pactado en el contrato y que constituye su contenido.

La autonomía conflictual es la libertad de elegir el derecho aplicable<sup>15</sup> al contrato. Las partes pueden decidir por ellas mismas a qué derecho se somete la relación jurídica existente entre ellas<sup>16</sup>.

13 Villarroel, Carlos y Villarroel, Gabriel: Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones Emanados de los Contratos Internacionales. Revista Chilena de Derecho, vol. 17, 1990, p. 351. Para una versión en línea, ver: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649697.pdf>.

14 Fernández Rozas, José Carlos. Teoría y Praxis en la Codificación del Derecho de los Negocios Internacionales, p. 125. Versión en línea disponible en: [http://eprints.ucm.es/6581/1/TEORIA\\_Y\\_PRAXIS\\_DE\\_LA\\_CODIFICACION.pdf](http://eprints.ucm.es/6581/1/TEORIA_Y_PRAXIS_DE_LA_CODIFICACION.pdf) [fecha de consulta 17/08/2014].

15 Es discutido el alcance de dicha autonomía en la determinación de la ley aplicable, para un análisis a fondo ver: *Ibidem*, texto completo.

16 Leible, Steffen, La Importancia de la Autonomía Conflictual Para el Futuro del Derecho de los Contratos Internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 215. Para una versión en línea, ver: <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/article/viewFile/1156/555>.

4.1. CONCEPTO.

La autonomía conflictual es la facultad que permite a las partes elegir el derecho aplicable al contrato internacional<sup>17</sup>. A través de esta elección, las partes no hacen otra cosa –como enseñaba el maestro Batiffol– que “localizar” el contrato que celebran con una ley determinada.

Se ha sostenido que “...pocos principios son tan reconocidos como el de la autonomía de la voluntad, y en particular, el de la voluntad de las partes para designar la ley que se aplicará a sus operaciones o relaciones contractuales. En ese contexto, *las partes en un contrato internacional, son libres para designar la ley o los principios que gobernarán sus relaciones* y de, inclusive, eliminar la posibilidad de que algunas normas se apliquen a esas relaciones”<sup>18</sup>. Históricamente, esta autonomía conflictual se mantuvo incólume hasta el siglo XIX, en donde diversos factores económico-culturales como el mercantilismo liberal y el progreso de los medios de comunicación lograron la superación histórica de los criterios localistas –la *lex loci contractus*– establecidos por las Siete Partidas, cuyo fundamento a su vez era el inmortal *Digesto*. Paulatinamente, los legisladores, jueces y académicos, fueron adaptándose a las necesidades de un nuevo orden económico-social, cuestión que derivó en la exaltación de la autonomía de la voluntad en materia contractual<sup>19</sup>.

Por tal motivo resulta “...común en el panorama comparado que los sistemas de Derecho Internacional Privado atribuyan a los contratantes la posibilidad de elegir mediante acuerdo la ley estatal aplicable al contrato, la facultad de elección de la ley del contrato encuentra su fundamento en el principio de libre disposición, al tiempo que aporta una significativa dosis de seguridad jurídica, permitiendo eliminar las dificultades propias de la determinación objetiva de la ley aplicable”<sup>20</sup>. Entre otros, se han mencionado como fundamentos de la autonomía conflictual el respeto a los intereses de las partes, la garantía de seguridad jurídica y la superación de la problemática norma de conflicto mediante la armonía internacional de decisiones y la unificación del derecho internacional privado<sup>21</sup>.

La utilidad que presta la autonomía conflictual en la contratación internacional es innegable pues satisface las exigencias que puedan tener las partes y les entrega seguridad jurídica puesto que tendrán el dominio del hecho sobre la base del Derecho al que se quieren someter. En dos palabras: les permite a las partes someterse al Derecho material más adecuado a sus propios intereses.

Asimismo, la autonomía conflictual les permite fijar los márgenes de actuación normativa que tendrá el tribunal para resolver las eventuales controversias que pudieran suscitarse entre ellas<sup>22</sup>. De esta forma, las partes pueden elegir conforme sus necesidades las normas materiales que más se acomodan a sus propias expectativas contractuales, pudiendo someterse así a una ley estatal neutral de modo que ninguna de ellas imponga su propio derecho o porque simplemente dicha normativa entrega mayores seguridades para los contratantes<sup>23</sup>; someter por anticipado a una determinada ley todos

17 Véase la sentencia de la Cour de Cassation francesa, de 5 de diciembre de 1910, en el caso American Trade Company contra Quebec Steamship. Miguel Asensio, Pedro “Contratación comercial internacional”, en Derecho de los negocios internacionales, José Carlos Fernández Rozas; Rafael Arenas García; Pedro Alberto de Miguel Asensio, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2011, pág. 317.

18 Rodríguez Fernández, Maximiliano, Bonilla, Fabio Andrés, Franco Zarate, Javier Andrés, Régimen Jurídico Aplicable al Contrato: La Internacionalidad del Contrato, REVIST@ e – Mercatoria Volumen 6, Número 2 (2007), p. 4.

19 Caravaca, Alfonso, El Reglamento Roma I Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales: Cuestiones Escogidas. Cuadernos de Derecho Transnacional, (Octubre 2009), Vol. 1, No 2, p. 60.

20 De Miguel Ascensio, Pedro A., “Armonización Normativa y Régimen Jurídico de los Contratos Mercantiles Internacionales”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, núm. 4, Ottobre-Dicembre, 1998, p. 17.

21 Leible, Steffen, La Importancia de la Autonomía Conflictual Para el Futuro del Derecho de los Contratos Internacionales. Cuadernos de Derecho Transnacional, Marzo 2011, Vol. 3, Nº 1, pp. 217-220.

22 Aljure Salame, Antonio, El contrato internacional, Universidad del Rosario, Legis, Bogotá, 2011, pág. 55. Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, “Contratos internacionales I”, en Derecho Internacional Privado, vol. 2, Alfonso Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González (Directores), 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pág. 633. Mayer; Heuzé, ob. cit., pág. 535. Sobre el origen de la autonomía conflictual véase Carrascosa González, Javier, La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, págs. 118 y 119.

23 En este sentido la justificación de la autonomía conflictual empieza a ser un lugar común en la doctrina contemporánea

los contratos que celebren entre ellas en el futuro; elegir un derecho extranjero que ambas conocen; elegir la *lex mercatoria* (autonomía conflictual mercatoria) como ley aplicable al fondo, entre otras tantas alternativas.

La validez de la cláusula de elección de ley estará sujeta a la ley del contrato<sup>24</sup> y en todo caso a la *lex fori*.

#### 4.2. ELECCIÓN DE LEY EXPRESA Y ELECCIÓN DE LEY TÁCITA.

La cláusula de elección de ley debe sea clara e inequívoca, de manera tal que se manifieste la voluntad real que tuvieron los contratantes al elegirla.

Las partes pueden elegir la ley del contrato de dos maneras: expresa o tácitamente. Así lo reconocen el artículo 3.1 del Reglamento Roma I; el artículo 7º de la Convención de México de 1994 y el artículo 4º de los Principios de la Conferencia de La Haya.

El artículo 931 del Código de Comercio chileno, a propósito del derecho aplicable al contrato internacional de fletamento, indica que las partes pueden “pactar expresamente” que se someta a un derecho distinto al chileno, pero no indica cómo ni de qué manera se entenderá dicha elección. Respecto a la elección tácita o implícita, no existe regulación interna.

La elección expresa tendrá lugar cuando consta indubitadamente y así se ha expresado en términos explícitos, ya sea a través de un documento escrito, intercambio de correos electrónicos, fax o incluso de manera verbal, sin perjuicio de las dificultades probatorias que esto último pudiere ocasionar<sup>25</sup>. Asimismo, la elección expresa puede constar en condiciones generales de contratación que hayan “acordado” las partes. De igual forma, habrá de considerarse “expresa” aquella elección propuesta en una oferta en donde posteriormente el contrato se perfecciona por la ejecución de las obligaciones contractuales.

*“El contrato se regirá por la ley chilena”*

*“The contract shall be governed by the Laws of Chile”*

*“This Agreement shall be governed and shall be construed in accordance with the Laws of Chile”*

La elección tácita, en cambio, es aquella manifestación de voluntad clara e inequívoca, no presunta, que resulta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

---

sobre Derecho de los negocios internacionales. Pueden verse entre otros: Calvo Caravaca, Alfonso Luis, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 1, n.º 2, (2009), págs. 60 a 61. Calvo Caravaca; Carrascosa González, “Contratos internacionales I”, ob. cit., págs. 634 a 636. Carrascosa González, ob. cit., págs. 119 a 123. Castellanos Ruiz, Esperanza, El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles, Comares, Granada, 2009, pág. 56. Esplugues Mota, Carlos; Iglesias Buhigues, José Luis, Derecho Internacional Privado, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 450. Földstein de Cárdenas, Sara L., Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. *Lex mercatoria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 63 y 71 a 73. Jacquet, Jean – Michel; Delebecque, Philippe; Corneloup, Sabine, *Droit du commerce international*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2010, págs. 206 a 207. Leible, Stefan, “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 3, n.º 1, (2011), págs. 217 a 218. Sobre el particular, el autor precisa que: “La conexión del contrato de acuerdo con la voluntad de las partes evita la pérdida de seguridad jurídica inherente a todo método de conexión individualizante y posibilita una decisión flexible, adecuada a la multiplicidad de supuestos de hecho”. Leible, ob. cit., pág. 220. Marrella, Fabrizio, “Autonomía privada e contratti internazionali”, en *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, a cura di Gianluca Sicchiero, Cedam, Milano, 2005, pág. 224. Mayer; Heuzé, ob. cit., págs. 537 a 538. Miguel Asensio, ob. cit., pág. 317. Penadés Fons, Manuel, Elección tácita de ley en los contratos internacionales, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pág. 25.

24 Véase lo dispuesto en los artículos 3.5 y 10.1 del Reglamento Roma I, y artículo 10 de la Convención de México, de 1994.

25 Carrascosa González, ob. cit., pág. 126. Penadés Fons, ob. cit., pág. 28. Volker, Behr, “Rome I Regulation. A – mostly – Unified Private International Law of Contractual Relationships Within – most – of the European Union”, en *The Journal of Law and Commerce*, 29: 2, (2011), pág. 242.

El artículo 7º de la Convención de México señala que la elección “... debe desprenderse en forma *evidente* de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto”.

El Reglamento Roma I exige que de manera “*inequívoca*” pueda desprenderse dicha elección, superando el umbral exigido por su antecesor (Convenio de Roma), que sólo aludía a la expresión “de manera cierta”. Esto quiere decir que el juez o el árbitro debe adquirir una convicción total que las partes eligieron tal o cual derecho y no otro.

El artículo 4º de los Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que “La elección del Derecho aplicable, o cualquier modificación de la elección del Derecho aplicable, debe efectuarse de manera expresa o *resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias*”.

Los “*términos del contrato*” aluden a aquella hipótesis en que las partes no han explicitado el derecho aplicable convencidos que su voluntad de aplicar una ley determinada es evidente. Esto ocurriría por ejemplo si el contrato celebrado y ejecutado en Chile contuviera una cláusula que indicare que el mismo quedara sometido a la “*legislación local vigente*”.

Las “*circunstancias del caso*” aluden al conjunto de actos o hechos que rodean la operación en todo el iter contractual, como podría ocurrir con un contrato celebrado entre dos japoneses en Japón, redactado en idioma japonés y en donde se alude expresamente a institutos propios de dicho sistema jurídico.

Existiría elección tácita de ley por ejemplo en un contrato de suministro entre dos empresas en donde acuerdan que la ejecución del contrato se ajustará a las “*condiciones habituales pactadas anteriormente entre las partes*”, existiendo en los contratos celebrados previamente entre ellas una cláusula expresa a un determinado derecho estatal.

Todos estos casos muestran circunstancias contractuales en donde es posible concluir inequívoca y razonablemente que la voluntad de las partes, si bien no expresada pero si exteriorizada, fue la de elegir tal o cual derecho.

Se ha dicho con razón que “*It is almost universally accepted that, subject to limited exceptions, the law chosen by the parties governs a contract. Accordingly, it is unproblematic to give effect to this choice where it has been made expressly. Where a choice of law is not made expressly, giving effect to that choice is significantly more difficult.*”<sup>26</sup>

En todo caso, como hemos dicho, la voluntad de elegir la ley del contrato debe ser inequívoca o evidente para que pueda producir sus efectos.

La doctrina ha identificado esta cuestión de la siguiente forma: “*Esta dualidad de escenarios y regímenes aplicables requiere, por ende, esclarecer cuando hay ejercicio de la libertad conflictual y cuándo no. Este es un análisis mayoritariamente fáctico y casuístico y la práctica demuestra que la escisión entre ambos puede tener contornos borrosos debido a la falta de claridad conflictual con que las partes emprenden en ciertas ocasiones sus relaciones comerciales. Son precisamente estos los casos en que puede encontrarse una elección tácita, donde el ejercicio de la autonomía conflictual carece de la certidumbre de la que goza la manifestación expresa.*”<sup>27</sup>

La determinación de la ley tácitamente elegida no es una tarea fácil. El RRI establece claramente que el estándar de convicción del intérprete debe obtenerse de manera “...inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”. No ayuda el hecho que otras traducciones no contengan una traducción de la palabra “inequívoca”. La versión en inglés refiere una elección (choice) “*clearly demonstrated by the terms of the contracts or the circumstances of the case*”.

26 Marshall, Brooke. Reconsidering the Proper Law of the Contract, Melbourne Journal of International Law, Vol.13, 2012, p. 7.

27 Penades Fons, Manuel. Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2012), p. 100.

La versión en alemán en cambio habla de una elección de ley (*rechtswahl*) que “*muss ausdrücklich erfolgen oder sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben*”.

Para partir, debido a la continuidad que presenta el Convenio de Roma y el RRI, la interpretación que se hizo en este punto del primero aplica también para el segundo<sup>28</sup>. Además, el famoso Reporte Giuliano-Lagarde tampoco ayuda a esclarecer la dificultosa tarea, en cuanto hace evidente que no existe regla general de interpretación contractual para determinar el derecho aplicable por voluntad tácita bajo los instrumentos antes citados<sup>29</sup>. Esta falta de organicidad u orden sólo redundaría en que la labor del juez deberá ser entonces la de analizar todas y cada una de las circunstancias del caso para poder intentar (puesto que puede concluir que no existe tal voluntad tácita) determinar el derecho aplicable.

*“Se desprende de esta breve pincelada que la búsqueda de la voluntad tácita de las partes requiere un análisis holístico de la relación, incluyendo elementos tanto ex ante como ex post a la celebración del contrato.”*<sup>30</sup>

Un punto interesante se ha planteado a raíz de la práctica contractual contemporánea y la elección tácita de ley. De un tiempo a esta parte, la práctica generalizada es la redacción de contratos comerciales internacionales en idioma inglés, basados en modelos y con terminología propia de la tradición del *common law*. Esto, puesto que el inglés es el idioma de los negocios internacionales, y el desarrollo histórico del derecho de contratos comerciales internacionales ha sido principalmente inglés, tanto a nivel doctrinario como práctico. Incluso, se sostiene que el éxito de las firmas de abogados ingleses y americanas han coadyuvado a posicionar el derecho de contratos del *common law* como el estándar de la industria. Todo ello ha redundado en que cada vez más los abogados de tradición civilista redactan sus contratos imitando el estilo de un contrato anglosajón, incluyendo terminología y conceptos que en ciertos casos puede atentar contra el derecho estatal aplicable. En Chile, por ejemplo, la ley no contempla explícitamente las cláusulas de hardship –ni las prohíbe explícitamente–, cuestión que puede producir más de algún problema al intérprete, en particular, la habilidad del juez para modificar el contrato que pugna contra el principio *pacta sunt servanda*.

¿Podría entenderse que a falta de elección de ley el contrato de corte *commonlaw* debe regirse por algún derecho del *common law*, y de ser así, cuál tendría que ser? ¿Es ésta circunstancia una elección tácita o parcial de ley? ¿Podría decirse que tiene mayor conexión material con dicho ordenamiento? Pareciera ser que la respuesta a todas las interrogantes es no!. En definitiva, más allá de la constatación del hecho innegable que ha sido la influencia del *common law* en el derecho contractual internacional, esto por sí sólo no resulta ser un factor determinante, primero porque es prácticamente imposible determinar a qué derecho particular del *common law* pertenece tal o cual modelo de contrato de corte *commonlaw* (Inglés, Americano, Escocés, Australiano, etc), y segundo, porque del mero hecho de estar un contrato influenciado por el *common law* no se desprende que tal contrato en particular tenga conexiones necesarias con tal o cual derecho anglosajón. Dicho de otro modo, podría ser un contrato estilo anglosajón pero donde las prestaciones características se cumplen y las partes tengan establecimientos en países de tradición civil, por ejemplo, un contrato internacional de compraventa de acciones entre una empresa brasilera y una chilena, siendo la segunda una filial de una americana que, como entidad controladora, supervisa todo el proceso de fusión y desea que el contrato se redacte en términos que les aseguran previsibilidad y certeza. Nuevamente, el estándar para la determinación del derecho aplicable a falta de elección expresa es el de total seguridad, no una simple inferencia o indicio<sup>31</sup>.

28 Penades Fons, Manuel. Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2012), p. 110.

29 Reporte Giuliano-Lagarde, p. 17.

30 Penades Fons, Manuel. Elección Tácita de Ley en los Contratos Internacionales, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2012), p. 112.

31 Para un desarrollo de las diferencias del derecho de contratos del CommonLaw y el Derecho Civil, materia que escapa el alcance del presente trabajo, véase: Cordero Moss, Giuditta. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith, Global

Como sea, el gran inconveniente detrás de la elección tácita de ley se encuentra en la prueba de los “términos del contrato” o de las “circunstancias del caso” que permitirían acreditarla, pues ello no está expresamente reglamentado en los textos internacionales a los que hemos hecho referencia. A nuestro juicio, el tribunal debe utilizar todos los antecedentes y elementos que se relacionen con el contrato para justificar la elección de la ley que las partes tácitamente han realizado, hurgando por ejemplo en las negociaciones previas, en las prácticas anteriores y en las cláusulas de elección de foro.

4.3. ¿LA ELECCIÓN DEL TRIBUNAL SUPONE NECESARIAMENTE LA ELECCIÓN DE SU LEY CUANDO NO SE HA EXPRESADO?

El artículo 12 del Reglamento Roma I dispone que un acuerdo entre las partes para conferir a uno o más órganos jurisdiccionales de un Estado miembro jurisdicción exclusiva para resolver los litigios ligados a un contrato es “uno de los factores” –más no el único<sup>32</sup>– que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato.

El artículo 7º inciso final de la Convención de México de 1994, dispone que la selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.

El artículo 4º numeral 2º de los Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que “Un acuerdo entre las partes para otorgar competencia a un tribunal nacional o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no es equivalente por sí mismo a una elección del Derecho aplicable”.

4.4. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY “FLOTANTES” (*FLOATING CHOICE OF LAW CLAUSE*).

Podría darse el caso también que las partes quisieran sujetar a una condición suspensiva la elección de ley (cláusulas flotantes), esto es, permitir que se determine con posterioridad a la celebración del contrato y luego de la ocurrencia de un hecho futuro e incierto<sup>33</sup>.

Por ejemplo:

*“El vendedor podrá, en cualquier momento, elegir como ley aplicable al contrato la ley chilena, española o argentina”.*

*“El contrato quedará regulado por la ley del lugar donde se presente la demanda”.*

4.5. VALIDEZ FORMAL DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE LEY.

El artículo 5º de los Principios de la Conferencia de La Haya dispone que “La elección del Derecho aplicable no está sujeta a condición alguna en cuanto a la forma, a no ser que las partes establezcan lo contrario”.

4.6. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY Y CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.

El artículo 6º numeral 1º de los Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que “a) para determinar si las partes acordaron una elección del Derecho aplicable, se aplica el Derecho presuntamente elegido por las partes; b) si las partes utilizaron cláusulas estándar que designan diferentes Derechos y según ambos Derechos prevalecen las mismas cláusulas estándar, se aplica el Derecho indicado en esas cláusulas estándar; si según estos Derechos prevalecen distintas cláusulas estándar, o si no prevalece ninguna de las cláusulas estándar, no habrá elección del Derecho”.

---

Jurist, Vol. 7 Iss. 1 (Advances), 2007, Article 3.

32 Al respecto: Fernández Rozas, et. al., ob. cit., pág. 318. Volker, ob. cit., pág. 243. En el mismo sentido comentando el tema a propósito de contratos de compraventa internacional: Schwenzer, Ingeborg; Hachem, Pascal, “Article 6”, en Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG), Schlechtriem; Schwenzer / Ingeborg Schwenzer (ed.), 3rd ed., Oxford, New York, 2010, pág. 112.

33 Castellanos Ruiz, ob. cit., págs. 96 a 98.

## 4.7. ¿ES POSIBLE LA EXCLUSIÓN DE NORMAS CONVENCIONALES POR MEDIO DE UNA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE LEY?. JURISPRUDENCIA CHILENA.

La elección expresa o tácita de una determinada ley podría implicar, a su vez, la exclusión tácita de las normas de un tratado internacional que naturalmente es aplicable al contrato. Un ejemplo de ello sería la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que permite expresamente la exclusión de sus disposiciones (artículo 6º) a través de la autonomía de la voluntad. Pues bien, una elección expresa o tácita de alguna ley estatal que sea contraria a las disposiciones de la CIM podría implicar una exclusión tácita de sus normas al caso concreto, pues con ello precisamente se estaría aplicando la facultad contemplada en el mencionado artículo 6º<sup>34</sup>. Se ha resuelto [laudo CCI 7660, de 1994], que la cláusula pactada por las partes en un contrato de compraventa internacional de mercaderías fijando un plazo inferior a aquél previsto en el artículo 39.2 de la Convención de Viena de 1980 para alegar la falta de conformidad del contrato, constituye una exclusión tácita de dicha norma<sup>35</sup>.

Se ha resuelto mayoritariamente que la elección expresa y general a la ley de un Estado que es Contratante de la Convención de Viena de 1980, implica su aplicación pues forma parte de dicho ordenamiento jurídico<sup>36</sup>. En cambio, la elección expresa y específica a un determinado cuerpo legal de dicha legislación, constituye una exclusión tácita a las normas de la referida Convención en caso que se trate de un Estado Contratante. En el caso *BP Exploration & Oil, Inc., v. Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador*, de 11 de junio de 2003, en donde se incorporó en el contrato una cláusula de elección de ley expresa y general al derecho ecuatoriano sin especificar una norma determinada, discutiéndose entonces si era o no aplicable la Convención de Viena de 1980. El Tribunal resolvió que la CIM era aplicable al contrato mientras no se excluyera expresamente, más aún si la República del Ecuador era Estado Contratante de dicha Convención<sup>37</sup>.

No obstante lo señalado en el apartado anterior, existe cierta jurisprudencia que ha resuelto de modo diferente, indicando que si las partes incorporaron al contrato una cláusula de elección expresa a la ley italiana, ella excluía consecuentemente la aplicación de la Convención de Viena de 1980<sup>38</sup>.

Incluso más, se ha discutido en Chile si el hecho de no invocar las normas de un tratado internacional constituyen una exclusión tácita de sus disposiciones en un contrato en donde se ha pactado expresamente la aplicación de una ley estatal.

El 10 de agosto de 2005, la Corte Suprema, conociendo el recurso de casación en el fondo<sup>39</sup> interpuesto en contra de la sentencia dictada en juicio de cobro de pesos producida a propósito de una cesión de créditos entre una empresa francesa (demandante) y otra empresa chilena (demandada)<sup>40</sup>, resolvió que "...el demandante sostiene, por una parte, la infracción de ley por falsa aplicación al caso de autos de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercadería o Convención de Viena y, por otra parte, la infracción de leyes reguladoras de la prueba. En el primer capítulo de casación expresa que la materia de autos es el cobro ordinario de pesos fundamentada en

34 Sobre el particular, entre otros: Schwenger; Hachem, ob. cit., págs. 107 a 114.

35 Schwenger; Hachem, ob. cit., pág. 108.

36 Oberlandesgericht Hamm, 9 de junio de 1995, clout n° 125, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g.1.html>.

37 *BP Oil International, Ltd., and BP Exploration & Oil, Inc., v. Empresa Estatal de Petróleos de Ecuador et. al., CCA (5th Circuit)*, [02-20166], 11 de junio de 2003, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030611u1.html>.

38 *Tribunale Civile di Monza, Nuova Fucinati S.p.A. v. Fondmetal International A.B., Tribunale Civile di Monza*, 14 de enero de 1993, clout n° 54, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930114i3.html>. Puede verse la referencia a otras decisiones judiciales y arbitrales en este sentido en Oviedo Albán, ob. cit., pág. 47.

39 Véase SCS, Rol 3.528-2003, de 10.08.2005.

40 Véase autos Rol N° 5149-98, del Tercer Juzgado Civil de San Bernardo, sobre juicio ordinario de cobro de pesos, caratulado "Automotores Gildemeister S.A. con Agrícola Gildemeister S.A.", la juez titular de dicho tribunal, por sentencia de veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y nueve, escrita a fojas 198, rechazó la demanda en todas sus partes, con costas. Apelado dicho fallo por la demandante, una Sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel lo revocó, por sentencia de dos de julio de dos mil tres, escrita a fojas 302, declarando que se acogía la acción deducida, sin costas.

el hecho de haber recibido en cesión ciertas facturas y no una acción de cumplimiento de contrato de compraventa que hiciera aplicables las normas de la Convención de Viena, la que, por lo demás no ha sido invocada por ninguna de las partes. Siguiendo la misma línea de argumentos, el recurrente expresa que el considerando 14° del fallo de segundo grado, infringe los artículos 1901 y siguientes del Código Civil, por cuanto se consideró un mismo acto jurídico la cesión de créditos y la cesión de la posición jurídica de vendedor y exportador, agregando que, ni aún los propios demandantes invocaron su calidad de sucesores de una posición contractual a lo largo de la demanda, sino que, por el contrario, siempre hablaron y exigieron el pago de un crédito que derivaba de la cesión de las facturas como títulos de crédito, facturas que habían sido debidamente exhibidas como títulos en cumplimiento del artículo 1903 del Código Civil, lo que además trajo como consecuencia la infracción del artículo 1545 del mismo texto legal”, agregando en el Considerando 15° que “...de esta manera, se desestimará el primer capítulo del recurso de casación en el fondo deducido, por cuanto su argumentación se contrapone con lo que los sentenciadores –a partir del análisis de la demanda y las escrituras públicas de cesión de derechos– han establecido como los hechos que sustentan el cobro de pesos deducido, consistente en los créditos que nacen de un contrato de compraventa de mercadería internacional, constituyendo, además, una facultad y prerrogativa de los jueces que conocen de la controversia, la aplicación del derecho a los hechos básicos establecidos, tal como lo hicieron en autos al aplicar la Convención de Viena que regula la compraventa internacional, no existiendo en dicha actuación, el error del derecho que el recurrente les imputa”.

Sin embargo, con posterioridad a dicho fallo, la Corte Suprema de Chile, curiosamente, ha resuelto exactamente lo contrario en nuestro país, indicando que el no invocar las normas de la Convención de Viena de 1980, en juicio, implica una renuncia tácita de sus disposiciones. En efecto, el 2007 la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en los autos sobre indemnización de perjuicios caratulados “*Plaza con Sociedad Agrícola Sacor Limitada*”<sup>41</sup>, se pronunció expresamente sobre el alcance y aplicación del artículo 6° de la Convención de Viena de 1980 sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, al resolver si debía entenderse o no excluida a falta de alegación en juicio. Se trataba de un contrato de compraventa de 61.000 unidades de cuero entre una empresa establecida en Chile (comprador) y una empresa establecida en Argentina (vendedor). El comprador demandó ante los tribunales chilenos al vendedor por incumplimiento del contrato. En la demanda se pidió decretar la indemnización de perjuicios por incumplimiento esencial de las obligaciones, sin solicitar previamente la resolución del contrato o la ejecución forzosa de la obligación. El demandante señaló en la demanda que: “...como consecuencia de la celebración del contrato de compraventa de autos adquirió las obligaciones contenidas en el título XXIII del Código Civil, con relación al artículo 1437 y siguientes, 1545 y siguientes y 1556 del mismo cuerpo legal, sin perjuicio de la aplicación de otras normas relativas a este tipo de negocios”. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda de indemnización de perjuicios considerando que, conforme el derecho chileno, debía haberse solicitado la resolución del contrato, sin perjuicio de la referida indemnización.

El demandante interpuso recurso de apelación, alegando que tanto Chile como Argentina eran Estados Contratantes de la Convención de Viena de 1980, y que, por consiguiente, debían aplicarse sus disposiciones, las cuales trataban la indemnización de perjuicios como un remedio independiente a la resolución del contrato.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas, confirmó la sentencia de primera instancia (09.01.2007), rechazando los argumentos del apelante, por cuanto “9°...respecto a la aplicación de la Convención de Viena de 1980, sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, hay que tener presente que de conformidad con su artículo 6 (...) al no haberse basado la demanda y la réplica en las disposiciones

41 Véase: autos Rol N° 81.085-03, del Primer Juzgado Civil de Punta Arenas, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, caratulados “Plaza Oviedo, Jorge Alejandro con Sociedad Agrícola SACOR Ltda.”.



legales de esta Convención, debe entenderse tácitamente que se renunció a dicho estatuto, rigiéndose, en consecuencia, por las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio que invocara<sup>42</sup>.

Finalmente, la Primera Sala de la Corte Suprema de Justicia, rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto en este caso<sup>43</sup>, indicando en el Considerando 8º "...Que en cuanto al segundo capítulo del recurso, el artículo 6º de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías dispone que las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. De la norma anterior se desprende que el referido instrumento internacional reconoce como principio regulador el de autonomía de la voluntad, haciendo prevalecer las reglas que las partes estimen pertinentes para la solución de las controversias que se susciten con motivo de la ejecución, interpretación, eficacia, etc., de una compraventa internacional de mercaderías. Como se expresó en el fundamento tercero de esta sentencia, el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil exige como requisito de la demanda, en lo que interesa, que ésta contenga la exposición clara de los fundamentos de derecho en que se apoya. Ahora bien, en cumplimiento de este requerimiento la parte demandante se limitó en su demanda a invocar únicamente normas de derecho interno, citando al efecto las disposiciones que estimó pertinentes para la solución de la controversia, contenidas en los Códigos Civil y de Comercio. Si bien, como se expresa en el recurso, los tribunales son libres para aplicar al caso de que se trata el derecho que estimen pertinente -facultad expresada en aforismo *iura novit curia*-, lo cierto es que el mismo derecho, que se supone los magistrados conocen, es el que, como se vio, permite excluir la aplicación de las normas de la Convención a un litigio al que, en principio, resultaban aplicables, cuando ha habido una manifestación de voluntad en tal sentido. Es por lo anterior que, como acertadamente establecen los jueces de la instancia, la invocación de las normas de derecho interno no pudo sino importar la renuncia -tácita o implícita, pero de todas formas con idéntico valor que la expresa o explícita- a regirse por las disposiciones de la Convención de Viena, a que se refiere el citado artículo 6º de este pacto, de manera tal que tampoco se incurre en las infracciones de ley denunciadas en este segundo capítulo del recurso." (Corte Suprema. Considerando 8º)".

Aunque existen precedentes similares en la jurisprudencia comparada<sup>44</sup>, la decisión adoptada por nuestro máximo tribunal nos parece inaceptable desde un punto de vista jurídico, pues los jueces debieron aplicar de oficio la Convención, en aplicación del principio *iura novit curia*, aun cuando las partes no la hubieren invocado. En el caso de marras, el tribunal debía haber aplicado la Convención de Viena de 1980, pues ambas partes tenían sus establecimientos en Estados Contratantes al momento de celebrar el contrato (artículo 1º), circunstancia suficiente para que fueran aplicable sus disposiciones, incluso por encima de las normas del Código Civil chileno, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 54 Nº 1 de la Constitución Política de la República.

En todo caso, la doctrina y la jurisprudencia arbitral están contestes en señalar que la exclusión tácita de la Convención debe ser producto del mutuo acuerdo de las partes, por lo que no cabe una exclusión unilateral<sup>45</sup>.

42 SCA Punta Arenas, Rol N° 173-2006, de 09.01.2007.

43 La sentencia de casación dictada por la Corte Suprema de Justicia, puede verse en SCS, Rol 1782-2007, de 22.09.2008. [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)

44 GPL Treatment Ltd. v. Louisiana-Pacific Group, Oregon Court of Appeals, 12 de abril de 1995, 133 Or. App. 633, en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950412u1.html>. En este caso, que se trataba de una demanda por perjuicios derivados del incumplimiento de un contrato de venta, la parte demandada alegó que no se había celebrado un contrato por no haberse cumplido con el requisito de forma de la ley de fraudes contenida en el Código de Comercio uniforme adoptado por Oregon. Los demandantes trataron de plantear que la ley de fraudes no era aplicable, sino la Convención, pero el Tribunal consideró esta petición extemporánea. Véase Schwenger; Hachem, ob. cit., p. 113.

45 Castellanos Ruiz, Esperanza, Autonomía de la voluntad y Derecho uniforme en la compraventa internacional, Comares, Granada, 1998, pág. 68. Schwenger; Hachem, ob. cit., pág. 107.

4.8. ¿ELECCIÓN DE UNA “LEY ESTATAL” O “REGLAS DE DERECHO”?

Las partes tienen completa libertad para elegir la ley que estimen pertinente, incluida la de una unidad territorial específica<sup>46</sup>, tenga o no conexión con el contrato<sup>47</sup>. El artículo 2º.4 de los Principios de La Haya, dispone que “*No se requiere vínculo alguno entre el Derecho elegido y las partes o su transacción*”. Además, como ya hemos dicho, la elección de una “ley estatal” importa todo el ordenamiento jurídico de dicho Estado y no sólo la legislación interna.

El artículo 3.1 del RR-I alude a la “ley” elegida por los contratantes (artículo 3.1 RR-I), esto es, una norma *estatal*, lo que importa consecuentemente la exclusión de cualquier otra fuente del Derecho (Principios de Unidroit; usos del comercio internacional; nueva *lex mercatoria*, entre otros). Para el legislador europeo todo contrato está y debe estar regido siempre por una ley estatal, única capaz de reconocer la existencia *ad-initio* del contrato. Cualquier acuerdo contractual que haga aplicable otras “reglas de Derecho”, sólo serán válidas únicamente como “pactos interpartes” (autonomía material) y no como ley del contrato (autonomía conflictual), o sea, constituyen una “*incorporación por referencia*” a su contrato de un Derecho no estatal, usando los términos del Considerando 13 del RR-I. Estos “pactos interpartes” sólo serán válidos en la medida que la “ley del contrato” (siempre una ley estatal<sup>48</sup>) les reconozca valor.

El profesor Esplugues Motta ha dicho que es indiferente que la ley elegida pertenezca a un Estado que no ha sido reconocido aun internacionalmente, pues basta que exista de facto<sup>49</sup>.

La exigencia del legislador europeo (elección de “ley estatal”) impide que las partes puedan someter el contrato única y directamente a las normas del Derecho Internacional Público o a determinados tratados internacionales (por ejemplo la CIM), aunque paradójicamente, a la inversa, si pudieran aplicarse si se aludiera en la cláusula a la ley del Estado Contratante de dicho tratado. Asimismo, descarta la validez de las cláusulas en que las partes excluyan expresamente la aplicación de cualquier ley estatal (contratos “sin ley”), fundado en su intención de regular detalladamente todas las materias en el interior del propio contrato y usando para ello la autonomía material.

Distinta solución entrega el artículo 7º de la Convención de México de 1994, que permite a las partes que elijan el “Derecho” que regulará el contrato, lo que incluye desde luego otras fuentes legales diversas a la ley.

En igual dirección, el artículo 2º de los Principios de La Haya dispone que “Un contrato se rige por el Derecho elegido por las partes”. Luego, agrega en el artículo 3º que “En estos Principios, la referencia a “Derecho” incluye normas de Derecho generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, a menos que el Derecho del foro establezca lo contrario”. Esto deja de manifiesto la posibilidad de elegir como “ley del contrato” la nueva *lex mercatoria*; los Principios de Unidroit sobre Contratos Mercantiles Internacionales; los Principios de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (cuando estén publicados), o cualquier otra “Regla de Derecho” que las partes decidan acordar libremente.

46 El artículo 22 N° 1 del Reglamento Roma I dispone que “Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales cada una de las cuales tenga sus propias normas jurídicas en materia de obligaciones contractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable en virtud del presente Reglamento”. Hernández – Bretón, Eugenio, “La Convención de México (CIDIP V, 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina”, en DeCITA, 9, (2008), pág. 174.

47 Carrascosa González, ob. cit., pág. 132. Castellanos Ruíz, El reglamento Roma I..., cit., pág. 72. Esplugues Motta; Iglesias Buhigues, ob. cit., pág. 383. Fernández Rozas, et. al., ob. cit., pág. 318. En la doctrina latinoamericana: Boggiano, Antonio, Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales, 4ª edición, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, págs. 698 a 699.

48 Las cláusulas de elección de ley que hagan referencia a normas de tipo “religioso” no vinculadas directamente con la ley de un estado determinado, como ocurre por ejemplo con el derecho hebreo (*jewish law*), serían nulas.

49 Esplugues Motta, Carlos / Iglesias Buhigues, José Luis.: “Derecho Internacional Privado”, 2ª edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 233.

Incluso más, el artículo 10 de la Convención de México de 1994, señala que en aquellos casos en que las partes hubieren elegido una “ley estatal”, el tribunal deberá aplicar, igualmente y cuando corresponda, “...las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

La tendencia actual y que defendemos es permitir que las partes puedan elegir como “ley del contrato” no sólo la ley de un Estado sino también “reglas de Derecho”, es decir, normas que no emanan de un Estado soberano, pues de esa manera se permite un sustento máximo a la autonomía de la voluntad, con independencia al método de solución de conflictos que se haya elegido (juez o árbitro). Esta solución ha sido ampliamente aceptada en los procedimientos arbitrales<sup>50</sup> y no vemos razón suficiente para excluir tal posibilidad cuando quien debe resolver la controversia es un juez nacional, pues éste, en último término, fundará la obligatoriedad de la “ley del contrato” en su propia *lex fori* que reconoce fuerza y validez a las cláusulas contractuales. Además, en algunos contratos especiales, las “reglas de Derecho” podrían responder mejor a las necesidades comerciales de las partes, como ocurre con el contrato de transporte marítimo<sup>51</sup>, garantizando neutralidad y transparencia en sus operaciones<sup>52</sup>

#### 4.9. VIGENCIA DE LA LEY ELEGIDA.

La ley elegida debe ser la “vigente” en un Estado que exista al momento de concretar la elección, no siendo válidas las cláusulas que hagan referencia a leyes derogadas. El artículo 17 de la Convención de México de 1994, lo señala expresamente al disponer que “Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado...”.

#### 4.10. LA (NO) ELECCIÓN NEGATIVA DE LEY.

Algunos contratos internacionales incorporan cláusulas en donde las partes no acuerdan la aplicación de un determinado derecho sino que, por el contrario, pactan la no aplicación de tal o cual ley al contrato<sup>53</sup>. Por ejemplo un contrato celebrado por dos argentinos en Chile en donde únicamente se incorpora una cláusula en los siguientes términos: “El presente contrato no quedará regido por la ley chilena”. La pregunta que debemos hacernos es la siguiente: ¿Debe considerarse una cláusula de elección de ley en los términos de la Convención de México de 1994 / Reglamento Roma I y los Principios de la HCCH?. Los tres textos no regulan expresamente esta situación, pero me inclino a pensar que en este caso no existe una “elección” de ley sino que una “exclusión” de ley, lo cual no está regulado en dichos textos, motivo por el cual debieran aplicarse los restantes criterios supletorios de determinación del derecho aplicable. Sin embargo, las dificultades podrían producirse en aquellos casos en que dichos criterios de conexión supletorios condujeran al juez o al árbitro al aplicación del derecho excluido expresamente por las partes, pues en tal caso, a mi juicio, sí debiera respetarse lo acordado por las partes considerando que tal cláusula de exclusión podría considerarse asimismo una cláusula de no-elección o de elección negativa de ley. En una situación así, me parece que es imperativo respetar el pacto contractual realizando los ajustes necesarios para que dicha cláusula produzca sus efectos. Así, pues, el tribunal tendría la obligación de respetar el contenido de la cláusula, incluso por

50 En el arbitraje la posibilidad que tienen las partes de elegir “normas de Derecho” es ampliamente aceptada. Ver: art. 28(1) de la Ley Tipo de la CNUDMI sobre el Arbitraje Comercial Internacional, con las enmiendas tal como fueron adoptadas en 2006; art. 28(1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI; art. 22.1(c) del Reglamento de Arbitraje de la LCIA; art. 1496(1) del C. proc. civ. (Francia); art. 1051 del C. proc. civ. de Alemania; art. 36 de la Ley sobre el arbitraje de Japón (2003); art. 187(1) de la Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 de Suiza.

51 Tal como por ej. una referencia en lo relativo a los contratos de transporte marítimo a las denominadas «Reglas de Rotterdam» (Convenio de 2008 de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo) antes de su entrada en vigor.

52 J. Basedow, “Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in Economic Perspective” en J. Basedow, T. Kono and G. Ruhl (eds.), *An Economic Analysis of Private International Law*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pág. 71.

53 Véase los siguientes laudos arbitrales ICC: N° 7110, de 1995 y N° 7375, de 1996.

sobre las normas del derecho sustantivo que ha sido designado por sus propias normas de conflicto, debiendo en tal caso evaluar la utilización de otros factores de conexión distintos.

#### 4.11. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE LEY.

La cláusula de elección de ley debe ser considerada un acto jurídico independiente del contrato internacional que la contiene. En consecuencia, la nulidad de la cláusula de elección de ley no supone *ipso iure* la nulidad del contrato principal cuya ley pretendía establecer, y, de igual forma, la nulidad de este último no acarrea necesariamente la nulidad de la cláusula de elección de ley. Ambos deben ser considerados actos jurídicos independientes el uno del otro, al igual que las cláusulas de elección de foro.

Así lo reconoce expresamente el artículo 7º de los Principios de la Conferencia de La Haya, el cual dispone que “La elección del Derecho no puede ser impugnada únicamente en base al hecho de que el contrato al que se aplica no es válido”.

#### 4.12. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE LEY.

La validez formal de la cláusula de elección de ley quedará sujeta normalmente por la ley del lugar donde se celebra (*lex locus regit actum*), la cual establecerá los requisitos formales que debe cumplir.

La ley aplicable a la capacidad de las partes que celebraron la cláusula de elección de ley quedará sujeta al derecho designado por las normas de conflicto del tribunal que deba conocer acerca de la validez o la nulidad de dicha cláusula. En Chile, la capacidad para celebrar actos y contratos queda sometida normalmente a la ley del lugar donde dicho acto se lleva a cabo, sin embargo, en caso que alguna de las partes que acuerda la cláusula de elección de ley tenga la nacionalidad chilena y, a juicio del tribunal, dicha cláusula produzca “efectos en Chile” (artículo 15 N° 1 del Código Civil), su validez quedará sujeta a la ley chilena y no a la ley del lugar donde se otorgó.

Las cuestiones relativas a los vicios del consentimiento que pudieren alegar las partes en la celebración de la cláusula de elección de ley (error, fuerza, dolo o intimidación), quedan sometidas a la ley presuntamente elegida por las partes en el mismo pacto cuya validez se cuestiona. O sea, será la hipotética ley del contrato la que debe resolver si es o no nula la cláusula de elección de ley. Esto tiene particular relevancia respecto de las cláusulas de elección de ley contenidas en condiciones generales de contratación, pues resulta muy frecuente que en estos casos sea una de las partes la que haya impuesto la suscripción de la referida cláusula. Así lo reconoce el artículo 3º numeral 5º del Reglamento Roma I, y también el artículo 12 de la Convención de México de 1994, al disponer que “La existencia y la validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez sustancial del consentimiento de las partes respecto a la elección del derecho aplicable, se regirán por la norma que corresponda conforme a esta Convención de acuerdo con los términos de su Capítulo Segundo. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el juez deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de dicha parte”.

#### 4.13. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE ELECCIÓN DE LEY.

¿A qué se aplica la ley elegida por las partes?. La ley elegida por las partes regulará principalmente las siguientes materias del contrato: a) su interpretación; b) los derechos y las obligaciones de las partes; c) la ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria; d) los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones; y e) las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato. Así lo reconoce expresamente el artículo 14 de la Convención de México de 1994.

El artículo 9º de los Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que “1. El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato entre las partes, incluyendo, sin afán limitativo: a)

su interpretación; b) los derechos y obligaciones derivados del contrato; c) la ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios; d) los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad; e) la validez y las consecuencias de la nulidad del contrato; f) la carga de la prueba y las presunciones legales; y g) las obligaciones precontractuales. 2. El párrafo 1(e) no excluye la aplicación de cualquier otro Derecho aplicable que sostenga la validez formal del contrato.

#### 4.14. ¿ES POSIBLE QUE LA LEY ELEGIDA POR LAS PARTES ANULE EL CONTRATO PRINCIPAL?

La ley elegida por las partes para regular el contrato determina su existencia y validez (artículo 10 del RR-I), motivo por el cual resulta fundamental que las partes realicen un minucioso estudio previo de la normativa a la cual se sujetarán, pues podría darse el caso que la ley que han pactado sea precisamente la que frustre su contrato<sup>54</sup>.

#### 4.15. CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY Y REENVÍO.

Si las partes han decidido acordar la aplicación de una determinada ley para que regule el contrato, no resulta posible que con posterioridad, producto de la aplicación de las normas de conflicto del juez que debe aplicar ese derecho, termine aplicando la legislación de un tercer Estado. Dicho en otras palabras, el reenvío está absolutamente descartado en la determinación del derecho aplicable al fondo de un contrato internacional. El juez que conoce de la controversia y que debe aplicar la ley prevista en la cláusula de elección de ley, no puede aplicar las normas de conflicto de dicha legislación, sino únicamente las normas materiales y las imperativas que resulten aplicables. La ejecución de la ley elegida es incompatible con la aplicación de sus normas de conflicto, puesto que, en algunos casos, si ello no fuera así, podría resultar competente la aplicación del derecho sustantivo de un Estado al que las partes nunca quisieron sujetarse expresa ni implícitamente.

El artículo 17 de la Convención de México de 1994, dispone expresamente que “Para los efectos de esta Convención se entenderá por “derecho” el vigente en un Estado, con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”, idea que reitera el artículo 20 del RR-I y el artículo 8° de los Principios de la Conferencia de La Haya de 2015, al señalar que “La elección del Derecho no incluye las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes, a no ser que las partes establezcan expresamente lo contrario”.

#### 4.16.- ¿EN QUÉ MOMENTO PUEDO ELEGIR EL DERECHO APLICABLE O SUSTITUIR EL YA ELEGIDO?

Las partes pueden acordar una cláusula de elección de ley en cualquier momento y no sólo cuando celebran el contrato principal. De igual forma pueden sustituir la ley elegida por otra si así decidieren hacerlo. La nueva ley elegida operará retroactivamente, regulando el contrato desde la fecha de su celebración, lo que no significa en caso alguno que pueda afectar la validez formal de mismo en la medida que hubiere sido válido bajo la antigua ley, y tampoco los derechos que legítimamente hubieren adquirido terceros.

El artículo 8° de la Convención de México de 1994, dispone expresamente que “En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros”.

El artículo 2° numeral 3° de los Principios de la Conferencia de La Haya de 2015, dispone que “La elección puede realizarse o modificarse en cualquier momento. Una elección o modificación realizada con posterioridad al perfeccionamiento del contrato no debe afectar su validez formal ni los derechos de terceros”.

<sup>54</sup> Mayer, Pierre; Heuzé, Vincent, *Droit International Privé*, 10e édition, Montchrestien, Paris, 2010, p. 520.

El artículo 3º numeral 2º del Reglamento Roma I dispone que “2. Las partes podrán, en cualquier momento, convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad, bien sea en virtud de una elección anterior efectuada con arreglo al presente artículo o de otras disposiciones del presente Reglamento...”.

Nada impide que los contratantes puedan escoger la ley del contrato incluso durante el proceso judicial<sup>55</sup>, pues los textos sólo aluden a que la elección pueda realizarse “...en cualquier momento”, sin distinción del lugar y tiempo.

#### 4.17.- ELECCIÓN DE LEX MERCATORIA COMO LEY DEL CONTRATO.

Como hemos tenido tiempo de mencionar, la costumbre es una importante fuente de Derecho en materias comerciales. Ante la ausencia de voluntad, existen mecanismos de integración que pueden guiar la interpretación contractual. Así, por ejemplo, cierta jurisprudencia ha sostenido que “*In an international commercial transaction such as this contract between and, where the Parties have not indicated the applicable law and where there are many disparate connections to many different municipal systems of law, we are of the opinion that international arbitrators are fully justified to turn to general principles of law [...] In determining the content of these general principles, we feel entirely justified in referring to the UNIDROIT Principles which we consider a useful source for establishing general rules for international commercial contracts*”<sup>56</sup>

Los Principios UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010) constituye un instrumento bastante legitimado de *lex Mercatoria*. Lo son en la medida que reflejan la realidad jurídica, dándole legitimidad “objetiva” a su uso por ser el instrumento que mejor refleja una conducta uniforme en el espacio y tiempo. Así, la doctrina nacional ha reconocido su existencia y aplicación en los siguientes términos: “*El problema de los contratos sin ley actualmente presenta un desarrollo interesante debido al progreso del llamado jusmercatorum. Este derecho es la regulación espontánea que nace de la práctica de los negocios mercantiles y que se expresa en los contratos tipo, las condiciones generales de venta, los usos corporativos o profesionales, las leyes uniformes y las sentencias arbitrales. El jusmercatorum contribuye a la existencia de contratos sin ley o anacionales, en la medida que el derecho mercantil consuetudinario puede completar la regulación que se han dado las partes, expresándose finalmente, mediante una sentencia arbitral.*”<sup>57</sup>

El legislador europeo no admite que las partes puedan acordar como “ley del contrato” a la *lex mercatoria*. Su mención en el contrato sólo puede ser considerada como pacto de “incorporación por referencia”, a los que expresamente se les reconoce valor en el Considerando 13 del RR-I: “(13) El presente Reglamento no impide a las partes incorporar por referencia a su contrato un Derecho no estatal o un convenio internacional”. En este caso, la validez del pacto estará condicionado a la ley del contrato y, en todo caso, al respeto irrestricto de las normas imperativas aplicables<sup>58</sup>.

La Convención de México de 1994 entrega particular primacía a la *lex mercatoria*, disponiendo en el artículo 9º que, a falta de elección y en todo caso, el tribunal deberá tener en cuenta “...las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto”.

55 Cfr. SAP Santa Cruz Tenerife 15 noviembre 2003, citada por Carrascosa González, ob. cit., págs. 160 y 161. Véase también: Castellanos Ruíz, El reglamento Roma I..., cit., págs. 107 a 110.

56 ICC International Court of Arbitration, Paris 8540, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=644>.

57 Villarroel, Carlos y Villarroel Gabriel. Determinación de la Ley Aplicable a los Derechos y Obligaciones Emanados de los Contratos Internacionales, Revista Chilena de Derecho, [Vol. 17 1990], p. 357.

58 Sobre el particular: Castellanos Ruíz, El reglamento Roma I..., cit., pág. 75. Esplugues Mota; Iglesias Buhigues, ob. cit., pág. 451. Fernández Rozas, et. al., ob. cit., pág. 320. No obstante, debe señalarse que existió una propuesta hecha por la Comisión de las Comunidades Europeas en el sentido de permitir a las partes escoger como ley del contrato los principios y normas de Derecho material de los contratos reconocidos a escala internacional o comunitaria. Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005.

#### 4.18.- EL FRACCIONAMIENTO CONVENCIONAL O DÉPEÇAGE.

El *dépeçage* es una manifestación explícita de la autonomía de la voluntad a través de la cual los contratantes seleccionan pasajes de diversas leyes que les acomodan y se ajustan a la transacción para luego hacerlas aplicables separadamente a cada una de ellas. La Corte de Casación fue el primer tribunal del mundo en reconocer esta modalidad de la autonomía de la voluntad, en el famoso caso *American Trade Company* (5.12.1910).

El Artículo 7º de la Convención de México de 1994, dispone que “...*Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo*”. El artículo 2º de los Principios de la Conferencia de La Haya de 2015, dispone que “...Las partes pueden elegir (i) el Derecho aplicable a la totalidad o a una *parte del contrato* y (ii) diferentes Derechos para diferentes partes del contrato”. El artículo 3º numeral 1º del Reglamento Roma I dispone que las partes “...podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”. Asimismo, el artículo 6º de la Convención de Viena sobre CIM, reconoce este instituto al permitir a las partes que puedan, a través de la autonomía de la voluntad, excluir parte de sus disposiciones<sup>59</sup>.

La facultad contemplada en las disposiciones aludidas no supone que las partes elijan una multiplicidad de leyes aplicables al contrato, sino que determinados derechos y obligaciones queden sometidos total o parcialmente a diferentes leyes<sup>60</sup>. O sea, consiste en “descuartizar” el contrato, separando todas aquellas partes “disponibles” del mismo y acordar que cada una de ellas quede sometida a un derecho distinto.

Los contratantes pueden elegir, expresa o tácitamente, la ley aplicable sólo a una parte del contrato (*dépeçage* parcial), caso en el cual el resto del contrato quedará sujeto a las normas aplicables que determinen las reglas conflictuales del juez; o bien pueden elegir, expresa o tácitamente, la ley aplicable a diversas partes del contrato (*dépeçage* completo).

La referencia que hacen los instrumentos internacionales antes aludidos a una “...parte del contrato”, se refiere a cualquier sección del contrato que tenga autonomía jurídica y económica y que sea separable, o sea, que pueda someterse a un derecho distinto sin que ello importe un perjuicio en el cumplimiento de la totalidad del contrato<sup>61</sup>. Por ejemplo, podríamos considerar “parte del contrato” para los efectos del fraccionamiento convencional las cláusulas de *hardship*; cláusula de fuerza mayor; cláusula penal, entre otras). Ahora bien, el uso del *dépeçage* no puede devenir en que las leyes elegidas sean irreconciliables entre ellas, o sea, la aplicación de una no puede afectar la aplicación de la otra

#### 4.19.- ELECCIÓN DE LEY Y CONTRATOS INTERNACIONALES ELECTRÓNICOS.

El Contrato Electrónico ha sido definido de variadas formas, sin que haya consenso en la doctrina actual<sup>62</sup>, pero en virtud del principio de neutralidad tecnológica podríamos entender el contrato electrónico como aquel contrato que se ha perfeccionado por medios electrónicos. Es decir, es aquel contrato en el cual las partes han manifestado su voluntad y, por tanto, perfeccionado el contrato de forma electrónica y no de acuerdo a las categorías clásicas del derecho civil<sup>63</sup>.

El contrato electrónico internacional se perfecciona, al igual que todo contrato, con la concurrencia de una oferta y una aceptación, y también se rige por el principio de autonomía de la voluntad en

59 Véase, entre otros: Schwenger; Hachem, ob. cit., pág. 114.

60 Audit, ob. cit., pág. 720. Mayer; Heuzé, ob. cit., pág. 550.

61 Hernández – Bretón, ob. cit., pág. 175.

62 Véase al respecto: Schleyer Alt, Jorge. La Formación del Consentimiento en los Contratos Internacionales, Propuesta de reformas al derecho chileno, Editorial Thomson Reuters (2013), pp. 147-154.

63 En el Derecho chileno esta materia se encuentra regulada en el Código de Comercio, artículos 96 y siguientes. Ellos ilustran a la perfección el anacronismo del derecho en la regulación de las nuevas realidades. En efecto, en nuestro derecho interno las normas sobre perfeccionamiento de los contratos no contemplan la manifestación de voluntad electrónica (si no verbal o escrita).

cuanto, como contrato internacional que es, no deben hacerse distinciones que la ley no contempla. En definitiva, un contrato online y un contrato offline difieren sólo en la forma de manifestación de voluntad, mas no en el fondo jurídico<sup>64</sup>. Dicho esto, a falta de elección de ley de las partes, nace el problema de determinar el derecho aplicable a la relación contractual electrónica<sup>65</sup>. La doctrina ha sostenido que los contratos electrónicos se entiende contratos entre presente<sup>66</sup>, lo que en principio suena contradictorio puesto que la contratación es justamente por medio de un computador. Dado que en la realidad no es un contrato entre presentes, entonces surge la problemática. *“Ante el problema de la determinación del lugar donde se ha realizado la oferta se han propuesto tres soluciones diferentes: entender que es aquél donde se ha enviado electrónicamente la oferta –lugar del computador del oferente–, entender que es el lugar de domicilio o residencia habitual del oferente y, por último, estimar que es el lugar en que se encuentra el servidor u computador en donde se almacena la oferta, soluciones que pueden ser perfectamente extrapoladas al intentar determinar el lugar donde se ha producido la aceptación, de ese modo sería factible entender que podría ser aquél donde se ha enviado electrónicamente el mensaje que contiene la aceptación –lugar del computador del aceptante–, pensar que es el lugar de domicilio o residencia habitual del aceptante y, finalmente, considerar que es el lugar en que se encuentra el servidor u computador en donde se almacena la aceptación.”*<sup>67</sup>

Estas tesis, similares a las normas contenidas en el Código de Comercio chileno ya mencionadas, deben desecharse de plano pues no es lógico pensar que el lugar de emisión de la oferta y de la aceptación sea el lugar de ubicación de un computador. Del mismo modo, no es lógico pensar que si se envía una oferta por correo, el lugar de emisión de la oferta sea la oficina de correos. En definitiva, no se trata de identificar el lugar físico desde donde emprendió camino material la oferta o la aceptación, si no de ubicar a las partes de la relación contractual en un contexto legal, conectar la relación con un ordenamiento jurídico, y es por ello que la única solución que hace sentido ante el silencio de las partes es seguir las reglas generales para los contratos en general. Es decir, habrá de estudiarse el lugar en donde se ha exteriorizado la voluntad de contratar –ya sea mediante una oferta o mediante una aceptación, en el caso chileno, las normas generales entienden que el lugar de perfeccionamiento del contrato es el lugar de residencia de quien hubiere aceptado la oferta original o una modificación de ella-. Otros han sostenido que debe aplicarse la norma que tenga mayor conexión con el contrato. Nuevamente, este criterio nos parece poco apto puesto que no se condice con la seguridad jurídica que requiere el tráfico comercial.

#### 4.20. ELECCIÓN DE LEY EN LOS CONTRATOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

Desde hace unas décadas se ha vuelto común que los Inversores Extranjeros firmen contratos de inversión extranjera con los Estados Receptores de las Inversión en los cuales se encuentran cláusulas arbitrales que, de la forma descrita en el párrafo anterior, otorgan jurisdicción a tribunales arbitrales especializados en el conocimiento de este tipo de controversias. El gran ejemplo de esta práctica es el conocido Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones<sup>68</sup>, el cual fue fundado en la década de los sesentas y se mantiene hasta hoy como el principal centro de resolución de conflictos Inversor-Estado.

64 Schleyer Alt, Jorge. La Formación del Consentimiento en los Contratos Internacionales, Propuesta de reformas al derecho chileno, Editorial Thomson Reuters (2013), p. 183.

65 Sobre este punto en particular debe hacerse la precisión relativa al Derecho del Consumidor. En muchos estados, incluyendo Chile, el Derecho del Consumidor es de orden público, es decir, irrenunciable por las partes, por tanto, en la medida en que exista una norma que establezca el derecho aplicable a las relaciones contractuales electrónicas internacionales, esta no deberá ser desatendida por el juez, dada la imperatividad de la norma.

66 Pinochet Olave, Ruperto. La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte IV: El Lugar de Formación del Consentimiento Electrónico, Revista Ius et Praxis, 12 (1): 215 - 231, 2006.

67 Pinochet Olave, Ruperto. La Formación del Consentimiento a través de las Nuevas Tecnologías de la Información Parte IV: El Lugar de Formación del Consentimiento Electrónico, Revista Ius et Praxis, 12 (1), 2006, p. 220.

68 “CIADI” o “ICSID” por sus siglas en inglés; <https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>.



El derecho aplicable al fondo mediante un procedimiento arbitral habrá de determinarse de acuerdo a las reglas que las partes mismas hayan convenido para la solución de controversias, es decir, en último término, el derecho aplicable al fondo de la controversia será el elegido por las partes, ya sea directamente o indirectamente, haciendo aplicación de un reglamento arbitral institucional que valide y permita dicha elección dentro de su propio sistema de resolución de controversias. Tomemos el ejemplo del CIADI. El reglamento del Centro establece en su artículo 42 (1) que el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables<sup>69</sup>.

Como vemos, aquí se manifiesta nuevamente el principio de respeto a la autonomía de la voluntad en cuanto el derecho aplicable al fondo es elegido por las partes en primera instancia. A falta de elección de ley por las partes, el tribunal arbitral del CIADI deberá aplicar la legislación del Estado que sea parte en la diferencia<sup>70</sup>, incluyendo sus normas de derecho internacional privado<sup>71</sup>.

Como se puede observar, este artículo no hace mención a distintos tipos de elección de ley por las partes, es decir, no diferencia entre elección expresa y tácita. Hemos de suponer, y de acuerdo con la doctrina más autorizada del tema, que la redacción acepta la elección tácita de ley de acuerdo a la práctica general del derecho internacional privado. *“It is an open question whether a choice of law by the parties must be direct and explicit or can be indirect and implicit and may be inferred from the facts and circumstances of the relationship between the parties. This point was discussed in the course of the Convention’s drafting and appears to have been answered in the latter sense (History, Vol. II, pp. 418, 570).”*<sup>72</sup>

Como ha sostenido un autor *“Hay que tener en cuenta que el arbitraje es un método de resolución de controversias basado en el acuerdo de las partes, que representa un mandato para el árbitro, por lo que éste,*

69 Como bien apunta la doctrina, este artículo no presenta mayores novedades en su redacción en relación a la solución a falta de elección de ley por las partes en relación a otros reglamentos de arbitraje. Zambrana Tevar, Nicolás, *La Determinación Del Derecho Aplicable Al Fondo en el Arbitraje de Inversiones*, Editorial Aranzadi (2010), p. 300. De todas formas, existen pequeñas variaciones, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (revisado 2010) dice en su artículo 35 sobre Ley Aplicable: “1.El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada. 2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (ex aequo et bono) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo. 3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso”. La Ley Modelo UNCITRAL de Arbitraje de 1985 (enmendada 2006) establece en su 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 determinen 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”. La Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional chilena sigue en su artículo 28 exactamente la misma formulación que la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 enmendada el 2006.

70 Ya sea como demandante o demandado, aun cuando no existan muchos casos de Estados demandantes en el sistema CIADI.

71 Esta es la gran novedad que presenta el artículo 42 en comentario en relación con otros reglamentos de arbitraje. Como ha dicho la doctrina: “Si es particular del artículo 42 la inclusión, dentro del Derecho estatal, de las normas de conflicto de dicho ordenamiento, lo que permitiría el reenvío y la aplicación del Derecho de un tercer país, en aquellos casos –verdaderamente excepcionales– en que hubiera puntos de contacto suficientes con ese tercer país”. Zambrana Tevar, Nicolás, *La Determinación Del Derecho Aplicable Al Fondo en el Arbitraje de Inversiones*, Editorial Aranzadi (2010), p. 300.

72 Schreuer, Christoph / Malintoppi, Loretta / Reinisch, August / Sinclair, Anthony. *The ICSID Convention: a Commentary*. Cambridge University Press, Second Edition, 2009, p. 570.

*en la medida de lo posible, debe buscar cuál es el contenido de dicho acuerdo en lo que respecta a las diferentes fases del proceso.*<sup>73</sup>

Para el autor, pareciera obvio que la interpretación correcta del artículo 42 (1) es la de permitir la elección tácita de ley, puesto que, para partir, el mismo artículo consagra la autonomía de la voluntad como primer elemento determinante del derecho aplicable. Por lo tanto, si del contrato resultase clara una elección de ley tácita, no cabría más que honrar la elección hecha por las partes. Por lo demás, que la elección de ley sea tácita no cambia el hecho que, de todas formas, es una elección de ley.

Uno de los principales problemas que presenta la determinación del Derecho aplicable a las controversias Inversor-Estado es la correcta interpretación y aplicación del mismo por parte del panel arbitral. En particular, los tribunales arbitrales para este tipo de controversias son “internacionales”, es decir, están casi siempre compuestos por árbitros de variadas nacionalidades que probablemente no conocen a la perfección el derecho interno del país parte de la disputa<sup>74</sup>. *“El modo de aplicar el derecho también puede resultar distinto, en alguna medida, del modo en que un juez nacional aplicaría las mismas normas jurídicas en un proceso ordinario. Sobre todo en el arbitraje comercial internacional, algunos laudos dan la impresión de que los árbitros hacen una interpretación de las normas menos estricta de lo que sería habitual en la jurisdicción ordinaria, o con más flexibilidad incluso en aquellos casos en que no se les ha dado la facultad de actuar como amiables compositeurs o de decidir en equidad [...]”*<sup>75</sup>

#### 4.2.1. ELECCIÓN DE LEY Y NORMAS IMPERATIVAS.

El único límite consagrado -y aceptado por la doctrina- para la autonomía de la voluntad son las conocidas normas imperativas, también conocidas como aquellas normas que son irrenunciables para las partes. Estas normas imperativas se manifiestan generalmente como normas de “derecho público”, en el sentido tradicional que se contrapone al derecho privado, y que se entiende supletorio a la voluntad de las partes y que viene a llenar potenciales vacíos en las relaciones entre los privados. Hoy, la distinción entre uno y otro es difícil, puesto que no existe una definición unánime ni un instrumento legal que los consagre como tales uniformemente. La doctrina ha intentado esbozar normas imperativas internacionales y dice que: *“[...] no es posible que los particulares implicados excluyan la aplicación de las normas que presentan ese carácter (acordando su sustitución por otras).”*<sup>76</sup>

En efecto, las normas imperativas del foro son normas que el juez ha de aplicar obligatoriamente, aun contra la voluntad de las partes, y que estas se encuentran obligadas a observar. Es justamente por ello que su estudio se torna relevante. Las relaciones de derecho internacional privado, en este caso, relaciones contractuales, han de respetar las normas imperativas aun cuando el principio rector sea la autonomía de la voluntad. Dentro del ámbito de las normas imperativas encontramos aquellas denominadas “leyes de policía” o “leyes materiales imperativas” las que se caracterizan por ser normas imperativas aplicables a las relaciones internacionales. *“Por una parte se trata de disposiciones imperativas, por otra, son aplicables a las situaciones privadas internacionales comprendidas en su ámbito espacial con independencia de las normas de conflicto generales, es decir, cualquiera sea la ley que rija la concreta situación privada. Las normas que integran esta categoría tienen como objetivo satisfacer intereses básicos del ordenamiento (normalmente de política económica o comercial, pero también social [...]); de modo que el contenido y fundamento de estas normas materiales condicionan normalmente su peculiar ámbito espacial de aplicación, al tiempo que éste presupone que la norma persigue cierta finalidad.”*<sup>77</sup>

73 Zambrana Tevar, Nicolás, La Determinación Del Derecho Aplicable Al Fondo en el Arbitraje de Inversiones, Editorial Aranzadi (2010), p. 238.

74 Existen casos en donde los Estados demandados son tan variados como Trinidad y Tobago, el Líbano, Egipto, Bolivia, Ucrania, Eslovaquia, etc. Es difícil pretender que los árbitros sean expertos en tan variados sistemas jurídicos e idiomas.

75 Zambrana Tevar, Nicolás. La Determinación del Derecho Aplicable al Fondo en el Arbitraje de Inversiones, Editorial Thomson Reuters Aranzadi (2010), p. 69.

76 De Miguel Asensio, Pedro A. Derecho Imperativo y relaciones privadas Internacionales, Homenaje a Don Antonio Hernández Gil, tomo III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 4.

77 De Miguel Asensio, Pedro A. Derecho Imperativo y relaciones privadas Internacionales, Homenaje a Don Antonio

En materia contractual, estas normas descansan en la idea de establecer un piso mínimo de justicia en la práctica contractual, que se condice en último término con el Estado de Derecho y la igualdad ante la ley. La doctrina nacional ha entendido que son aquellas normas que “[...] *no conceden relevancia jurídica alguna a los elementos extranjeros eventualmente envueltos en un asunto. Por lo mismo, las normas de policía son excluyentes de toda otra regulación...de existir normas de policía, se sustrae la materia al tráfico externo*”<sup>78</sup>

Así, un juez deberá dejar de dar aplicación a una norma contractual que atente contra las normas materiales imperativas de su foro, configurando, en la práctica, la limitación a la autonomía de la voluntad.

Ciertos instrumentos han consagrado explícitamente esta situación, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI) prevé explícitamente en su artículo 18° que “el derecho designado por esta convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro”. Aun cuando dicha Convención utiliza el concepto “orden público” y no “normas materiales imperativas”, son sólo distintos vocablos para un mismo fin.

El RRI se refiere a las normas materialmente imperativas en su artículo 9° como “leyes de policía” y las define de forma interesante: “*Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.*”

Luego, establece que las disposiciones del reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro, extendiendo incluso su aplicación a casos en que los efectos del contrato sean ilegales de acuerdo a las leyes de policía del país donde el contrato producirá sus efectos, y establece que se tendrá en cuenta para su aplicación su naturaleza, objeto y las consecuencias derivadas de su aplicación. Todo lo cual viene a resaltar el sentido mismo de las normas materiales imperativas. Además, en el artículo 21° establece que se podrá excluir la aplicación de una norma designada por el Reglamento como aplicable al contrato, sólo en la medida que dicha aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro. De esta forma, el estándar probatorio para la exclusión de una norma es alto, en cuanto debe tratarse de una norma manifiestamente incompatible.

Dentro del derecho interno, el Código Federal suizo de Derecho Internacional Privado establece en sus artículos 17, 18 y 19 la aplicación de las normas de policía del Estado suizo o incluso aquellas normas de policía extranjeras bajo el supuesto que haya un interés predominante y legítimo por una de las partes en su aplicación y que exista una conexión fáctica cercana del caso con tal derecho extranjero.

El artículo 11 de los Principios de la Conferencia de La Haya, dispone que: “1. Estos principios no impiden a un tribunal nacional aplicar las leyes de policía del foro al que se ha acudido, cualquiera que sea el Derecho elegido por las partes. 2. El Derecho del foro determina los casos en que el tribunal nacional puede o debe aplicar o tomar en consideración las leyes de policía de otro Derecho. 3. Un tribunal puede excluir la aplicación de una disposición del Derecho elegido por las partes si y solamente en la medida en que el resultado de su aplicación sea manifiestamente incompatible con conceptos fundamentales del orden público del foro. 4. El Derecho del foro determina cuando un tribunal puede o debe aplicar o tomar en consideración el orden público de un Estado cuyo Derecho sería aplicable en ausencia de elección del Derecho aplicable. 5. Estos Principios no deben impedir a un tribunal arbitral aplicar o tomar en consideración el orden público, o aplicar o tomar en

---

Hernández Gil, tomo III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 7.

78 Villarroel, Gabriel y Villarroel, Carlos. Curso de Derecho Internacional Privado, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 101

consideración leyes de policía de un Derecho distinto al elegido por las partes, si ello es requerido o permitido al tribunal arbitral”.

En suma, las normas imperativas de la ley del contrato, del tribunal o de un tercer Estado que sean aplicables, no pueden ser vulneradas en la aplicación de la normativa elegida, pues aquellas son irrenunciables e inderogables a través de la autonomía de la voluntad.

El artículo 6º numeral 2º del Reglamento Roma I, nos entrega un buen ejemplo para entender cómo operan las normas imperativas frente a la legislación elegida, en este caso, en un contrato de consumo. La norma dispone expresamente que “...sin embargo, dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el apartado 1”.

### III. LA ELECCIÓN DE LEY EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

#### 1.- *Introducción.*

La voluntad de las partes es el elemento esencial que da vida al arbitraje<sup>79</sup>.

En su naturaleza más elemental, el arbitraje constituye una forma de administrar justicia que nace a instancias de los propios justiciables. Son ellos quienes, en ejercicio de la libertad y de la libre disposición de sus derechos, acuerdan que un tercero resuelva el destino de sus controversias ejerciendo jurisdicción.

En el moderno Derecho de los Negocios Internacionales, el arbitraje es, sin lugar a dudas, el mecanismo de solución de controversias más utilizado por los operadores jurídicos.

El acto jurídico a través del cual las partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, sea contractual o no contractual, se denomina acuerdo arbitral. La forma y contenido que pueda dársele al acuerdo arbitral es un aspecto fundamental y determinante en el juicio arbitral. La redacción defectuosa o incompleta de una cláusula arbitral, que no responda a las necesidades de las partes y/o de la transacción a la que se somete, puede generar graves y a veces insalvables problemas no sólo en la sustanciación del procedimiento, sino también en la resolución de la controversia que se ha sometido a conocimiento de los árbitros<sup>80</sup>.

Por tal motivo, la redacción de la cláusula de arbitraje no es, en caso alguno, una materia que pueda asumirse a la ligera. De hecho, se ha dicho no sin razón que el acuerdo arbitral es la piedra angular del arbitraje. La metáfora no es exagerada. De estar mal diseñado, el edificio arbitral se desmorona<sup>81</sup>.

Si bien las cláusulas modelo de arbitraje que ofrecen la mayoría de los centros e instituciones arbitrales que operan a nivel nacional e internacional, cumplen en términos generales los requisitos mínimos

79 De esta manera, “constituyendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes el sustrato mismo del arbitraje, quedan fuera de su ámbito las cuestiones en las cuales los interesados no tengan poder de libre disposición”. Fernández Rosas, J. et al. Derecho de los Negocios Internacionales. 2011. 3ª ed. Madrid, Iustel, p. 630.

80 En este sentido señala Roberto Guerrero del Río “Lo que aparentemente es muy sencillo, cual es acordar una cláusula arbitral en que se convenga la voluntad de las partes para someter litigios futuros o eventuales a un arbitraje, puede ocurrir que éstas no cumplan el objetivo y presenten vicios que constituyan o puedan constituir un obstáculo al desarrollo armonioso del procedimiento arbitral. Es así como surgen serios problemas con motivos de diferentes imperfecciones de que puede adolecer una cláusula arbitral contenida en un contrato. Cuando ello sucede, esto es, cuando la cláusula compromisoria por cualquier razón, derivadas todas de deficiencias de su redacción, hace muy difícil o ineficaz el desarrollo del arbitraje, estas cláusulas toman el nombre de patológicas”. Guerrero del Río, R. Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial. Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar, Eduardo Picand Albónico (Editor), 2ª edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2014, p. 839.

81 González de Cossío, F. Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención De Nueva York: Un Ejercicio Conflictual, p.2. Véase:

<<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf>>

para garantizar su validez y ejecutabilidad, lo cierto es que no siempre dichos modelos satisfacen las necesidades específicas que puedan tener las partes en su transacción<sup>82</sup>. Así, pues, reconociendo las bondades que ofrecen ese tipo de cláusulas, y coincidiendo con Paul Friedland en el sentido que “... la regla básica en la redacción de cláusulas de arbitraje es comenzar con una cláusula modelo o estándar”<sup>83</sup>, muchas veces resulta necesario y aconsejable diseñar cláusulas arbitrales específicas a través de las cuales puedan regularse materias de gran relevancia como el número de árbitros; la sede arbitral, el idioma, el derecho aplicable al acuerdo de arbitraje y al procedimiento; el derecho aplicable a la controversia, entre otras.

La determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en el arbitraje comercial internacional es un tema de particular importancia en el Derecho Internacional Privado y su desarrollo ha sido encaminado claramente por la evolución de los principios generales que inspiran en general la determinación del Derecho aplicable a los contratos internacionales<sup>84</sup>.

En efecto, las partes pueden pactar libremente, en uso de la autonomía de la voluntad, el derecho sustantivo que el tribunal arbitral debe utilizar para resolver la controversia surgida respecto a los derechos y las obligaciones del contrato.

La práctica contractual demuestra la creciente tendencia de los operadores de incorporar en los contratos internacionales una cláusula de elección de ley en donde las partes fijen el derecho sustantivo aplicable, materia que habitualmente debe negociarse antes de suscribir el contrato pues, surgida la controversia, las dificultades para llegar a un acuerdo probablemente se incrementarán.

Elegir el derecho aplicable al fondo del asunto es importante básicamente por dos razones: primero, pues será el que utilice el tribunal arbitral para resolver la controversia que ha surgido entre las partes; segundo, porque constituye el estatuto jurídico que deberán utilizar supletoriamente las partes para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Por tal motivo, nos parece una práctica saludable regular el derecho aplicable al fondo en una cláusula distinta de aquella en donde se pacta arbitraje.

La cláusula de elección de ley está íntimamente relacionada con la cláusula de elección de foro, por cuanto será el tribunal nacional o arbitral quien deba aplicar en último término el derecho elegido. Se trata de cláusulas absolutamente independientes entre sí, pero que, sin embargo, deben pensarse siempre de manera conjunta al momento de ser redactadas.

Así, resulta perfectamente posible que las partes no quieran someterse a arbitraje puesto que les acomoda la jurisdicción estatal, sin embargo, mantienen la firme convicción de someter su contrato y las eventuales controversias que puedan surgir a un derecho extranjero y/o a los principios de UNIDROIT sobre Contratos Mercantiles Internacionales (2010), caso en el cual dicho tribunal está obligado a aplicar dicha normativa, en la medida que no violente sus normas imperativas. Si las partes tampoco quisieran incorporar en el contrato una cláusula de derecho aplicable, el tribunal nacional tendría que aplicar las normas de conflicto de su *lex fori* para indagar cuál es el derecho sustantivo que tendrá que usar para resolver la controversia.

De igual forma, las partes podrían acordar que sus controversias sean resueltas por un tribunal arbitral y no por jueces nacionales, estableciendo, además, el derecho que deben aplicar para resolver el fondo del asunto, caso en el cual deberán utilizarse dichas normas para cumplir el contrato y resolver la controversia. También podrían no incorporar una cláusula de elección de ley, caso en

82 Por ejemplo, la cláusula modelo del Centro de Arbitraje y mediación de Santiago de Chile se establece en los siguientes términos: “Todas las disputas que surjan de o que guarden relación con el presente contrato, se resolverán mediante arbitraje, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, vigente al momento de su inicio”.

83 Friedland, Paul y Llano Oddone, Rafael: “Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 2.

84 En esta materia véase: Sánchez Lorenzo, S. Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional. R.E.D.I., vol. LXI (2009) I, p. 39-74; Fernández Rozas, J. Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Arbitraje, vol. III, N° 2, 2010, p. 377-409;

el cual el tribunal arbitral deberá enfrentarse ante un escenario muy distinto, pues los árbitros, a diferencia de los jueces, no tienen una *lex fori* que les permita ubicar el derecho sustantivo aplicable, de modo tal que su rol será mucho más activo en la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia.

Ahora bien, es indiscutible que en aquellos casos en que las partes acuerdan someter sus controversias a la decisión de un panel arbitral, lo hacen sabiendo los beneficios que ello reporta, dentro de los cuales considerarán muy especialmente el conocimiento que tengan los árbitros sobre el derecho de fondo que quieren elegir en su contrato.

Como es posible advertir, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto en un arbitraje comercial internacional es un aspecto de suma importancia que no puede entregarse al azar y requiere ser cuidadosamente estudiado por los operadores no sólo al momento de redactar el contrato o el convenio arbitral, sino especialmente antes de hacerlo, anticipándose a las consecuencias jurídicas que implicará para las partes la determinación de tal o cual Derecho.

### 2.- *La Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, actualizada el 2006).*

El artículo 28 de la Ley Modelo UNCITRAL, sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley chilena N° 19.971, de 2004), regula expresamente las normas aplicables al fondo del litigio. Sobre el particular, entrega las siguientes directrices:

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

### 3.- *Arbitraje de Derecho y arbitraje de Equidad.*

El artículo 28(3) de la Ley N° 19.971 reconoce que las partes pueden acordar expresamente que los árbitros fallen como amigables componedores. El árbitro de Derecho resuelve sobre la base de normas jurídicas que las partes le han dado al tribunal arbitral para resolver la controversia; en cambio, el árbitro que falla *ex aequo et bono* lo hace conforme su leal saber y entender, entregando una decisión que se funda en su concepción de justicia<sup>85</sup>.

A falta de elección, la ley 19.971 establece una presunción a favor del arbitraje de Derecho<sup>86</sup>, tal como lo hace la mayoría de las legislaciones que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. De esta manera, es requisito esencial para que un árbitro pueda resolver conforme a su leal saber y entender, que lo hayan pactado expresamente los litigantes. De esta manera, si el árbitro falla conforme a la equidad no obstante que las partes hubieren determinado el derecho aplicable al fondo de la controversia, o bien, guardaron silencio respecto al asunto, el fallo se expone a ser impugnado y consecuentemente invalidado.

85 Según un laudo de fecha 29 de Marzo del año 2000 del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago "Interpretar la ley oscura o integrar una laguna del Derecho según la equidad, lo mismo que fallar en equidad, significa basar la decisión en materiales jurídicos, ya sea en textos legales foráneos, sin valor de norma positiva (...), ya sea en pasajes doctrinarios de juristas ilustres". Citado por Fernández Rozas, J. Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina, Iustel, Madrid, 2008, p. 820.

86 En los términos del artículo 28(3) de la Ley 19.971: "(3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así".

En concreto, la gran diferencia entre un arbitraje de Derecho y un arbitraje *ex aequo et bono* o *amiable composition*, se verá reflejada en la fundamentación de la decisión<sup>87</sup>. En el primero, al sentenciador se le exige un mayor rigor en la motivación del fallo, debiendo justificar no sólo la elección de las normas aplicables al asunto y su interpretación, sino que lo obliga a llevar un procedimiento arbitral en el que las partes puedan debatir sobre el alcance jurídico de dichas normas<sup>88</sup>. En cambio, si bien en un arbitraje de Equidad es perfectamente lícito que el árbitro incorpore en su decisión las normas jurídicas que estime adecuadas, lo hará solo en cuanto representan o ejemplifiquen su leal saber o particular concepto de justicia, no existiendo en consecuencia la posibilidad de generar un debate procesal respecto de la aplicación y alcance de las normas jurídicas invocadas.

Tal como señala el profesor Sánchez Lorenzo, “en ocasiones, los límites entre una decisión puramente equitativa y otra ajustada a Derecho son borrosos, en particular si las normas aplicadas se expresan en forma indeterminada o genérica, como principios generales del Derecho o expresiones de la *Lex Mercatoria*<sup>89</sup>”. Esto sucede como consecuencia de la utilización de un concepto difuso o poco concreto de la *Lex Mercatoria*, unida a la falta de fundamentación del alcance jurídico de las normas aplicadas, todo lo cual desemboca en un laudo de equidad disfrazado de legalidad.

Naturalmente, la determinación del derecho aplicable al fondo del asunto no puede contrariar la autonomía de la voluntad de las partes ni la disposición expresa del artículo 28 de la ley 19.971, por lo que el árbitro obligado a fallar en derecho no puede “ampararse en una mención puramente retórica de la *lex mercatoria*, y precise de una motivación suficiente de carácter jurídico de los criterios o reglas que fundamentan su decisión, y de la opción en su caso por dichas reglas<sup>90</sup>”.

#### 4. Función del derecho aplicable al fondo.

Un aspecto importante en cuanto al derecho aplicable a la controversia es su función, o dicho en otras palabras, el rol que está llamado a cumplir en su interacción con las disposiciones materiales del contrato. El artículo 28(4) de la Ley 19.971 señala que “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”. Es decir, la ley de arbitraje comercial internacional sitúa los pactos contractuales en un lugar primario o preferente relegando al derecho aplicable a una posición secundaria o subsidiaria<sup>91</sup>.

87 “La afirmación que el laudo de equidad no precisa motivación cada vez ofrece una menor entidad pues ésta es una garantía de respeto de los derechos fundamentales que debe presidir cualquier actuación procesal y no un mero instrumento de cortesía hacia las partes que han entablado el arbitraje; incluso se llega a sostener que en esta modalidad requiere un mayor rigor en esta cuestión que en el arbitraje de derecho que cuenta a su favor con el método de la subsunción”. Fernández Rozas, J. Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina, Op. Cit., p. 824.

88 Sánchez Lorenzo, S. Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional. R.E.D.I., vol. LXI (2009) I, p. 40.

89 Ibid. p. 41.

90 Ibid.

91 En este sentido el Laudo Arbitral de fecha 17.12.2010, N° PCA 45863 de la Corte Permanente de Arbitraje, disponible en línea en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1640>. “149. Concerning the interpretation of the Lease Agreement, the Tribunal has to apply primarily the terms of the Lease Agreement itself, which it will interpret and apply according to the Headquarters Agreement and the “recognized principles of international commercial law”. As to the latter, the Tribunal noted a divergence of opinion between the Parties concerning the value of the UNIDROIT Principles. However, the Tribunal also noted that, in the course of their submissions, both Parties extensively relied on the said UNIDROIT Principles. 150. The Tribunal further notes that the central point of controversy concerning the rental amount owed under the Lease Agreement cannot be directly solved by having recourse to the Headquarters Agreement, which may be relevant to the issue whether the rental fee required approval from the host State’s authorities and, if so, whether the legal effect of this requirement was restricted to the relationship between the host State and the Respondent or extended in some way to the Claimant. To this Tribunal, it appears that the gist of the controversy is governed by the Lease Agreement interpreted and applied in light of the recognized principles of international commercial law. 151. In the Tribunal’s view, the UNIDROIT Principles may indeed be regarded as indicative of recognized principles in the field of international commercial law. However, it considers that it need not formally base its decision on those Principles since it may find answers to the questions raised in this arbitration primarily in a contextual interpretation of the Lease Agreement, focusing on the conduct of the Parties.

Se ha señalado por la doctrina, particularmente en materia contractual, que el derecho aplicable cumple tanto una función completiva, esto es, que tiene el fin de integrar las lagunas contractuales como una función interpretativa, la cual como señala su nombre tiene la misión de determinar el sentido y alcance de las disposiciones contractuales. Adicionalmente, parte de los autores sostienen que las normas que gobiernan la relación contractual cumplen una función restrictiva, anulando todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a las normas imperativas de la *lex causae*<sup>92</sup>. Otros en cambio, niegan tal función.

En este sentido concordamos con el profesor Sánchez Lorenzo en que “cuando las partes eligen la ley aplicable, un principio elemental de la interpretación aconseja prescindir de la función restrictiva de la ley aplicable, pues es de suponer que las partes no habrían elegido una ley aplicable que anulara sus pactos<sup>93</sup>”. Esta conclusión es de toda lógica, por cuanto no tiene sentido presumir que las partes, haciendo uso de su autonomía conflictual, hubiesen elegido un determinado ordenamiento jurídico que excluya o invalide lo que expresa y específicamente pactaron en el contrato.

No obstante, la solución no es tan simple cuando el derecho aplicable es determinado por el sentenciador en defecto de elección. En estos casos, señala el autor citado que “la determinación objetiva de la ley aplicable cumple con normalidad su función restrictiva de los pactos y cláusulas previstos en las soluciones jurisdiccionales. Sin embargo, este efecto no debe ser admisible en el ámbito del arbitraje comercial internacional, debido a la prevalencia de las disposiciones contractuales como ley primera en la solución arbitral<sup>94</sup>”.

En conclusión, en el arbitraje comercial internacional el derecho aplicable cumple un rol completivo e interpretativo, integrando el clausulado cuando exista una laguna en el contrato y determinando el sentido y alcance de las estipulaciones, mas no una función restrictiva<sup>95</sup>.

#### 5.- Elección del Derecho aplicable.

Una de las características sobresalientes de los contratos internacionales y que constituye el elemento diferenciador respecto de aquellos que resultan puramente internos, es el hecho de que presentan contactos con más de un ordenamiento jurídico<sup>96</sup>.

De esta manera, se presenta el problema de determinar cual de todos los derechos potencialmente aplicables al contrato debe gobernar dicha relación jurídica transnacional. En el ámbito de la contratación internacional, es un principio de general aceptación el que las partes puedan elegir el derecho al cual se someten. En otras palabras, la autonomía de la voluntad se constituye en esta área del derecho como el principal elemento o factor de conexión para determinar el derecho aplicable.

En la regulación del arbitraje comercial internacional, se recoge este principio en el artículo 28(1) de la ley 19.971 en los siguientes términos: “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

92 Sanchez Lorenzo, Sixto: Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit. pp. 43-44.

93 Ibid. p. 44.

94 Ibid. p. 45.

95 Sin embargo, señala que la opinión mayoritaria en este sentido es la siguiente: “Incluso en casos de elección de la ley aplicable (...) las partes al elegir el derecho aplicable, pueden estar interesadas en establecer un marco de control del alcance de sus pactos, autolimitándose de alguna forma, y no sería irrazonable que las normas imperativas de la ley aplicable derogaran algún pacto o, incluso, todo el contrato. Ni siquiera si las partes han establecido la prevalencia de sus propios pactos cuando sean contrarios al derecho elegido podrían impedir este efecto, por cuanto la validez de la propia cláusula no podría quedar al margen de toda ley”. Fourchard / Gaillard / Goldman: International Commercial Arbitration, La Haya, Kluwer, 1999, p. 797-799, citado por Sanchez Lorenzo, Sixto: Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit. p. 44.

96 Véase: Bouza Vidal, N. “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de jurisdicción y la ley aplicable a los contratos internacionales”. Curso de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2004, pp. 31-91; Calvo Caravaca, A.L. y Fernández de la Gándara. Contratos Internacionales. Tecnos, Madrid, 1997;



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”.

Esta disposición, al referirse a “las normas de derecho” permite la elección tanto de un ordenamiento jurídico estatal como de normas a-nacionales, ya que este concepto es más amplio que otros que se podrían haber utilizado, como por ejemplo “ley” o derechamente “ley estatal”, los cuales se refieren a normas que necesariamente emanan de la soberanía de un Estado y que en su creación se ajustaron a procedimientos y formalidades previstos en un determinado ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el mismo artículo 28(1), al señalar que se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico “de un Estado determinado” se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto, demuestra que no obstante pueda elegirse un cuerpo normativo a-nacional, la elección de derechos estatales sigue teniendo gran relevancia. Finalmente, la norma excluye la posibilidad del reenvío.

#### 5.1. ELECCIÓN DE UN DERECHO ESTATAL.

Tradicionalmente, la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable al fondo del asunto se ha ejercido en favor de un determinado ordenamiento jurídico estatal. “Esta situación tiende a acomodarse a las necesidades de las transacciones comerciales internacionales en el sentido que tal Derecho es interpretado y aplicado de conformidad con parámetros internacionales<sup>97</sup>”. Las partes pueden, a través de una cláusula de elección de ley, elegir un determinado ordenamiento jurídico estatal como fuente rectora principal de su contrato, o bien, pueden combinarlo con otros cuerpos normativos no estatales. Con todo, aún cuando la elección del derecho aplicable se refiera únicamente a un ordenamiento jurídico estatal, dicha remisión conflictual no excluye la aplicabilidad de los usos del comercio internacional<sup>98</sup> ni tampoco la eventual aplicación de Convenciones Internacionales como el Convenio de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías<sup>99</sup>.

Como ya señalé en un apartado anterior, el derecho estatal elegido tiene una función completiva e interpretativa. La *lex causae* elegida no puede restringir, derogar o invalidar los acuerdos que las partes han establecido expresamente en el contrato.

Cabe hacer presente aquí ciertos problemas que pueden presentarse a la hora de aplicar un determinado ordenamiento jurídico estatal. Si las partes pactan la aplicación del derecho de un país plurilegislativo, como por ejemplo los Estados Unidos de Norteamérica, no será suficiente señalar el país al cual hacen referencia, sino que resultará necesario indicar con toda precisión el Estado en particular a cuyo derecho someten su controversia (por ejemplo el derecho vigente en el Estado de Texas). Por otra parte, pueden presentarse problemas temporales. Así, especialmente en los contratos donde participan empresas estatales será de cierta relevancia *estabilizar* el derecho elegido. Dicho en otras palabras, las partes al indicar el ordenamiento jurídico establecen que se aplicará aquel derecho que se encuentre imperando a la época de la suscripción del contrato. Por ejemplo, el derecho alemán vigente en febrero del año 2014. Finalmente, podría resultar que el derecho elegido devenga imposible de aplicar. Así sucedería si las partes no logran acreditar el contenido de las normas hipotéticamente aplicables<sup>100</sup>. En efecto, resulta excepcional que los miembros del panel arbitral tengan un profundo conocimiento del derecho que resulte aplicable al fondo de la controversia, dada la naturaleza intrínseca del arbitraje comercial internacional y de la neutralidad cultural que en el

97 Fernández Rozas, José Carlos: Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Op. Cit., p. 377.

98 Recordemos que el artículo 28(4) señala expresamente que “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”.

99 Sánchez Lorenzo, Sixto: Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit. pp. 48.

100 Ibid. p. 49.

se busca. Por su parte, los reglamentos de arbitraje nada dicen en cuanto a la forma de determinar el contenido del derecho aplicable<sup>101</sup>. El problema surge justamente cuando las partes nada dicen respecto de su contenido. El árbitro en este caso podría tomar la iniciativa de buscarlo por sus propios medios, de hecho así lo establece el reglamento de la *London Court of International Arbitration*, pero la verdad es que no tiene la obligación de hacerlo<sup>102</sup>.

#### 5.2. ELECCIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES.

Si bien es cierto que ordinariamente se considerará la aplicación de un ordenamiento jurídico estatal, existe una diversidad de situaciones en las que el árbitro se halla facultado o incluso obligado a fallar según alguna Convención Internacional. Así, en ciertos tipos de arbitrajes, la remisión a una determinada Convención resulta necesaria. Un buen ejemplo de ello es el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas de 1978 sobre el Transporte Marítimo de Mercancías o “Reglas de Hamburgo” (incorporado en la legislación chilena interna en los artículos 1036 a 1038 del Código de Comercio), que faculta someter a arbitraje los conflictos que deriven de los contratos de transporte de mercancías en modalidad de conocimiento de embarque, ordenando sin embargo que el tribunal arbitral deberá aplicar las normas de dicha convención, entiendo incorporada a la cláusula arbitral dicha exigencia y considerando nula y sin efecto cualquier disposición en contrario.

En otros casos, la aplicación de una Convención Internacional resulta de la autonomía de la voluntad de las partes. Los litigantes son libres para someter su controversia al Convenio que estimen conveniente. Sin embargo, se presenta aquí el problema del alcance de la elección “pues como regla general se admite que tal elección produce una suerte de incorporación por referencia de la Convención al contrato con la consecuencia de que sus disposiciones imperativas no invalidan las cláusulas que resulten contrarias<sup>103</sup>” a las disposiciones contractuales pactadas.

Vale la pena mencionar el caso de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CCIM), sin duda uno de los textos de derecho uniforme de mayor relevancia. Su aplicación podrá resultar bien porque el asunto queda comprendido en su ámbito de aplicación, o bien porque así lo han pactado expresamente las partes. Por su parte, el artículo 6 de la CCIM confiere la posibilidad de excluir parte o la totalidad de dicha Convención cuando ésta resulte aplicable, caso en el cual el árbitro deberá determinar el derecho a observar según corresponda.

En otras situaciones incluso se tomó en consideración una Convención Internacional “aún cuando no era aplicable al caso específico. Concretamente en el laudo CCI n° 5713/1989 se planteó la cuestión de la ley aplicable a un contrato de compraventa internacional resolviéndola los árbitros con remisión a lo dispuesto en la Convención de la Haya de 15 de Junio de 1955, sobre ley aplicable a la venta de cosas muebles corporales admitiendo que la convención constituía un *general trend in conflicts of law*<sup>104</sup>”.

101 Derains, Y. El árbitro internacional y el contenido del derecho aplicable al fondo. Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar, Eduardo Picand Albónico (Editor), 2ª edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2014, p. 608. Indica el autor que a consecuencia de que los reglamentos de arbitraje nada digan respecto, “los árbitros gozan de gran flexibilidad para determinar el derecho aplicable. En la práctica, las partes suelen explicarle a los árbitros el contenido del derecho aplicable a los temas importantes para la solución de la controversia. Lo prueban a través de textos legales y jurisprudencia pertinente, lo cual se acompaña generalmente con prueba pericial, aunque ésta no sea siempre necesaria. Explicaciones por los abogados de las partes resulta a menudo más que suficiente”.

102 Ibid. p. 611.

103 Fernandez Rozas, J. Declive del método de atribución en la determinación por el árbitro del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Op. Cit., p. 390.

104 Ibid. p. 686.

5.3. ELECCIÓN DE *LEX MERCATORIA*.

Como ya hemos señalado, en el arbitraje comercial internacional se ha admitido que las partes puedan escoger como ley del contrato, un instrumento que no tenga la naturaleza de Derecho estatal<sup>105</sup>. De hecho, en los reglamentos de arbitraje internacional, como el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional y el de la Cámara de Comercio Internacional de París, en lo referente a la ley aplicable al fondo de la controversia no se emplea la palabra “ley” sino “normas de derecho” o “normas jurídicas”<sup>106</sup>. Es por ello, que existe un amplio consenso en este campo, sobre el valor de la *lex mercatoria* como un Derecho anacional que ya sea las partes o los árbitros, podrían designarla como aplicable al fondo de la controversia<sup>107</sup>. Resulta entonces recomendable, que cuando se pacte que un instrumento que haga parte de la *lex mercatoria* será la ley del contrato, las partes acuerden adicionalmente arbitraje internacional, como forma de solucionar sus conflictos.

El problema se producirá al momento de identificar que reglas deben considerarse incorporada a la *lex mercatoria*. Existen entusiastas que incluyen en este concepto cualquier regla del comercio internacional de origen no estatal, como contratos tipo, leyes modelo, principios generales del derecho, etc. En la vereda opuesta están quienes identifican la *lex mercatoria* únicamente con los usos o prácticas del comercio internacional, adoptando de esta manera una postura restrictiva.

Por cierto, seguir una u otra postura no será indiferente al momento de decidir la controversia. Si el árbitro admite el criterio más amplio de la *lex mercatoria* aplicará en forma íntegra los distintos textos de normas anacionales, entre los cuales podemos mencionar como ejemplo a los principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. Si bien es cierto que este cuerpo normativo recoge varios de los principios que uno podría reconocer como de general aceptación, no es menos

105 Así lo reconoció por ejemplo el Laudo Arbitral dictado con fecha 31.11.2006 ante el Centro de Arbitraje de México (CAM), disponible en línea <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>. “43. El precepto no hace alusión al “derecho” elegido por las partes, sino a las “normas de derecho”. Ello obedece al acogimiento por derecho arbitral mexicano de la postura más moderna que existe sobre el tema de derecho aplicable: el ‘derecho’ aplicable para resolver una controversia no tiene que ser ‘derecho positivo mexicano’, ni ‘derecho positivo’ de jurisdicción alguna. Pueden ser normas que no teniendo dicho carácter las partes hayan escogido en ejercicio de su libertad contractual. Así lo permiten las Reglas CAM. 44. Ello es congruente no solo con el principio de autonomía de la voluntad, sino con la postura adoptada en el Código Civil Federal, del Distrito Federal, del Código de Comercio y las convenciones internacionales de las que México es parte. 45. Al contemplar dicha posibilidad se deseó permitir la utilización de lo que se conoce doctrinalmente como el *ius mercatorum* o *lex mercatoria*. Si bien los ejemplos de dicho género de normas abundan, el ejemplo más notorio de los mismos son precisamente los Principios de la UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales aprobados en Roma en mayo de 1994, y que fueron modificados en 2004 (los “Principios UNIDROIT”), los cuales las partes han pactado como el ‘derecho’ aplicable a este caso. 46. Si bien es cierto que los Principios UNIDROIT han mostrado ser poco utilizados en México, su utilización no debe asombrar. Una de las controversias más grandes de la historia los utilizó, e innumerables laudos arbitrales, particularmente europeos, han sido emitidos y ejecutados en base a los mismos. 47. Por consiguiente, es perfectamente lícito bajo derecho mexicano utilizar los Principios de la UNIDROIT como las normas en base a las cuales se dirima esta controversia”.

106 Así el artículo 35 del Reglamento de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (revisado en 2010): “Artículo 35

1. El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada.
2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo.
3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato, de haberlo, y tendrá en cuenta cualquier uso mercantil aplicable al caso”.

Por su parte, el artículo 21 del Reglamento de la CCI sobre arbitraje internacional (2012): “Normas jurídicas aplicables al fondo: 1. Las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas. 2. El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes. 3. El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes”.

En la versión en inglés de ambos reglamentos se emplea la expresión “rules of law” y en la versión francesa: “les règles de droit”.

107 Mayer, Heuzé, Op. Cit., pp. 545 a 547. Redfern, A.; Hunter, M.; Blackaby, N.; Partasides, C., Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, 4ª edición, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 158 a 199. Talero Rueda, Santiago, Arbitraje comercial internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable, Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2008, págs. 292 a 331.

cierto que asimismo regula materias que resultan novedosas e incluso desconocidas para muchas legislaciones. Un claro ejemplo de ello es la incorporación de la figura del hardship en los principios UNIDROIT y la consecuente posibilidad del árbitro de modificar los términos contractuales ante supuestos de excesiva onerosidad sobreviniente. Esta figura no sólo es desconocida en legislaciones tan relevantes para el régimen de la contratación internacional como lo es el inglés, si no que además, no parece lógico que en virtud de una remisión genérica a la *lex mercatoria* se le permita al árbitro modificar los pactos expresamente establecidos por las partes.

“En definitiva, una remisión genérica a la *lex mercatoria* no habilita al árbitro a una consideración indiferenciada de cualquier Derecho no estatal como *lex mercatoria*, y aconseja una ponderación particularizada de qué reglas dentro de dichos sistemas responden en realidad a prácticas o proposiciones generalmente aceptadas en el comercio internacional<sup>108</sup>”.

Otro problema que puede presentar la elección de la *lex mercatoria* como derecho aplicable al contrato, es que a diferencia de los derechos estatales, ésta regula solo ciertos aspectos de la relación contractual, guardando silencio en diversas materias de gran importancia. De esta manera, “para colmar las frecuentes lagunas de la *lex mercatoria*, los árbitros son muy proclives al empleo de los principios generales del Derecho para extraer de ellos las normas aplicables al caso concreto<sup>109</sup>”. Sin embargo, el principio que establece el deber de minimizar los daños por parte del acreedor en caso de incumplimiento o el deber de colaboración y actuar de buena fe, no permite al árbitro resolver los litigios sometidos a su conocimiento, dada su generalidad y abstracción. Por tanto, muchas veces sucederá que la remisión al recurso de la *lex mercatoria* se limite a un mero recurso de interpretación de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales.

#### 6.- Derecho aplicable a falta de elección.

Si las partes han guardado silencio respecto del derecho aplicable al fondo de la controversia, será el árbitro quien deba decidir el asunto. Para estos efectos el artículo 28(2) de la ley 19.971, ha establecido la siguiente directriz: “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”.

Esta norma establece una solución conflictual mediante la cual el árbitro está facultado para escoger la regla de conflicto que estime pertinente, la que a su vez le indicará cual estatuto normativo material resulta aplicable al fondo del asunto. Es necesario destacar aquí que el árbitro goza de absoluta libertad a la hora de elegir la norma conflictual, no siendo necesario que ésta presente algún grado de vinculación o contacto objetivo con la controversia o sede del arbitraje.

Así, al momento de determinar la norma conflictual aplicable puede tomar en consideración el lugar de celebración del contrato, el lugar del cumplimiento de las obligaciones, la nacionalidad de las partes, el domicilio o residencia habitual de una o ambas partes, etc.

Sin embargo, la formula utilizada por la ley 19.971 (que como sabemos sigue la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional), no constituye la única manera de solucionar el problema de determinar el derecho aplicable a falta de elección de las partes. Existen ciertas leyes arbitrales que también utilizan una solución conflictual pero limitándola generalmente en base a criterios de proximidad o de vinculación con la controversia o el contrato<sup>110</sup>. En estos casos el árbitro

108 Sanchez Lorenzo, S. Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit. p. 53.

109 Fernández Rosas, J. et al. Derecho de los Negocios Internacionales. 2011. 3ª ed. Madrid, Iustel, p. 694. El autor señala una lista no exhaustiva de postulados que sin duda integran la categoría de principios generales del derecho como: el que las prestaciones contractuales deben ser equilibradas; interpretación de buena fe de los contratos; presunción de competencia de los operadores del comercio internacional; compromiso para el acreedor de una obligación inejecutada de minimizar el perjuicio; suposición, a falta de acción, de renuncia de las sanciones contractuales; deber de cooperación entre las partes; exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses; validez de la aceptación tácita del contrato; reglas de interpretación de los contratos; transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos, etc.

110 Sanchez Lorenzo, Sixto: “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional”, Op. Cit.

no tiene plena libertad de escoger la norma de conflicto que estime pertinente si no que deberá aplicar aquella que presente los vínculos más estrechos.

Sin embargo, pareciera más sensato permitir que los árbitros busquen la solución directamente en las “normas materiales” que estimen pertinentes y no en las “normas conflictuales”. Así lo han reconocido el artículo 21 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la *International Chamber of Commerce (ICC)*, de 2012, dispone que “...A falta de acuerdo de las partes, el tribunal arbitral aplicará las *normas jurídicas* que considere apropiadas. 2 El tribunal arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato celebrado entre las partes, si lo hubiere, y cualesquiera usos comerciales pertinentes. 3 El tribunal arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes.

El artículo 1.496 del Código Procesal Civil francés señala, por su parte, que “El árbitro deberá dirimir la controversia con arreglo a las normas que hayan acordado las partes o, ante la omisión de una elección en este sentido, de conformidad con las normas que considere adecuadas”. En un sentido similar el artículo 1054 de la Ley de Arbitraje de los Países Bajos, de 1986. Esta norma presenta dos ventajas: “En primer lugar, el tribunal arbitral internacional no está obligado a aplicar las normas de derecho internacional privado de algún país para realizar su elección del derecho aplicable. En segundo lugar, no está obligado a elegir un ordenamiento jurídico como derecho de fondo del contrato. En lugar de ello, puede optar por las reglas de derecho que considere adecuadas a efectos de decidir la controversia<sup>111</sup>”.

Con todo, la solución prevista en nuestro ordenamiento jurídico y que coincide con la gran mayoría de los países que han incorporado en su legislación la ley modelo de CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional sigue la fórmula conflictual, por lo que el árbitro deberá escoger la norma de derecho internacional privado que estime pertinente. Esto no impide sin embargo, que su decisión se vea materialmente orientada por las normas sustantivas de fondo que crea conveniente para resolver el fondo de la controversia.

#### 6.1. APLICACIÓN DE LOS USOS COMERCIALES, *LEX MERCATORIA* Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, existe cierto consenso en que independiente que se aplique el método conflictual o el material para determinar el derecho aplicable al fondo de la controversia ante la ausencia de elección de las partes, el árbitro está facultado para fundamentar su decisión en cuerpos normativos de origen no estatal.

En este sentido, el árbitro tiene a su disposición una amplia gama de posibilidades, pudiendo elegir entre aplicar usos comerciales, *lex mercatoria* y/o principios generales del derecho o una combinación de ellos. Hago presente desde ya que las fronteras entre estos conceptos son difusas y su aplicación no es en caso alguno excluyente. Así, el uso de los principios generales del derecho (*pacta sunt servanda* por ejemplo) difícilmente ofrezca al juzgador una solución para la controversia, pero sí que podrá ser utilizado como parte de su argumento en unión a otras reglas emanadas de la *lex mercatoria* o de los usos comerciales.

Los usos comerciales desempeñan una función importante en la resolución del conflicto independiente ya sea en ausencia de elección del derecho aplicable o bien en coordinación con este. Ya hemos señalado que el artículo 28 de la ley 19.971 señala que “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”. Como señala el profesor Sixto Sánchez “los usos comerciales devienen una suerte de acuerdo tácito o

p. 55. El autor cita como ejemplo de estas regulaciones el art. 1871 de la Ley Federal Suiza de DIPr., el artículo 834.1 del Codice di procedura civile italiano, el artículo 1.501.2 de la *Zivilprozessordnung (ZPO)*.

111 Redfern, A.; Hunter, M.; Blackaby, N.; Partasides, C., Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional, Op. Cit., p. 209.

término implícito entre los contratantes u operadores económicos. (...) El carácter disponible de los usos comerciales implica la prevalencia de los pactos establecidos entre las partes cuando pudieran ser contrarios a dichos usos<sup>112</sup>. En otras palabras, los usos comerciales, al igual que la *lex mercatoria*, cumple una función integradora o interpretativa, mas no la función restrictiva. La dificultad en cuanto a la aplicación de los usos comerciales recaerá, obviamente, en determinar cuando existe un determinado uso, lo cual deberá ser probado por la parte que lo invoca. Al igual que los usos del comercio internacional, en ciertas sentencias se han considerado como obligaciones implícitas, aquellas que derivan de los principios generales del derecho<sup>113</sup>.

En cuanto a la aplicación de la *lex mercatoria* como ordenamiento rector de la controversia, “se ha señalado que, salvo excepciones, se ha generalizado la aceptación del recurso por los árbitros a la *lex mercatoria* en defecto de elección por las partes del derecho aplicable”. Sin embargo, aquí vuelven a presentarse los mismos problemas de delimitación del concepto a que hicimos referencia cuando las partes remiten expresamente a la *lex mercatoria* o a las normas generales del derecho. ¿Qué debe entenderse por *lex mercatoria*? ¿Cuál es su alcance? Es paradigmático el caso de los principios de UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales. ¿Deben considerarse parte de la *lex mercatoria* todos sus artículos o solamente los principios generales? Lo cierto es que el árbitro deberá resolver este asunto en forma casuística, teniendo en cuenta todos los aspectos de la controversia, en particular la validez del laudo y su posibilidad de ejecución.

#### 7.- Derecho aplicable al fondo y normas imperativas.

El árbitro internacional a diferencia de un Juez nacional carece de *lex fori*. Así lo ha señalado reiteradamente la doctrina y los fallos arbitrales internacionales. Una sentencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señaló que “el árbitro internacional no tiene *lex fori* de la cual podría extraer reglas de conflictos de leyes<sup>114</sup>”. La falta de *Lex fori* tiene como consecuencia que el sentenciador “no tiene una relación privilegiada con ningún sistema jurídico nacional, así como tampoco exista una ley que pueda catalogar como extranjera. En este sentido, todos los sistemas jurídicos se encuentran en igualdad de condiciones<sup>115</sup>”.

No obstante, el árbitro internacional sí puede verse en la obligación de considerar determinadas normas de aplicación necesaria que se encuentren reguladas en un ordenamiento jurídico estatal que tenga una relación estrecha con la ejecución del contrato. Así pasa generalmente con normas que protegen la libre competencia, que regulan las exportaciones o importaciones, las disposiciones aduaneras, ordenanzas sanitarias, protección del medio ambiente, etc. “La aplicación de las normas imperativas implica que el árbitro tome en consideración y considere legítimo el cumplimiento o

112 Sánchez Lorenzo, Sixto: Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional, Op. Cit. pp. 58 y 59.

113 En este sentido el Laudo Arbitral de fecha 08.02.2008, N° 18/2007 de la International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, disponible en línea en <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1478>. “[...] In the opinion of the arbitral tribunal the conclusion on non-compliance by the Claimant with the Contract requirement on pre-arbitration disputes settlement is in accordance with the basic principles of international trade, primarily in the first place with the principle of good faith and fair dealing (Articles 7 and 8 of the Vienna Convention; Article 1.7 of the Principles of International Commercial Contracts — the UNIDROIT Principles). International practice considers good faith and fair dealing as implied obligations (Article 5.1.2 of the UNIDROIT Principles). On this basis the arbitral tribunal believes that since the Parties specified in the Contract the terms on the purposeful delivery of goods to the Recipient, fixing its share, and on the terms of payment for that goods, thus it is implied that all persons involved in fulfillment of obligation under the Contract (both the disputing Parties and the Recipient) were obliged to participate in the mutual settlement of disagreements that had arisen between them on the basis of good faith and fair dealing. In other words, the arbitral tribunal is persuaded that the principle of good faith and fair dealing being interpreted in international economic relations as a fundamental principle of mandatory nature (items 1?3 of the Comment on Article 1.7 of the UNIDROIT Principles) is to be extended to cover the parties' conduct all the way through development of contract relations, starting from the holding of negotiations on making a contract and ending with steps on settlement of disagreements that arose in fulfillment of the contract, i.e. at the pre-arbitral stage”.

114 Laudo CCI N° 1512 de 1971, Yearbook Commercial Arbitration 1980, p. 74.

115 Derains, Y. El árbitro internacional y el contenido del derecho aplicable al fondo. Estudios de arbitraje. Op. Cit., p. 608.

la interferencia de normas de orden público económico de un Estado particularmente vinculado al contrato, en particular del país de ejecución<sup>116</sup>”.

Es importante señalar que las normas imperativas que deben ser observadas necesariamente por el árbitro internacional no dicen relación ni con la *lex contractus* ni con la *lex causae*. La imperatividad de su aplicación no se encuentra ligada a la determinación del derecho aplicable al fondo de la controversia. Ya me referí anteriormente a la inexistencia de la función restrictiva del derecho aplicable.

El respeto a las normas imperativas de un determinado Estado se justifica con la estrecha conexión del contrato con un Estado que hacen que las partes deban prever su aplicabilidad. “Así, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato, un importador no puede prevalerse de la inaplicación de las normas administrativas que regulan la importación de mercaderías en su país, o de las disposiciones sobre ejecución material de las prestaciones, o la obtención de licencias o permisos administrativos. Un contrato destinado a producir efectos en un determinado mercado genera para las partes la obligación de tener en cuenta las reglas sobre libre competencia del mercado afectado<sup>117</sup>”.

#### IV. MODELOS DE CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE LEY<sup>118</sup>

##### *Cláusula de elección de un Derecho estatal*

“Derecho Aplicable: Este contrato se regirá por las leyes de..., con exclusión de sus reglas de Derecho Internacional privado.”

“Applicable Law: This Contract shall be governed by the laws of..., excluding the conflict of law provisions of such country”

##### *Cláusula de elección parcial de varios Derechos estatales*

“Derecho aplicable: Este contrato se regirá por las leyes de... excepto en los aspectos relativos a la cláusula... sobre... que se regirán por las leyes de...”

“Applicable Law: This contract shall be governed by the laws of..... except for matters concerning Clause... on... which shall be governed by the laws of...”

##### *Cláusula de elección de un Derecho estatal con referencia especial a la aplicación de normas de la ley del país de ejecución*

“Derecho aplicable. Este contrato se regirá por las leyes de... Las partes se comprometen a cumplir todas las normas del país de ejecución del contrato que sean de aplicación imperativa al contrato.”

“Applicable Law: This contract shall be governed by the laws of... Parties agree to comply with all mandatory applicable laws and regulations of the country where performance takes place.”

##### *Cláusula de elección de un Derecho estatal con exclusión de la aplicación de las normas de un convenio internacional*

“Derecho aplicable. Este contrato y cualquier reclamación derivada de o relativa a este contrato se regirán por las leyes de... con exclusión de sus reglas de Derechos Internacional privado y de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.”

116 Sánchez Lorenzo, Sixto: “Derecho aplicable al fondo de la controversia en el Arbitraje Comercial Internacional”, Op. Cit. p. 64.

117 Ibid. p. 66.

118 Todos los modelos que se mencionan a continuación son expuestos y explicados en detalle en el excelente libro colectivo de: Sánchez Lorenzo, Sixto (coord.): “Cláusulas en contratos internacionales. Redacción y análisis”, Editorial Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, España, 2012, pp. 243-268.

“Applicable Law. This Contract and any Claim arising out of or related to this Contract shall be governed by the laws of... excluding the conflict of law provisions of such country and the Vienna Convention on the International Sale of Goods.”

*Cláusula de elección de un Derecho estatal con fijación temporal*

“Derecho aplicable. Este contrato se regirá por las leyes de... en vigor al tiempo de celebración del contrato con exclusión de la legislación posterior.”

“Applicable Law. This Contract shall be governed by the laws of... in force at the time the contract is concluded, to the exclusion of subsequent legislation.”

*Cláusula de elección de una normativa no estatal*

“Derechos aplicable. Las cuestiones relativas a este contrato que no estén resueltas en sus cláusulas se regirán, en este orden, por:

- (a) los principios jurídicos considerados generalizadamente en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales de...
- (b) los usos comerciales pertinentes
- (c) los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.”

“Applicable Law. “Any questions relating to this Contract that are not settled by its provisions shall be governed, in the following order:

- (a) by the principles of law generally regarded in international commerce as applicable to international...
- (b) by the relevant trade usages, and
- (c) by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.”

*Cláusula de elección de una normativa no estatal combinada con la elección de una legislación estatal*

“Derechos aplicable. Las cuestiones relativas a este contrato que no estén resueltas en sus cláusulas se regirán en este orden, por:

- (a) los principios jurídicos considerados generalizadamente en el comercio internacional como aplicables a los contratos internacionales de...
- (b) los usos comerciales pertinentes
- (c) los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales
- (d) las leyes de...”

“Applicable Law. Any questions relating to this Contract that are not settled by its provisions shall be governed, in the following order:

- (a) by the principles of law generally regarded in international commerce as applicable to international... contracts,
- (b) by the relevant trade usages, and
- (c) by the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
- (d) by the laws of...”



## LOS PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA TRANSFRONTERIZA EN DERECHO COMPARADO.

MARÍA ELSA UZAL<sup>1\*</sup>

### RESUMEN

*El presente artículo aborda el fenómeno de la insolvencia transfronteriza. Tratándose de una temática de fundamental importancia en el Derecho Internacional Privado de nuestros días, se analizan las tendencias en el derecho comparado del mundo globalizado en el que vivimos. A su vez, se aborda la situación actual en el MERCOSUR y específicamente en Argentina, proponiéndose la adopción de enfoques jurídicos que permitan la apertura hacia una perspectiva unitaria en el tratamiento del problema de la insolvencia multinacionalizada desde la estructura del Derecho Internacional Privado de fuente interna; tomando como base para lograr tal fin, la ley modelo de UNCITRAL.*

*Palabras claves: - Derecho Internacional Privado; - Insolvencia Transfronteriza; - Derecho Comercial Internacional.*

### ABSTRACT

*The present article approaches the phenomenon of the cross border insolvency. Being a topic of fundamental importance in the Private International Law of our times, it is analyzed the tendencies in comparative law of the globalized world in which we live. As well, it is approached the actual situation of MERCOSUR and specifically in Argentina, being proposed the adoption of legal approaches that allow the opening towards a unitary perspective in the treatment of the problem of multinationalized insolvency from the structure of internal source of Private International Law; taking as a base to achieve that objective, the model law of UNCITRAL.*

*Key words: - Private International Law; - Cross Border insolvency; - International Commercial Law.*

### **1.- Los orígenes del tratamiento del tema: La disyuntiva entre unidad y pluralidad. La importancia del contexto jurisdiccional.**

El fenómeno de la insolvencia puede trascender el plano exclusivamente doméstico y presentar circunstancias multi-nacionalizadoras, de manera tal, que más de un sistema jurídico nacional podría reclamar vocación para ser aplicado a la solución de fondo del caso. Este enfoque inscribe el problema dentro de la órbita del derecho internacional privado (D.I.Pr., en adelante) tanto como cuestión de fondo, como de derecho procesal internacional.

Es necesario remarcar al ingresar en este enfoque, la estrecha vinculación que existe entre el “*ius*” y el “*forum*”, es decir, entre el derecho aplicable y la jurisdicción competente, lo cual conlleva a concluir en la determinante *importancia del contexto jurisdiccional* de la cuestión, toda vez que el juez que deba resolver una cuestión de esta naturaleza, lo enfocará, para su solución, conforme a partir de las reglas de *su propio derecho internacional privado -de fuente nacional o internacional-*.

\* Profesora de Derecho internacional privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Sin embargo, es necesario recordar que el contexto jurisdiccional es tan funcional a la solución del caso en este área, que las normas en materia de derecho de fondo, en casi todos los sistemas, son previstas y planteadas junto y desde, el enfoque procesal del problema. Esto es, desde la apertura –o negación– de la discusión en torno a la admisión de la jurisdicción internacional en el caso, en una verdadera aplicación de la llamada “teoría del paralelismo”.<sup>1</sup>

El derecho comercial internacional por su dinamismo propio es, quizá, el ámbito de relaciones jurídicas donde con mayor nitidez se aprecia una tendencia a la unificación legislativa, a la universalidad, a la obtención de soluciones materiales comunes. Ello aparece como una exigencia de la compleja y delicada urdimbre de las relaciones mercantiles internacionales, que sólo se puede tejer con firmeza en un marco de seguridad jurídica que la favorezca, en el mejor de los casos, o cuyas reglas de juego sean lo suficientemente claras como para que resulte eficaz el mérito y previsión de los eventuales riesgos. Una seguridad plena sólo se obtiene cuando los actos celebrados y las decisiones adoptadas por las autoridades de un país son reconocidos y respetados en los demás.

El campo de los concursos internacionales adquiere, en este aspecto, especial relevancia, puesto que en cualquier relación jurídica, mercantil o no, las personas, físicas o jurídicas, posibles extremos de la negociación, pueden resultar potenciales sujetos involucrados en un concurso, quiebra o procedimiento liquidatorio semejante. Ello ocurre, por ejemplo, cuando, ante la insuficiencia patrimonial, ante la cesación de pagos o la realización de actos que se consideran de quiebra, etc., se procede a la liquidación colectiva de los bienes del deudor con el fin de satisfacer lo debido por éste a los acreedores.<sup>2</sup>

Se ha advertido que en las legislaciones sobre esta materia, existe acuerdo en cuanto al fin social perseguido, el que se procura, sin embargo, con una variedad de medios (Jitta).

Los procedimientos concursales así planteados resultan objeto del D.I.Pr. si es que hay acreedores o deudores en varios países o con establecimientos en diversos estados nacionales, o cuando, aun sin que ello ocurra, los créditos, deudas o bienes afectados, no están todos en una misma jurisdicción estatal.

En estos casos hay muchos países que no prevén en su D.I.Pr. de fuente interna los problemas que puede acarrear la quiebra o concurso multinacional; entre los que lo hacen, en cambio, se enfocan casi exclusivamente las soluciones de tipo liquidatorio.

Se perfilan así, legislativa y doctrinalmente, dos grandes corrientes orientadoras: la de la *unidad, extraterritorialidad o universalidad* de la quiebra, y la de la *pluralidad, fraccionamiento o territorialidad*. Junto a ellas han surgido también sistemas mixtos o dualistas con elementos de ambas posiciones y sistemas que han abordado el problema desde el esfuerzo de un acuerdo en formulas internacionales uniformes (Código de Bustamante, Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, Ley Modelo de UNCITRAL o CNUDMI), desde el derecho derivado, en una búsqueda de soluciones comunitarias (Reglamentos N° 1346 del 2000 y N° 848 de 2015 en el seno de la Unión Europea) o, desde el campo más flexible de un acuerdo internacional sobre principios de insolvencia (Banco Mundial)<sup>3</sup>.

Algunas de estas soluciones conducen, por ejemplo, a admitir una escisión en la competencia legislativa, partiendo de la idea de que la quiebra es una vía de ejecución sobre los bienes. Así, ponen el acento

- 1 Véase: Boggiano Antonio, “Derecho Internacional Privado” Abeledo Perrot. Buenos Aires, T. I, pág. 3; 196 y sigtes.; Uzal María Elsa: “Procesos de insolvencia en el Derecho internacional privado”, Buenos Aires, Ed LA LEY, 2008, págs.149 y sig.; Uzal María Elsa: “Panorama actual de la regulación de la insolvencia en el derecho comparado. Análisis de la posibilidad de aplicación extraterritorial del art. 4° de la ley 24.522”.ED. 172-910.
- 2 Véase: Uzal María Elsa: “Procesos de insolvencia en el Derecho internacional privado”, Buenos Aires, Ed LA LEY, 2008, págs.150 y sig; Uzal María Elsa “El art. 4 de la ley 19.551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática” (Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (REDCO) Editorial Depalma N 106. 1985, pág. 527/33) ; Uzal María Elsa: “Derecho Internacional Privado”, Ed LA LEY, Buenos Aires, 2016, p. 935 y sig.
- 3 Véase in extenso sobre la unidad y la pluralidad , sus fundamentos y objeciones: Uzal María Elsa: “Procesos de insolvencia en el Derecho internacional privado”, Buenos Aires, Ed LA LEY, 2008, págs. 155 a 248.

en el estatuto real y en un renovado reparto del patrimonio, distinguiendo, a veces, entre bienes muebles e inmuebles del deudor, sujetando estos últimos a un criterio territorial, con aplicación del principio de la *“lex rei sitae”* y a los primeros al criterio de unidad, admitiendo la *extraterritorialidad* y resolviendo los eventuales conflictos de leyes con soluciones análogas a las consagradas, por ejemplo, en materia sucesoria<sup>4</sup>.

Otros autores (Bonfils, Calvo, Massé) propusieron distinguir entre los efectos patrimoniales de la quiebra (liquidación de bienes) sometidos a la *lex rei sitae* y los efectos personales (incapacidades, por ej.) regidos por la ley personal del fallido y se ha observado que este enfoque conduce a una casi total adhesión al principio de *territorialidad*, por la importancia muy limitada de los efectos personales<sup>5</sup>.

Aún los autores partidarios de la unidad de la quiebra admiten, también, la posibilidad. -facultativa- de una pluralidad de juicios de quiebra, hipótesis que, por supuesto, necesariamente se da, en caso de sustentarse el principio de la territorialidad, con la consecuente pluralidad de masas concursales. Se admite también la posibilidad de que con un único juicio de quiebra, el juez mantenga las diversas masas procedentes de los distintos países, separadas, a fin de asegurar la preferencia de los acreedores locales en cada una de ellas (sistema de las preferencias nacionales)<sup>6</sup>

A esta altura, debe remarcarse nuevamente, que toda aproximación a la regulación de los procesos vinculados al fenómeno de la insolvencia y en particular de las quiebras multinacionales, no puede dejar de ser precedido de la clásica advertencia sobre la necesidad de valorar el contexto jurisdiccional del problema como condicionante cierto de la solución de fondo a la que habremos de arribar pues, según dónde se plantee jurisdiccionalmente la cuestión, el juez que entienda en la causa la resolverá, por lo general, aplicando sus propias reglas de procedimiento (puramente internas o internacionales) en lo formal o adjetivo y su derecho internacional privado, ya de fuente nacional o convencional, en lo sustancial o de fondo.

El tribunal de la quiebra sin embargo y según el contexto jurisdiccional, podría enfrentarse a las soluciones del derecho aplicable de su propia ley nacional, la del fallido o la del establecimiento o asiento principal de los negocios y/o, además, confrontar esas elecciones con la ley de la situación de los bienes del fallido, la ley que rige los contratos en los cuales el fallido es parte, la ley del lugar de situación de los bienes que son objeto de dicho contrato, la ley nacional de los acreedores o la de su establecimiento principal.

Otra situación importante está dada por los efectos que se reconocen en un estado a las sentencias declarativas de quiebras, pronunciadas por tribunales extranjeros. Los conflictos de jurisdicciones pueden resultar, asimismo, del hecho de que varios tribunales se atribuyan jurisdicción o competencia general (Bartin), con base en los criterios de sus legislaciones nacionales -diferentes de Estado a Estado- para declarar la quiebra de un mismo deudor.

La incerteza es un dato concreto del derecho internacional de la falencia, puesto que es un derecho que se “está haciendo”, por lo cual, la incerteza recae sobre puntos muy importantes -piénsese solamente, en la suerte de las garantías- y es generada por razones diversas, que no son todas de orden jurídico, tal por ejemplo, que las actividades comerciales en el extranjero se realizan por medio de sociedades filiales, jurídicamente distintas de la matriz o por el hecho de que las grandes empresas transnacionales raras veces caen en quiebra.

De otro lado, los fenómenos de la regionalización y la globalización han determinado que en aquellos países que comparten la idea de alcanzar un mercado común o un espacio integrado a fin de

4 Ver: Ripert, *Quelques questions sur la faillite en droit international privé*, « Rev. Cr. Législ. et Jurispr. », 1877-726).

5 Ver: Loussouarn-Brédin, *Droit du commerce international*, n° 678, París, 1969).

6 Uzal, María Elsa “El art. 4 de la ley 19.551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática” (Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones (REDCO) Editorial Depalma N 106. 1985, pág. 527/33). Uzal María Elsa: “Derecho Internacional Privado”, Ed. LA LEY, Buenos Aires, 2016, p. 937 y sig.

establecer un mercado común interior, conforme a reglas de libre concurrencia, se procure modificar profundamente esas situaciones de incerteza, procurando un marco normativo previsible.

Así por ejemplo, el Tratado de Roma, al organizar la libre circulación de mercaderías, capitales y servicios en el seno de la comunidad europea, fijó como uno de sus objetivos, dentro de las disposiciones emanadas del artículo 220, la coordinación del derecho de las sociedades, el reconocimiento mutuo de éstas, el mantenimiento de su personería jurídica en el caso de transferencia de sedes y ante la posibilidad de fusión, sin hablar de la sociedad anónima europea y el Tratado de Amsterdam, que por su parte, contiene nuevas disposiciones sobre cooperación judicial civil (art. 65), proporcionó la base sobre la que se adoptó este Reglamento (CE) N° 1346/00 del 31-5-2000, relativo a los procedimientos de insolvencia.

El Tratado de Asunción, del 26-3-1991, constitutivo del Mercosur, en su art. 1° también expresa que el Mercado Común del Sur implica, entre otros objetivos, la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos y la coordinación de políticas macro-económicas y sectoriales, entre los Estados partes: de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras que se acuerden, a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia y el compromiso de estos Estados de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración.

Estas actividades presuponen asegurar la movilidad de las empresas y particulares y encarar el ejercicio de sus actividades en otros países de la comunidad o del espacio integrado, mediante el establecimiento de sucursales, agencias, representaciones, filiales, etc. Es así, como el activo y los acreedores de muchas empresas, aparecerán multinacionalizados, en tanto repartidos en el territorio de diferentes estados, sin embargo, bajo un sistema de libre concurrencia, la sola existencia de un mercado común, no garantiza que todas las empresas prosperen y si alguna de ellas no está en condiciones de hacer frente a sus obligaciones, los procedimientos de insolvencia que puedan pronunciarse en alguno de los estados, representan un problema cuyo interés, trasciende las fronteras de los Estados nacionales.<sup>7</sup>

## 2.- El progreso del instituto concursal a través del tiempo. Principales tendencias.

Desde otro ángulo, otros dos ejes permiten alinear las soluciones que exhibe el derecho comparado en la materia: la tendencia a soluciones pro-deudor y la tendencia a soluciones pro-creedor, que generan por necesidades históricas, políticas, sociales, económicas, etc., un tercer grupo, mixto<sup>8</sup>.

Los sistemas “pro-creedor”, tienden a la adopción de medidas de seguridad, de neutralización o mecanismos de compensación del crédito (*set off*) ante el *default*, mas frente a éste, favorecen las fórmulas liquidativas a fin permitir la distribución del patrimonio del deudor entre los acreedores y todas las medidas que hagan posible recuperar e incrementar ese patrimonio. También se halla dentro de este criterio, la idea de adoptar todas las medidas tendientes a evitar o reducir las pérdidas resultantes de esa insolvencia, pues esta situación implica riesgos no sólo para los interesados sino para el mismo sistema. En esta línea se enrolaron: Alemania, Reino Unido, Holanda, Suiza, Escandinavia, Israel, Japón, Corea, Indonesia.

Los sistemas “pro-deudor” priorizan la idea del “*salvataje*”, esto es que el fallido y sus empleados deberían ser redimidos y que los acreedores deben contribuir a ese rescate, sosteniendo que ese temperamento conduce, incluso, a mejorar la situación de los acreedores comunes o sin garantías, que son lo más perjudicados en un proceso de insolvencia. Sin embargo, se ha observado que el negocio

7 Véase: Houin “Problèmes posés par la faillite dans le Marché Commun » Journal des Trib. (belge) du 21-5-1961 citado en « Rapport sur le Projet de Convention relative à la faillite, aux concordats et aux procédures analogues ». Bulletin des Communautés européennes Supplément 2/82, pág.47, nota 3.

8 Véase breve referencia a algunas reformas concursales en naciones europeas en: Cerdá Albero Fernando-Gargallo Ignacio Sancho: “Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal”. Barcelona. La Caixa. Colección Estudios Económicos. Volumen 25. 2001, pág.38 a 42. Edición electrónica disponible en Internet:www.estudios.lacaixa.es.

judicial del rescate, a través de procedimientos de reorganización, puede empujar más rápidamente en muchos casos a una formal declaración de insolvencia que, si se hubiese encarado un proceso consensual o extrajudicial de reestructuración quizás se hubiese evitado.

Los procedimientos que prevén una rápida y fácil rehabilitación, *cramdown*, etc. son pues, sistemas pro-deudor. En esta línea se enrolaron, en general, Francia, Italia, Bélgica, los países latinoamericanos y del norte de África, Egipto y algunos países del sur de África como Sudáfrica y Zimbabwe, aunque en general siguen las líneas de las que fueron sus metrópolis.

En una posición intermedia encontramos países que por razones históricas no han observado una cultura legal homogénea y muestran soluciones a menudo confusas o de sentido contradictorio. En esta línea de países que claramente han exhibido un permanente conflicto entre ambas actitudes, se encuentran Estados Unidos, Canadá, Irlanda, Portugal.

Sin embargo, es signo de estos tiempos un febril ir y venir, de una a otra idea, al son de las exigencias sociales y económicas y no solo fruto de las crisis y progresos de los países individualmente considerados, sino de los dictados de conveniencia y coyuntura que, muchas veces impone la necesidad de la inserción en un mercado regional, o global. Ello es una clara muestra de la *funcionalidad* que la regulación de la insolvencia exhibe respecto de esos factores y este rasgo permitiría ubicar ocasionalmente, a muchos países dentro de esta categoría mixta.

### **3.- La quiebra en el D.I.Pr. de fuente internacional: los primeros tratados señeros en la materia. El Mercosur.**

En 1847, 1861 y 1867, se reunieron en Lima, Conferencias Americanas para la codificación del Derecho Internacional, que no consiguieron su objetivo.

En 1875 el Gobierno de Perú invitó a los Estados Americanos a un congreso para la codificación del Derecho Internacional Privado, invitación que fue rechazada por el gobierno de Estados Unidos, alegando que su derecho consuetudinario era muy difícil de armonizar con los sistemas legales de base continental de los países latinoamericanos.

En 1878 se reunió en Lima, un Congreso de Jurisconsultos Americanos, con la concurrencia de representantes de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Perú y Venezuela, al que adhirieron posteriormente Guatemala y Uruguay, en el que se firmó un tratado sobre Derecho Internacional que no fue ratificado; estructurado sobre el principio de la ley nacional.

En febrero de 1888, los gobiernos de Argentina y Uruguay firmaron un Protocolo para la realización de un Congreso de Jurisconsultos para los países de América del Sur, también con el propósito de uniformar las distintas materias del Derecho Internacional Privado. Ambos países convinieron en invitar, separada y simultáneamente, a los gobiernos de Brasil, Chile, Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y Paraguay.

Así fue como se reunió, en Montevideo, el Primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado el 25 de agosto de 1888, clausurado el 18 de febrero de 1889, con los delegados de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Resultó de ello la firma de ocho Tratados (sobre Derecho Procesal; Propiedad Literaria y Artística; Patentes de Invención; Marcas de Comercio y Fábricas; Derecho Penal Internacional; Ejercicio de Profesiones Liberales; Derecho Civil Internacional y Derecho Comercial Internacional).

Uno de esos ocho tratados, el Tratado sobre Derecho Comercial Internacional, trató el tema de las falencias. Este Congreso se caracterizó por haber sustentado la teoría o principio del domicilio.

El gobierno de Colombia adhirió a los Tratados sobre Ejercicio de Profesiones Liberales (en 1917), de Derecho Procesal (en 1920) y sobre Derecho Civil y Derecho Comercial (en 1933)<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Véase antecedentes en Caicedo Castilla, José Joaquín, "Derecho Internacional Privado", Editorial Temis, Bogotá, 1960,

Al cumplirse en 1939, el 50° Aniversario de la firma de los Tratados de Montevideo, los gobiernos de Argentina y Uruguay propiciaron una reunión de los países que asistieron al Congreso de 1889. La reunión tuvo lugar en Montevideo entre julio y agosto de 1939. Convocándose para nuevas sesiones para marzo de 1940. Concurrieron Argentina, Uruguay, Colombia, Ecuador, Venezuela y Brasil.

En este nuevo Congreso se elaboraron los Tratados de Derecho Civil, Comercial Terrestre, de la Navegación Comercial y el Protocolo Adicional. Brasil se abstuvo de firmar el Tratado de Derecho Civil, por discrepar con la aplicación del derecho domiciliario a las cuestiones de estado y capacidad, con la aplicación de la ley de situación de los bienes en las sucesiones y con la aplicación de la ley del lugar de cumplimiento de los contratos, toda vez que su derecho interno aplica el principio de la ley del lugar de celebración. Chile tampoco suscribió los Tratados, excepto el de la Navegación Comercial y el Protocolo Adicional, por haber adherido al Código de Bustamante, expresó entonces, el deseo de no ligarse a compromisos internacionales que pudieran ser contradictorios.

Argentina es parte del Tratado de Derecho Comercial de Montevideo de 1889 que la vincula a Uruguay, Paraguay, Bolivia, Colombia y Perú y del Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo de 1940 que la une a Paraguay y Uruguay (véase Decreto N° 7771 del 12-4-1956) desplazando al anterior en las relaciones con estos dos países. Ambos Tratados contemplan la falencia (arts. 35 a 48 en el Tratado de 1889 y arts. 40 a 53 en el Tratado de 1940), constituyendo junto con el Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1940, sobre “Concurso Civil”(arts. 16 a 25) las fuentes convencionales vigentes en nuestro país en la materia.<sup>10</sup>

Las legislaciones nacionales de los diversos Estados en general, organizaron la quiebra de los comerciantes (o de comerciantes y particulares) en ocasiones, haciendo abstracción del problema en el campo internacional, con aspiraciones solo territorialistas, simplificando el planteo del tema.

Pero así como es frecuente que la quiebra de un comerciante sólo tenga repercusión en el campo nacional, también se impuso con evidencia que podía resultar que el caso se proyectase extraterritorialmente sobre dos o más estados nacionales y que se afectase a la sociedad internacional, en cuyo caso la legislación nacional aparecía estrecha e inadecuada. Gonzalo Ramírez señaló en las actas del Congreso Internacional de Montevideo de 1889: “Las falencias sólo pueden afectar “relaciones privadas de carácter internacional, cuando el presunto fallido tiene sus bienes en territorios sometidos a diferentes soberanos”. Y lo mismo se puede afirmar con relación a las deudas.

Admitida la trascendencia del problema en el plano internacional campeaban por entonces el enfoque y las disyuntivas clásicas en los inicios de la insolvencia extra-nacional: la distinción entre la *Quiebra extraterritorial*, que produce todos o algunos de sus efectos fuera del territorio del Estado donde se declara y la *Quiebra territorial* que produce todos sus efectos en un Estado y ninguno fuera de él.

Era sobreentendido pues, que toda quiebra bajo la idea de unidad, con alcances extra-nacionales debía comenzar por una declaración de quiebra en un Estado particular, tomar su origen en un Estado para propagarse a los demás.

El Tratado de Derecho Comercial Internacional de Montevideo de 1889, abordó en este nivel, el tratamiento “*De las falencias*”, con fuerte tono liquidativo, en el Título X (arts. 35 a 48).

El Tratado de Derecho Procesal de Montevideo de 1940 abordó el tratamiento del Concurso Civil de Acreedores, para los no comerciantes y el Tratado de Derecho Comercial Internacional Terrestre de Montevideo de 1940 trató “*De las quiebras*”, en el Título VIII, arts. 40 a 53.

---

págs. 24-26. Lascano Carlos Alberto, “Derecho Internacional Privado”, Editora Platense, 1965, pág.524/9

10 Fueron aprobados en Argentina por Decreto 7771/56, fueron ratificados por el Paraguay, según Ley 266 del 19 de julio de 1.955, habiéndose hecho el depósito de la ratificación, en Montevideo, el día 29 de enero de 1958 y fueron aprobados en Uruguay por el Decreto-ley N° 10.272 publicado en el B.O. 22-12-1942.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, exhiben un sistema de unidad, cuando el comerciante fallido tiene casas de comercio *dependientes* de una principal en diversos estados o practica accidentalmente actos de comercio en otro estado y adopta el sistema de la *quiebra única*.

Este sistema sin embargo, convive con el fraccionamiento, en caso de que el deudor posea casas de comercio *independientes*, es decir, que cuando el comerciante tiene establecimientos autónomos en diversos Estados adopta el sistema de la *pluralidad, como principio* y serán competentes para conocer del *juicio de quiebra de cada uno de ellos* los tribunales de *sus respectivos domicilios*. Diversos tribunales, sistema de quiebra plural.

Finalmente, también muestran un *sistema mixto* que admite la apertura de diversos procesos nacionales locales a pedido de los acreedores locales para que éstos ejerzan su preferencia en la liquidación de los bienes *con una posterior comunicación de los remanentes*. Es que, “los acreedores locales podrán dentro del plazo fijado de sesenta días, a contar desde el día de la publicación de los avisos previstos en las normas de los Tratados, promover un nuevo juicio de quiebra contra el fallido en otro Estado. En tal caso, los diversos juicios de quiebra se seguirán con entera separación y se aplicarán respectivamente en cada uno de ellos las leyes del país en que radican” (Quiebra Plural- *lex fori*).

Las Conferencias Panamericanas, por su lado, también han realizado una importante labor en materia de Codificación. Para el Derecho Internacional Privado se recomendó un Código que abarcara toda la materia: se encomendó el proyecto al destacado profesor cubano Antonio Sánchez de Bustamante<sup>11</sup>.

En la Sexta Conferencia Panamericana desarrollada en La Habana, Cuba, en 1928, se sancionó el Código Derecho Internacional Privado, conocido como Código de Sánchez de Bustamante y Sirvén o Código de La Habana. Se trata de un instrumento de Codificación de vocación continental que consta de 437 artículos y se encuentra vigente en la mayor parte de los Países Centroamericanos y en varios Países Sudamericanos (Cuba, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Perú, Guatemala, Haití, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Bolivia, Venezuela, Ecuador, Chile y Brasil aunque este último ha efectuado reservas). No fue ratificado en cambio, por la Argentina<sup>12</sup>, Uruguay, Paraguay, Colombia, México, Canadá y Estados Unidos.

11 Véase antecedentes en Caicedo Castilla, José Joaquín, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Temis, Bogotá, 1960, págs. 26 y siguientes.

12 . La Argentina, que intervino en la Sexta Conferencia, dedujo importantes reservas frente al texto aprobado, que ilustran sobre la decisión política de no ratificar que, por ser de interés reproducimos: “RESERVAS DE LA DELEGACION ARGENTINA”

La Delegación Argentina deja constancia de las siguientes reservas que formula al Proyecto de Convención de Derecho Internacional Privado sometido a estudio de la Sexta Conferencia Internacional Americana:

1. Entiende que la Codificación del Derecho Internacional Privado debe ser “gradual y progresiva”, especialmente respecto de las instituciones que presentan en los Estados Americanos, identidad o analogía de caracteres fundamentales.
2. Mantiene la vigencia de los Tratados de Derecho Civil Internacional, Derecho Penal Internacional, Derecho Comercial Internacional y Derecho Procesal Internacional, sancionados en Montevideo el año 1889, con sus Convenios y Protocolos respectivos.
3. No acepta principios que modifiquen el sistema de la “ley del domicilio”, especialmente en todo aquello que se oponga al texto y espíritu de la legislación civil argentina.
4. No aprueba disposiciones que afecten, directa o indirectamente, al principio sustentado por las legislaciones civil y comercial de la República Argentina, de que “las personas jurídicas deben exclusivamente su existencia a la ley del Estado que las autorice y por consiguiente no son ni nacionales ni extranjeras; sus funciones se determinan por dicha ley de conformidad con los preceptos derivados del “domicilio” que ella les reconoce”.
5. No acepta principios que admitan o tiendan a sancionar el divorcio ad-vinculum.
6. Acepta el sistema de la “unidad de las sucesiones” con la limitación derivada de la “lex rei sitae” en materia de bienes inmuebles.
7. Admite todo principio que tienda a reconocer en favor de la mujer, los mismos derechos civiles conferidos al hombre mayor de edad.
8. No aprueba aquellos principios que modifiquen el sistema del “jus soli” como medio de adquirir la nacionalidad.
9. No admite preceptos que resuelvan conflictos relativos a la “doble nacionalidad” con perjuicio de la aplicación exclusiva del “jus soli”.
10. No acepta normas que permitan la intervención de agentes diplomáticos y consulares, en los juicios sucesorios que interesen a extranjeros, salvo los preceptos ya establecidos en la República Argentina y que rigen esa intervención.
11. En el régimen de la Letra de Cambio y Cheques en general, no admite disposiciones que modifiquen criterios aceptados en Conferencias Universales, como las de La Haya de 1910 y 1912.

Del detalle de los países en los que esta fuente convencional se encuentra vigente, se advierte que figuran países miembros del Mercosur y Asociados: Brasil, Perú, Bolivia, Chile, incluso, Venezuela.

Ello determina que el régimen convencional que surge de la normativa del Código Bustamante tiene aplicación en ese ámbito regional en la medida en que se plantee un conflicto que involucre a sujetos de alguno de los países asociados del Mercosur (vg. Chile, Bolivia) ratificantes del Código por un lado y alguno de sus miembros plenos (vg. Brasil) por el otro, que también es parte.

Esa fuente no será de aplicación en cambio, en casos en que se planteen conflictos en los que aparezcan involucrados sujetos de cualquiera de esos Estados y de Argentina, Paraguay y Uruguay -vinculados entre sí por los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, pero que no son parte del Código de La Habana-.

El Código Bustamante ha adoptado, en principio, un sistema de universalidad en materia de quiebras internacionales. Regula la materia en sus arts. 414 a 420.

#### **4.- Los signos de progreso recientes con una impronta global. La Ley Modelo de CNUDMI o UNCITRAL de 1997.<sup>13</sup>**

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1997 tiene como propósito “ayudar a los Estados a dotar a su derecho de la insolvencia con una normativa moderna, equitativa y armonizada para resolver con mayor eficacia los casos de insolvencia transfronteriza”, es decir, los casos en que el deudor tiene bienes en más de un Estado o en los que algunos de los acreedores del deudor no son del Estado en el que se ha abierto el procedimiento de insolvencia.

La Ley Modelo recoge las prácticas en materia de insolvencia internacional transfronteriza, que caracterizan a los sistemas más modernos de administración de las insolvencias internacionales.

Se procura que los Estados que incorporen la Ley Modelo a su derecho interno se avengan a introducir con ella mejoras y adiciones útiles a su régimen interno de insolvencia destinadas a resolver problemas peculiares de los casos transfronterizos.

Se ha dicho que es un instrumento valioso no sólo para las jurisdicciones ya habituadas a tener que resolver numerosos casos de multinacionales en esta materia, sino también para aquellas otras que deseen prepararse para la eventualidad cada vez más probable de que esos casos proliferen.

La Ley Modelo, en las propias palabras de la Guía para su incorporación a los derechos internos que la interpreta, respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia, pero su régimen ofrece como soluciones útiles:

12. Hace reserva expresa de la aplicación de la “ley del pabellón” en cuestiones relativas al Derecho Marítimo, especialmente en lo que atañe al contrato de fletamento y a sus consecuencias jurídicas, por considerar que deben someterse a la ley y jurisdicción del país del puerto de destino.

Este principio fue sostenido con éxito por la rama argentina de la International Law Association en la 31ª sesión de ésta y actualmente es una de las llamadas “reglas de Buenos Aires”.

13. Reafirma el concepto de que los delitos cometidos en aeronaves, dentro del espacio aéreo nacional o en buques mercantes extranjeros, deberán juzgarse y punirse por las autoridades y leyes del Estado en que se encuentran.

14. Ratifica la tesis aprobada por el Instituto Americano de Derecho Internacional, en su sesión de Montevideo de 1927, cuyo contenido es el siguiente: “La nacionalidad del reo no podrá ser invocada como causa para denegar su extradición”.

15. No admite principios que reglamenten las cuestiones internacionales del trabajo y situación jurídica de los obreros en mérito de las razones expuestas, cuando se discutió el artículo 198 del Proyecto de Convención de Derecho Civil Internacional, en la Junta Internacional de Jurisconsultos, asamblea de Río de Janeiro de 1927.

La Delegación Argentina hace presente que, como ya lo ha manifestado en la Honorable Comisión Número 3, ratifica en la Sexta Conferencia Internacional Americana, los votos emitidos y actitud asumida por la Delegación Argentina en la Asamblea de la Junta Internacional de Jurisconsultos, celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, en los meses de abril y mayo de 1927”.

13 Véase más detalle en Uzal María Elsa, “Procesos de insolvencia en el Derecho internacional privado”, Buenos Aires, Ed LA LEY, Buenos Aires, 2008, Capítulo VII, págs.315 y sigtes. y en Uzal María Elsa: “Derecho Internacional Privado”, Ed LA LEY, Buenos Aires, 2016, p. 1048 y sig.



- a) Dar acceso a la persona que administra un procedimiento de insolvencia extranjero (“representante extranjero”) a los tribunales del Estado que ha incorporado la ley previo reconocimiento, lo que le permitirá recabar cierto “margen” temporal, y dará ocasión para que esos tribunales puedan determinar qué medidas de coordinación judicial o de otra índole procede otorgar para optimizar la administración de la insolvencia;
- b) Determinar cuándo debe otorgarse el “reconocimiento” a un procedimiento de insolvencia extranjero y cuáles serán las consecuencias de ese reconocimiento;
- c) Enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores a entablar un procedimiento de insolvencia en el Estado o a participar en un procedimiento de esa índole;
- d) Facultar a los tribunales para cooperar más eficazmente con los tribunales y representantes extranjeros que intervengan en un asunto de insolvencia;
- e) Autorizar a los tribunales del Estado y a las personas que administren procedimientos de insolvencia en ese Estado a solicitar asistencia en el extranjero;
- f) Determinar la competencia de los tribunales y establecer reglas para la coordinación caso de haberse abierto procedimientos paralelos en el Estado incorporante de la ley y en otro Estado;
- g) Establecer reglas para la coordinación de las medidas otorgadas en el Estado incorporante de la ley en favor de dos o más procedimientos de insolvencia que tal vez se sigan en Estados extranjeros respecto de un mismo deudor.

Ya hemos señalado que en la Resolución de la Asamblea General de la ONU, que aprobó la Ley Modelo se remarcó que en razón del comercio y de las inversiones transfronterizas es cada vez mayor el número de casos en que empresas o particulares poseen bienes en más de un Estado y también, que cuando un deudor con bienes en más de un Estado es objeto de un procedimiento por insolvencia, en muchos casos, es apremiante la necesidad de cooperación y coordinación transfronterizas en la supervisión y administración de los bienes y negocios del deudor insolvente, mas advierte que la coordinación y cooperación son insuficientes y ello, en los casos de insolvencia transfronteriza provoca serios perjuicios. Se observa asimismo, que muchos Estados no tienen establecido un régimen jurídico que posibilite o facilite la coordinación y la cooperación transfronterizas.

La misma Resolución recomienda que todos los Estados examinen su legislación sobre los aspectos transfronterizos de la insolvencia a fin de determinar si está en consonancia con los objetivos de un régimen eficiente y moderno sobre insolvencia y que, en ese examen, consideren con un criterio favorable la Ley Modelo, habida cuenta de la necesidad de que haya un derecho internacionalmente armonizado que rijan los casos de insolvencia transfronteriza. Recomienda también que se haga todo lo posible para que la Ley Modelo y la Guía sean ampliamente conocidas y estén a disposición de todos.<sup>14</sup>

##### **5.- Los Reglamentos Europeos: la adopción de un mecanismo un “trans-ordenamiento” peculiar.<sup>15</sup>**

La evolución legislativa en el marco de la Unión Europea y después de los Tratados de Maastricht y Ámsterdam, condujo a cierta convicción sobre la necesidad de construir un “DIPr. propio de la Comunidad Europea” y sobre la posibilidad de usar los instrumentos disponibles en el ámbito de las instituciones comunitarias para ello. De ahí, que, bajo la óptica del actual art. 65 TCE, las cuestiones que aún son materia del DIPr. -no estrictamente delegadas- comenzaran a ser reelaboradas desde las instituciones comunitarias y con los instrumentos jurídicos comunitarios, dando curso a la denominada “comunitarización del DIPr.”.

14 Han aprobado legislación basada en la Ley Modelo en 43 Estados en un total de 45 jurisdicciones, Chile entre ellos.

15 Véase más detalle en Uzal María Elsa, “Procesos de insolvencia en el Derecho internacional privado”, Buenos Aires, Ed LA LEY, 2008, Capítulo VI, págs.276 y sigtes

Este “*modus operandi*” de los órganos comunitarios condujo a la formulación de normas que regulan las llamadas “relaciones intracomunitarias”, con una suerte de “*trans-ordenamiento*” uniforme, aplicable en el “espacio común de libertad, seguridad y justicia”.

En la materia que nos interesa el Comité Económico y Social de la U.E. propuso recoger, de forma textual, las disposiciones del demorado Convenio de Bruselas de 23 de noviembre de 1995 relativo a los procedimientos de insolvencia en un “*Reglamento comunitario*”. El objetivo de esta iniciativa era acelerar la aplicación de dicho Convenio y hacer que fuera directamente aplicable en los Estados miembros, con el fin de mejorar los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, dando respuesta a la preocupación del legislador comunitario por dotar al área de una regulación de la insolvencia multinacional entre los Países parte. Fue así que se aprobó, el Reglamento N° 1346/2000 de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia.

Surgió de este modo, un DIPr. europeo de la insolvencia transnacional que con estas nuevas soluciones pasó, a ser materia de “competencia compartida” entre la Comunidad Europea y los Estados miembros, de modo que al regular Comunidad un aspecto concreto de DIPr., los Estados perdieron, en principio al menos, “competencias legislativas” en relación a la materia contenida por instrumentos jurídicos comunitarios. Ha quedado claro que la adopción de este Reglamento obedeció a un acto de voluntad político-legislativa de las autoridades comunitarias que avizoraban las dificultades que salían al encuentro de la Convención de Bruselas de 1995.

Mediante este Reglamento, en el ámbito espacial de la Unión Europea se ha instalado un “*trans-ordenamiento*” no solo *generalizado*, sino *común a los Estados miembros, basado precisamente en la coordinación sistemática entre los procedimientos de los sistemas jurídicos nacionales intracomunitarios*.

En esa regulación se combinó la idea de un proceso de insolvencia *principal*, que refleja el principio de universalidad, pero coordinada con el reconocimiento de procedimientos locales, *secundarios*, paralelos al procedimiento principal, que no solo protegen intereses locales, sino que también van dirigidos a permitir administrar localmente bienes del deudor, muy complejos para ser administrados desde un procedimiento único y lejano, a pedido de las autoridades que conducen ese proceso foráneo y también permite ordenar y armonizar los sistemas de países que exhiben grandes diferencias en su derecho procesal y material de fuente interna, que no se hubiesen adaptado a un único procedimiento, solo con base en el derecho del centro principal de los negocios o del domicilio del deudor. Según este Reglamento, por este medio solo podían coordinarse procesos liquidativos.

Es claro que no se trata aquí de un proceso único, sino de un mecanismo que sobre la base de un proceso principal susceptible de una vocación universal, permite el reconocimiento de otros procesos que pueden coordinarse con él, que pueden partir incluso, de criterios territorialistas. Cada sistema sin embargo, sigue aplicando su *lex fori*, en tanto “ley del estado de apertura” como *lex concursus*, en cuanto a la determinación de la jurisdicción, y en cuanto al derecho aplicable, no obstante, sobre ciertos aspectos puntuales aparecen normas uniformes de conflicto que determinan la ley aplicable y desplazan las normas del DIPr. de fuente nacional: vg. derechos reales de terceros, compensación, reserva de propiedad, contratos sobre inmuebles, contratos de trabajo, sistemas de pago y medios financieros, patentes y marcas, actos perjudiciales, protección de terceros.

El Reglamento 1346/2000 fue reformado por el **Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia** que tiene por objeto, por un lado, mejorar la aplicación de las disposiciones contenidas en el anterior y por otro, refundir en un único texto todas las modificaciones introducidas al mismo, con el fin de reforzar la eficaz administración de los procedimientos de *insolvencia transfronterizos*.

Se ha ampliado su ámbito de aplicación, para ir más allá de los procedimientos de liquidación ya contemplados en la normativa anterior. De esta forma, se incorporaron procedimientos que promueven el rescate *de las empresas con problemas de solvencia, pero económicamente viables en su continuación* y que ofrecen una segunda oportunidad a los empresarios. En concreto, se prevén procedimientos dirigidos a la reestructuración de un deudor en una fase en la que la insolvencia es solo una probabilidad o que

permiten al deudor conservar el control total o parcial de sus bienes y negocios, o procedimientos que prevén una condonación o reestructuración de la deuda de los consumidores y de los trabajadores autónomos.

Este Reglamento también contiene una serie de normas procedimentales destinadas a garantizar la eficaz administración de los procedimientos de insolvencia relativos a diferentes sociedades que formen parte de un grupo.

## 6.- El D.I.Pr. de fuente interna en la República Argentina.

*Sistema en el cual se inscribe el tratamiento de la quiebra multinacional en el D.I.Pr. de fuente interna (especialmente el actual art. 4, ley 19.551, modif. por ley 22.917 y por la 24522).*

En esta aproximación a las disposiciones del D.I.Pr. interno argentino en materia de insolvencia, cabe señalar que el modo en que el problema ha sido captado por el derecho positivo transita el sendero de la territorialidad, aunque con algunas concesiones al reconocimiento de la aptitud de un concurso extranjero para “causar” la apertura de un concurso local (derivado del proceso extranjero) a pedido del deudor o de un acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina.

Respecto de los efectos de un concurso declarado en el extranjero, se prevé que, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, *el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina*, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

Sin embargo, en caso de *pluralidad de concursos*, declarada *también* la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquella.

Asimismo, se contempla la posibilidad de que se insinúen acreedores extranjeros bajo la condición de acreditar *la condición de reciprocidad*. A este fin, la verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero, quedando exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real.

Finalmente, también se prevé la cláusula *hotchpot*, a través de la paridad en los dividendos. Se establece para ello, que los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causas de créditos comunes.<sup>16</sup>

Cabe remarcar pues, la necesidad de que quienes operan el sistema, fundamentalmente, los legisladores, los jueces, los abogados y las propias partes en la previsión de sus contratos, encaren la interpretación e incluso la reforma de las soluciones de fuente interna. Para ello, debe contemplárselas insertas dentro de un contexto global, en el cual resulta obligado remarcar que los contactos, las relaciones y la interdependencia que se advierten entre el derecho internacional y los derechos internos se tornan cada vez más y más intensos, a punto tal que resulta difícil sustraer el problema de una corriente que,

<sup>16</sup> Véase el tema en mayor extensión en: Uzal María Elsa: “Derecho Internacional Privado”, Ed LA LEY, Buenos Aires, 2016, p. 977 y sigtes.; Uzal María Elsa, “Procesos de insolvencia en el Derecho internacional privado”, Buenos Aires, Ed LA LEY, 2008, Capítulo X, págs.519 y sigtes.

en la realidad de los hechos, en teoría y en doctrina, tiende hacia una estructura unitaria de estas relaciones<sup>17</sup>

La necesidad de este enfoque surge de la realidad misma, de los cada vez mayores y más complejos requerimientos del desarrollo y del crecimiento, de la multinacionalización del tráfico jurídico y comercial, que obran como una verdadera corriente de ida y vuelta.

Es por ello que entendemos que deben evitarse los prejuicios al navegar por esa corriente, pues las soluciones que sirvan de navío en esas aguas procelosas, no solo deben ser vistas, desde una óptica unilateral, como una aspiración pretenciosa o egoísta de las grandes potencias sino, con un enfoque bilateral, también desde la óptica de Estados menos poderosos, pero que también deben estar vivamente interesados en reconstruir aquellos patrimonios “fluyentes e insalvables”, de deudores locales que se desplazan y desaparecen, gozando de la impunidad del territorialismo y dejando un tendal de acreedores nacionales desprotegidos. Sin embargo tal enfoque tropieza, con las soluciones legales de sistemas nacionales aún atrincherados en posturas fuertemente fraccionadoras y con un tratamiento solo local del problema.

Ha de advertirse que *la propuesta que sostenemos no transita por el arbitrario apartamiento de la letra de la ley*, sino por explorar las posibilidades interpretativas que el propio sistema legal permite, como respuesta eficaz ante ese fenómeno fáctico subyacente, que muestra la realidad multinacionalizada de un patrimonio atacado de insolvencia.

Tenemos la convicción de que ese patrimonio debe responder como un todo y universalmente ante ella, aunque conforme a reglas de equidad que atiendan a los intereses en juego. Ha de permitirse la recuperación de las actividades productivas genuinas, todavía aptas o socialmente valiosas, pero procurando aventar –ya que no, desterrar– las posibilidades especulativas y el “sistema del pillaje” que juegan deslealmente a favor de deudores o acreedores, en perjuicio de unos y de otros, en una elusión que el territorialismo, sin proponérselo permite, como falla propia del sistema.

Argentina, que está en la línea del tipo de soluciones territorialistas viene experimentando, de a poco, la necesidad de la apertura, de ahí que postulamos *ciertas líneas evolutivas, partir de lo que se posee, del sistema de derecho propio vigente, de fuente interna.*

*Como uno de los pilares de esta tesis, el primero, sería la adopción de un enfoque, que conduzca a interpretar la corriente sistemática en la cual se inscriben las normas involucradas en nuestro sistema de DIPr. de fuente interna, con una óptica abierta hacia la unidad. Esto es, explorando las posibilidades de reconocimiento que brindan los sistemas extranjeros y que el derecho argentino no prohíbe, para provocar una apertura hacia una estructura de soluciones de orientación unitaria aunque, fundamentalmente pragmática, pues la eficacia es el norte de todo posible logro en este camino.*

## 7.- A modo de conclusión.

Como estrategia política de bloque hacia el exterior, Argentina y en general los países del Mercosur, como herramienta común de promoción del desarrollo económico de la región, deberían propender a una apertura internacional amplia, propiciando un mecanismo de tratamiento integral de la insolvencia internacional, con una fórmula legal semejante incorporada al derecho interno de cada país, que trascienda la mera aspiración a una unidad de bloque pero que la comprenda.

Ante el propósito formulado y con el objetivo de preparar el camino para su consecución, en la Rep. Argentina debería adoptarse enfoques jurídicos que permitan la apertura hacia una perspectiva unitaria en el tratamiento del problema de la insolvencia multinacionalizada desde la estructura

17 Véase: Uzal María Elsa: “Derecho Internacional Privado”, Ed LA LEY, Buenos Aires, 2016, p. 974 y sig; Boggiano Antonio, “Introducción al Derecho Internacional Relaciones exteriores de los ordenamientos jurídicos”. La Ley, Buenos Aires, 1995 pág 1., Boggiano Antonio “Derecho internacional privado, 2° ed., Depalma, Buenos Aires, 1983”, T. I, ps. 90/3 y sus lineamientos de teoría general del D.I.Pr. que seguimos y compartimos.

del D.I.Pr. de fuente interna, instalando entre los operadores del sistema jurídico, el análisis de la conveniencia de adoptar una interpretación orientada en favor de la cooperación internacional, de la coordinación entre procedimientos nacionales y materialmente abierta hacia la idea de unidad, la Ley Modelo de UNCITRAL podría ser útil a ese fin.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Véanse las propuestas formuladas en nuestra tesis doctoral en: Uzal María Elsa, "Procesos de insolvencia en el Derecho internacional privado", Buenos Aires, Ed LA LEY, 2008, 773 y sigtes.

## LA CONVENCIÓN DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y SU APLICACIÓN COMO LEX MERCATORIA EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ\*

### RESUMEN

*La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías de las Naciones Unidas, no obstante ser una convención multilateral, ha gozado de amplia aplicación en materia de arbitrajes comerciales internacionales a falta de elección de ley por las partes, en cuanto sus disposiciones constituyen verdaderos principios comerciales internacionales.*

*Palabras Claves: La Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías de las Naciones Unidas, Lex Mercatoria, Arbitraje Comercial Internacional.*

### ABSTRACT

*Notwithstanding the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods' juridical nature as a multilateral convention, it has enjoyed ample use in international commercial arbitration in the absence of a choice of law by the parties, inasmuch as its dispositions constitute principles of international commerce.*

*Key words: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Lex Mercatoria, International Commercial Arbitration.*

### 1. Introducción.

La Convención de Naciones Unidas para los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías adoptada en Viena en 1980, en adelante la convención o CIGS, y que está en vigor actualmente para más de 80 países, es el resultado de una labor legislativa de varias décadas que se remontan a fines del siglo XIX y que produjo como resultado la ley uniforme sobre ventas de mercancías de 1905 de los países escandinavos, *The Sale of Goods Act* de 1893 de Gran Bretaña y el trabajo de la Internacional *Law Association* reunida en el año de 1924 en Estocolmo, donde se trabajó en un proyecto de ley uniforme para la unificación de la legislación sobre compraventa internacional de mercaderías. Posteriormente y, como antecedentes inmediatos de la Convención de 1980, se encuentra la labor desplegada por el Instituto para la Unificación del Derecho Privado —UNIDROIT—, creado precisamente con el objetivo de promover la armonización y unificación del Derecho privado a nivel internacional, teniendo como punto de partida la creciente liberalización del comercio y el proceso de integración económica<sup>1</sup>. De este modo, esta convención nace con la clara vocación de unificar

\* Profesora Asociada Derecho privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Doctora en Derecho, Universidad Complutense de Madrid.

1 Sobre la materia, se ha escrito bastante. A modo de ejemplo, pueden mencionarse: SONO, KAZUAKI, "The Vienna Sales Convention: history and perspective", en *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures*, Petar Sarcevic; Paul Volken (eds.), Oceana, 1986, pp. 1 a 17. EÖRSI, GYULA, "Problems of Unifying Law on the Formation of Contracts for the International Sales of Goods", en *American Journal of Comparative law*, 27, (1979), pp. 311 a 323; AUDIT, BERNARD, *La Compraventa Internacional de Mercaderías*, traducción de Ricardo de Zavalía, Zavalía Editor, Buenos Aires, 1994, p. 9. PERALES VISCASILLAS, MARÍA DEL PILAR, "El Derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de UNIDROIT (Ámbito de aplicación y disposiciones generales), en *Revista de Derecho Mercantil*, nº 223 (1997), pp.

la legislación aplicable a los contratos internacionales de compraventa de mercadería, alejándose de las reglas de Derecho Internacional Privado. Visto así, lo que pretendía era precisamente solucionar un problema jurídico concreto que consiste en aplicar un solo normativo de carácter uniforme a conflictos internacionales de carácter contractual, sin necesidad de acudir a las normas de conflictos propias del Derecho Internacional, logrando con ello una mayor certeza.

Por su parte, se entiende a la *lex mercatoria* como el conjunto de principios, usos y costumbres que normalmente utilizan los comerciantes en sus relaciones contractuales internacionales con el objeto de estandarizar y uniformar las normas aplicables, y así otorgar seguridad jurídica a los miembros de esta comunidad. Desde una perspectiva histórica, la conformación de la *Lex Mercatoria*, se remonta al siglo XVIII en el seno de la sociedad medieval de los comerciantes. El entonces “*Ius Mercatorium*” se preocupaba de cuestiones más bien temporales, relativas a las relaciones comerciales de grandes feriantes portuarios y el comercio marítimo. Surgió a raíz de los usos y costumbres de común aplicación entre los grupos de interés comercial, con lo cual se formó una verdadera norma consuetudinaria, reconocida y respetada por todos quienes se desenvolvían en dicho ámbito. Esta situación cambió a raíz del proceso codificador vivido en Europa durante los últimos años del siglo XVIII e inicios del XIX, pues las fronteras físicas de los distintos países alcanzaron las jurídicas, petrificando este proceso. Reaparece años más tarde, desde una óptica global, a través de usos, prácticas y principios de general aplicación, con la idea de brindar un marco común a las relaciones contractuales, que puede ser aplicado directamente por los particulares en sus contratos.

Luego de esta revisión preliminar, si bien puede parecernos que entre la CIGS y la *lex mercatoria* no existe ninguna relación, nosotros consideramos lo contrario y esta es la hipótesis que constituye el núcleo del presente trabajo. En efecto, en las siguientes líneas vislumbraremos que existe una relación estrecha entre ambos bloques y se produce un diálogo muy interesante de analizar entre ambos. Partimos de la base que la *lex mercatoria* plantea la aplicación de la CIGS desde dos modalidades diferentes: como ley del contrato y como elemento integrador e interpretador de la ley del contrato. Esta conexión puede surgir de la autonomía de la voluntad de las partes como de una decisión del árbitro. Por otra parte, la *lex mercatoria* tiene un rol intrínseco en el seno de la propia CIGS, al ser un componente esencial de la construcción de esta norma. Todo ello, será el objeto de nuestra investigación.

A partir de lo anterior, responderemos las siguientes interrogantes: ¿Puede aplicarse la Convención de Viena sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías como *lex mercatoria*?; ¿Qué relación existe entre la Convención de Viena, en adelante CIGS, con la *lex mercatoria*?; ¿Qué funciones podría cumplir la CIGS como *Lex mercatoria*?; ¿Es posible visualizar esta posibilidad de aplicación en la práctica? Finalizaremos con algunas reflexiones necesarias sobre esta materia.

## 2.- Relaciones existentes entre la *lex mercatoria* y la Convención de Viena.

### 2.1. En cuanto a sus objetivos.

La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CIGS), constituye un marco legal incorporado por diferentes Estados, que nace con la vocación de uniformar internacionalmente la legislación aplicable a este tipo de contratos. En tal sentido, se aplica directamente evitando que las normas clásicas del Derecho internacional privado puedan tener injerencia en la solución del conflicto, brindando con ello mayor seguridad jurídica, al anticipar la regla aplicable<sup>2</sup>.

221 a 297. Sobre una historia detallada de los antecedentes de la Convención de 1980, HONNOLD, JOHN, Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd edition, Kluwer, The Hague, 1999, pp. 5 a 12; OLIVENCIA, MANUEL, La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual”, en Revista de Derecho Mercantil, 201, (1991), pp. 386 a 394; Oviedo Alban, Jorge, “La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías”, 2011, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf>

2 Puede consultarse: FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, LUIS; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, EL

Es de aquellos tratados que tienen por objeto formular una regla de derecho que sea objetivamente válida y se caracteriza porque la voluntad de todos los signatarios tiene idéntico contenido, sin necesitar desarrollo posterior en el Derecho interno (*self-executing*). En este punto, se aleja de los tratados de Derecho Internacional Privado que persiguen la determinación de la ley nacional aplicable a las relaciones jurídico privadas con componentes extranjeros, y el de las leyes modelo, que pretenden constituir un arquetipo para los legisladores nacionales, introduciendo reglas internacionales por medio de la creación directa de leyes.

Uno de los aspectos más relevantes de la CIGS es que constituye un punto de encuentro entre las diferentes familias jurídicas existentes, decantadas con el paso del tiempo, principalmente de los sistemas del *common law* y el *civil law*, lo que ha implicado un esfuerzo por comprender los elementos que se insertan en su regulación, obligando al intérprete a familiarizarse con las instituciones provenientes de ambas tradiciones jurídicas. Este encuentro marca un hito en la evolución del Derecho Privado y tiene especial relevancia para los sistemas de Derecho interno, no sólo por la trascendencia en su armonización, sino también por el hecho de introducir novedades conceptuales a los mencionados sistemas, además de contribuir con soluciones a problemas reales surgidos de las diferencias entre los distintos regímenes<sup>3</sup>. Además de lo anteriormente señalado, se debe tener presente que la CIGS requiere de una interpretación uniforme teniendo en cuenta su carácter internacional, tal como lo establece su artículo 7°.

La *lex mercatoria*, en cambio, no es un cuerpo legal. Consiste en un conjunto de principios, usos y costumbres, que pueden ser aplicables directamente por las partes en sus contratos para prever determinados aspectos o solucionar los litigios que de aquél emerjan. Es posible entenderla como un conjunto de normas directamente elaboradas y aplicadas por la sociedad internacional de los comerciantes para materias que tengan estos componentes, esto es, contratos comerciales de carácter internacional. Entre sus definiciones, destaca aquélla que la observa como “el conjunto de principios generales, y de reglas de costumbre espontáneamente referidos o elaborados en el marco del comercio internacional, sin referencias a ningún ordenamiento nacional”<sup>4</sup>, o bien como “un sistema jurídico supranacional, distinto y autónomo del Derecho estatal, aplicable directamente a los contratos de comercio internacional en lugar de las disposiciones de los derechos nacionales”<sup>5</sup>.

contrato de compraventa internacional de mercancías, en Alfonso Luis Calvo Caravaca; Luis Fernández de La Gándara, (Directores), Pilar, Blanco - Morales Limones (Coordinadora), Contratos internacionales, Tecnos, Madrid, 1999, p. 176; Carlos Forero Jiménez, “Causas y consecuencias de la aplicación de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*”, Revista de Derecho Privado, N°38, Universidad de los Andes, Junio 2007; Jorge Oviedo Albán, “La Convención sobre compraventa internacional: antecedentes y desarrollos alternativos”, originalmente editado en la revista “Foro de Derecho Mercantil”, n° 29, Legis S.A., Bogotá, (2010), págs. 37 a 63; Jorge Oviedo Albán, “La Convención sobre compraventa internacional de mercaderías”, 2011, disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban.pdf>

- 3 A partir de lo anterior, debe destacarse la influencia de la Convención en varias reformas legislativas realizadas a partir de la década de los noventa del siglo XX, en la preparación de modernos *restatements* internacionales y en el Derecho comunitario europeo, con lo que se demuestra que, no obstante haber sido concebida para regular contratos de compraventa internacional, ello no impide que pueda ser utilizada como modelo para la modificación y por ende armonización de las reglas nacionales. Entre ellas, cabe destacar la reforma al BGB respecto del Derecho de obligaciones, el Código Civil holandés, los códigos civiles expedidos en los países de Europa del este tras la caída de la Unión Soviética, la ley china de contratos de 1999, la creación de los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales, al igual que en la Directiva 199/44/CE del Parlamento y del Consejo Europeo sobre ventas de bienes de consumo que ha sido incorporada a los derechos nacionales y que ha tenido entre sus fuentes inspiradoras a la Convención. Asimismo, otros 16 países parte de la Organización Africana de Derecho de los Negocios – OHADA – han adoptado el Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général, una de cuyas principales fuentes fue la CIGS. Finalmente, cabe destacar la tendencia europea hacia la adopción de un régimen común en materia contractual en torno al cual han surgido varios proyectos como los Principios del Derecho Contractual europeo, elaborados por la Comisión Lando (PDCE); el Proyecto preliminar de Código Contractual europeo del grupo de Pavía y el Study Group of a European Civil Code dirigido por C. Von Bar.
- 4 LORD JUSTICE MUSTILL. “The New Lex Mercatoria: The first Twentyfive Years”, art. 7.2, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, p. 151.
- 5 FABIO BORTOLOTTI. “The Unidroit Principles and arbitral tribunals”, en International Uniform Law Conventions, Lex Mercatoria and Unidroit Principles, Symposium, Verona University (Italy), Faculty of Law, 4-6 November 1999, Uniform Law Review, 2000, pp. 141 a 152.



Su utilidad práctica resulta evidente si se considera su aspiración de abstraer una relación mercantil internacional de la ley local perteneciente a los Estados nacionales de cada contratante, con lo que se evitan localismos y rigurosidades propias de la protección interna. Con ello se busca favorecer la seguridad jurídica entre las partes y potenciar la sensación de eficiencia y eficacia en la contratación. Estos usos, prácticas y principios se han positivado a partir de la construcción de diferentes cuerpos reglamentarios y normativos, como por ejemplo: las reglas INCOTERMS elaboradas por Cámara de Comercio de París; los Principios sobre contratos mercantiles internacionales elaborados por UNIDROIT; y los principios incorporados a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

Si bien la CIGS es un cuerpo normativo con fuerza legal en los países que la han incorporado, mientras que la Lex mercatoria no tiene fuerza vinculante venida desde el Estado, sino más bien, son las partes la que la incorporan a sus negociaciones, podemos observar que entre ellas se generan diversas simetrías. En efecto, en primer lugar observamos que existe una relación directa en sus objetivos y contenido, pues ambos cuerpos normativos pretenden brindar reconocimiento a las normas nacidas de las prácticas contractuales de carácter internacional privado patrimonial. Debido a su naturaleza, la CIGS tiene un ámbito de aplicación definido y obligatorio establecido en su propio cuerpo legal, mientras que la lex mercatoria tiene un ámbito de aplicación más amplio que puede ser definido a partir de la autonomía de la voluntad de las partes o por el tribunal arbitral. Se trata, entonces, de dos vías análogas que tienen por objeto la unificación o armonización del derecho comercial, en el primer caso de forma vertical, donde el Estado tiene un rol fundamental, toda vez que debe suscribir la Convención de Viena para que ella sea aplicable, mientras que en el segundo se da una relación más bien horizontal, pues son las partes las que deciden su aplicación sin necesidad que el Estado intervenga. Desde esta perspectiva, la CIGS y la lex mercatoria no compiten, sino que más bien se complementan.

## 2.2. En relación a las fuentes obligacionales.

Por otra parte, podemos advertir una relación de la Lex mercatoria en la CIGS como fuente del contrato. Llegamos a esta conclusión si observamos el Art. 9° de la Convención de Viena que reza:

*“1) Las partes quedarán obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas.*

*2) Salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que, en el comercio internacional, sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate”.*

Si reflexionamos sobre esta materia, vemos como los usos y prácticas pasan a constituir fuente en las relaciones contractuales descritas en la CIGS, que distingue al efecto tres situaciones: usos, prácticas y usos internacionales. La diferencia que reside entre estos vocablos es muy precisa para esta normativa, pues: a) Los “usos” deben haber sido convenidos por las partes; b) Las “prácticas” deben haber sido establecidas por los contratantes; mientras que c) los usos internacionales se entienden incluidos tácitamente incorporados, salvo manifestación de voluntad expresa en contrario.

A partir de este precepto, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, entiende complementarios –en cuanto fuente del derecho- a los usos y prácticas comerciales, de manera que, *a priori*, los INCOTERMS y los Principios UNIDROIT se incorporan en la CIGS a través del artículo 9 (2), pues reflejan los usos y términos comerciales internacionales regularmente aceptados. En otras palabras, la Convención de Viena reconoce inequívocamente la importancia primordial de usos como fuente de derecho para las transacciones y el impacto que estos tienen en los contratos internacionales.

Profundizando en este tema, vemos que se trata de dos tipos de usos, aquellos que las partes han “acordado” explícitamente (9.1); y aquellos que son tácitamente aplicables al contrato (9.2). Con ello, la convención ubica a los usos y prácticas en el mismo sitial que la autonomía de las partes, lo que les da un estatus superior a las propias normas de la convención, de manera que aquéllas se entienden complementarias a la autonomía de las partes y los usos comerciales. La validez de los usos se entiende fuera del ámbito de la Convención, ésta se refiere únicamente a su aplicabilidad, como consecuencia de ello, aquélla se rige por la legislación nacional aplicable.

Siendo vinculantes los usos descritos en el artículo 9.2 se entiende que éstos deben ser conocidos por las partes y regularmente observados en el comercio internacional. Estos usos prevalecen sobre las disposiciones contradictorias de la Convención. Con todo, a partir de la autonomía de la voluntad, los usos y prácticas establecidas entre las partes debieran prevalecer sobre los usos a que se refiere el precepto en cita (9.2).

La convención no define “prácticas establecidas entre las partes”. En general, los usos se deben observar en al menos una rama de la industria, mientras que las prácticas, en el sentido del artículo 9 de la CIGS, se establecen entre las partes con independencia de aquélla. En tal entendido, las prácticas son las que ocurren con cierta frecuencia y durante un cierto período de tiempo entre las partes, de manera que éstas pueden asumir de buena fe que tal conducta será observada en un caso similar. Ejemplos de ello son el desconocimiento de los plazos de preaviso, la prestación de ciertos descuentos en efectivo sobre el pago inmediato, tolerancias de entrega, entre otras<sup>6</sup>.

No hay diferencia en la asignación de la carga de la prueba en los artículos 9 (1) y (2), la parte que alega la existencia de un uso tiene que demostrar los elementos que se requieren, al menos en aquellos sistemas jurídicos que consideran el tema como una cuestión de hecho. Si la parte que soporta la carga no cumple con ella, un presunto uso no puede ser obligatorio.

### 2.3. En relación a la autonomía de la voluntad de las partes.

En lugar de reflejar la falta de confianza en sus propias normas, el artículo 6 de la convención reconoce expresamente la regla de la autonomía de la voluntad, señalando que las partes de un contrato internacional son libres de elegir la ley aplicable. Con ello, la CIGS reconoce libertad a las partes, pudiendo remitirse para tal objeto a la *lex mercatoria*, a la convención o parte de la misma, o a una norma nacional. En otras palabras, de acuerdo a esta disposición, las partes podrían excluir la aplicación de la Convención (total o parcialmente), establecer excepciones a sus disposiciones o derechamente elegir otras normas aplicables. Por lo tanto, incluso si la Convención fuese aplicable

6 Varias decisiones proporcionan ejemplos de prácticas vinculantes en virtud del artículo 9.1. Un grupo arbitral ha encontrado que un vendedor estaba obligado a entregar piezas de repuesto rápidamente debido a que se había convertido en “práctica normal” entre las partes. En otro caso, un vendedor italiano había sido llenado de pedidos del comprador durante muchos meses sin investigar si la solvencia del comprador; a partir de entonces, el vendedor le asigna sus cuentas por cobrar a un factor exterior, y porque el factor no aceptó la cuenta del comprador, el vendedor suspendió su relación comercial con el comprador; un tribunal sostuvo que, sobre la base de una práctica establecida entre las partes, se requiere que el vendedor a tomar interés del comprador en cuenta en la reestructuración de su negocio, y por lo tanto el vendedor era responsable de la interrupción abrupta su relación con el comprador. En una diferente decisión, el mismo tribunal dictaminó que un vendedor no puede invocar la regla en la CIGS el artículo 18, que establece que el silencio no equivale a la aceptación ya que las partes habían establecido una práctica en la que el vendedor lleno de pedidos del comprador sin aceptar expresamente. En otra decisión, otro tribunal dictaminó que las prácticas establecidas entre las partes pueden dar lugar a la necesidad de cumplir con ciertos requisitos de forma, a pesar de la Convención se basa en el principio de la informalidad. En un caso, un tribunal arbitral confirmó las prácticas establecidas entre las partes en relación con la determinación del contenido del contrato a través del teléfono. En un caso diferente, un tribunal tuvo en cuenta la reclamación de una parte la reserva de dominio por el vendedor equivalía a una práctica establecida entre las partes, ya que ninguna prueba se le dio de dicha práctica. En otro caso relativo a la incorporación de condiciones generales de contratación, un tribunal declaró que “[s]i [Comprador]’s contra-oferta no fue aceptada expresamente por el [vendedor], era sin embargo común que el [vendedor] aceptó las órdenes del [comprador] y entregado de acuerdo a la misma, a pesar de que [vendedor] no había respondido a ellos. Esto llevó a la corte que indique que esto equivalía a las prácticas establecidas entre las partes, con la consecuencia de que “el fin de la [Comprador] fue la base para el contrato y las condiciones generales habían sido incluidos de manera efectiva. Véase: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/cisg-toc.html>

obligatoriamente, los tribunales deben determinar que las partes han excluido o establecido excepciones a sus disposiciones.

Frente a lo anterior, debemos recordar que en el Derecho de la contratación internacional se ha señalado que la autonomía de la voluntad presenta un doble rol o alcance, esto es, material o sustantivo y conflictual<sup>7</sup>. Desde la primera mirada, se entiende que las partes son competentes para determinar el contenido del contrato, lo que supone reconocer la naturaleza supletoria de las normas legales respectivas, sin perjuicio de los límites que las normas de orden público que sean aplicables. Ello se enmarca en el principio de libertad contractual material, que se regula expresamente en los Principios de UNIDROIT (Art. 1.1) reconociendo que los contratantes son libres para celebrar un contrato y determinar su contenido<sup>8</sup>. De acuerdo a la autonomía conflictual, en cambio, las partes pueden escoger la ley que regirá el contrato, lo que genera cierta seguridad jurídica preventiva en el sentido que evita conflictos posteriores y facilita la determinación de la ley aplicable al juez ante quien se demande la causa que eventualmente se origine, además de facilitar la realización de los intereses materiales de las partes en el sentido que les permite escoger el derecho que resulte más adecuado para resolver sus intereses y satisfacer sus necesidades, lo que de acuerdo con la doctrina permite ahorros en costos de transacción y de información<sup>9</sup>.

Ahora bien, al permitir que las partes puedan excluir la Convención o establecer excepciones a sus disposiciones, se afirma el principio de la autonomía de la voluntad como fuente primaria, para los contratos de ventas internacionales es la autonomía de las partes. Por lo tanto, los redactores reconocieron claramente la naturaleza no obligatoria de la convención y el papel central que juegan las decisiones de las partes en el comercio internacional. *A contrario sensu*, esta misma autonomía permite a las partes elegir la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías cuando no se den los supuestos obligatorios de aplicación.

Por otra parte, el artículo 6 distingue entre exclusión de la aplicación de la Convención en su totalidad o de forma parcial, estableciendo algunas excepciones, por ejemplo, cuando un contratante regido por la Convención tiene su domicilio social en un Estado que haya formulado una reserva en virtud del artículo 96, las partes no podrán establecer excepciones o modificar los efectos del artículo 12. En tales casos, cualquier disposición que permite a un contrato de venta o su modificación o extinción por mutuo acuerdo o cualquier oferta, aceptación u otra indicación de la intención de hacerse en cualquier forma que no sea por escrito no se aplica. Asimismo, las partes no pueden

7 DE MIGUEL ASENSIO, PEDRO ALBERTO, "Contratación Comercial Internacional", en "Derecho de los negocios internacionales, José Carlos Fernández Rozas; Rafael Arenas García; Pedro Alberto de Miguel Asensio, 3ª edición, Iustel, Madrid, 2011, p. 317.

8 Oviedo Albán, "Estudios Sobre Compraventa internacional de Mercaderías. Aplicaciones jurisprudenciales", ed. Académica Española, p., 44, quien además señala que "Se pueden destacar las siguientes anotaciones contenidas en el comentario del que viene acompañado dicho artículo: El principio de libertad de contratación es de fundamental importancia en el comercio internacional. Así como los comerciantes gozan del derecho de decidir libremente a quien ofrecer sus mercaderías o servicios y por quien quieren ser abastecidos, también tienen libertad para acordar los términos de cada una de sus operaciones. Esta libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad."

9 Sobre este punto, Oviedo Albán, op. Cit., p. 44., y sobre la materia en general, ver entre otros; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, "El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones Escogidas", en Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 1, n° 2, (2009), pp. 60 a 61. CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS; CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I, Colex, Madrid, 2009, pp. 119-123. CASTELLANOS RUIZ, ESPERANZA, El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles, Comares, Granada, 2009, p. 56. FÉLDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L., Contratos internacionales. Contratos celebrados por ordenador. Autonomía de la voluntad. Lex mercatoria, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 63 y 71 a 73. JACQUET, JEAN MICHEL; DELEBECQUE, PHILIPPE; CORNELOUP, SABINE, Droit du commerce international, 2e édition, Dalloz, Paris, 2010, pp. 206 a 207. LEIBLE, STEFAN "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales", en Cuadernos de Derecho Transnacional, v. 3, n° 1 (1999), pp. 217-218. LEIBLE, ob. cit., p. 220. MARRELLA, FABRIZIO, "Autonomía privada e contratti internazionali", en, Autonomia contrattuale e diritto privato europeo, a cura di Gianluca Sicchiero, Cedam, Milano, 2005, p. 224.

establecer excepciones a las disposiciones de derecho internacional público de la Convención, es decir, los artículos 89 a 101.

Las partes pueden excluir expresamente la aplicación de la Convención a través de la incorporación de los términos del contrato estándar. Cuando las partes excluyen expresamente la Convención como ley aplicable y no señalan otra en su reemplazo, la ley aplicable será la designada por las normas de derecho internacional privado del foro. Por su parte, se puede admitir la posibilidad que la exclusión sea implícita siempre que la intención de las partes sea clara y real, a modo de ejemplo, cuando se escoge como ley aplicable exclusivamente la ley de un Estado determinado. Esta situación, sin embargo, deja algunas zonas grises, así por ejemplo se ha planteado la interrogante si se puede entender excluida la convención cuando las partes litigan en una disputa únicamente sobre la base de la legislación nacional, a pesar del hecho de que todos los requisitos para la aplicación de la Convención se encuentran satisfechos, en otras palabras, el mero hecho que las partes basen sus argumentos en el derecho interno basta para excluir la CIGS? Consideramos que no, pues ello puede deberse únicamente a un error en el conocimiento de la normativa aplicable. En el mismo sentido podemos comprender que el hecho de que las partes incorporen un Incoterm en su acuerdo tampoco constituye una exclusión implícita de la Convención.

### 3.- En relación al rol de la *lex mercatoria* en la interpretación de la CIGS.

La CIGS está destinada a adaptarse a las circunstancias cambiantes. Su modificación es prácticamente imposible por los obstáculos sustanciales existentes. En base a ello, las disposiciones de la Convención son lo suficientemente flexibles como para ser viable sin modificación formal durante un largo periodo de tiempo. La Convención, por lo tanto, debe considerarse como un sistema autónomo y capaz de generar nuevas reglas. Esta característica de la Convención se refleja en el artículo 7, de conformidad al cual:

*“Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad a los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad a la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado”.*

El artículo 7 constituye una norma que refleja la tendencia actual en el derecho comercial internacional. Se divide en dos partes, la primera, especifica una serie de consideraciones que deben tenerse en cuenta en la interpretación de la Convención, tales como su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación; la segunda describe la metodología para abordar los “huecos” de la Convención, es decir, materias regidas por esta Convención que se encuentran expresamente resueltas en ella. La expresión “derecho internacional privado” utilizado en los artículos 1 (1) (b) y 7 (2) ha de entenderse como una referencia al carácter internacional de la Convención, de manera que prohíbe foros de interpretación de la Convención sobre la base de la legislación nacional. En su lugar, los tribunales deben interpretar la Convención de forma “autónoma”, esto requiere que se liberen de la aplicación de las instituciones y las disposiciones de las leyes nacionales o locales, pues la Convención debe ser aplicada e interpretada exclusivamente en base a sus propios términos teniendo en cuenta los principios que la nutren. De acuerdo a esta disposición, la Convención debe interpretarse de una manera que promueva la observancia de la buena fe en el comercio internacional<sup>10</sup>.

10 En tal sentido, numerosas disposiciones recogen este principio: Artículo 16 (2) b, el que hace una oferta irrevocable si era razonable para el destinatario que aspira a contar con la oferta se mantiene abierto y haya actuado en función de la oferta; Artículo 21 (2), que se ocupa de una aceptación tardía que fue enviada en circunstancias tales que, de haber sido su transmisión normal, se habría llegado al oferente a su debido tiempo; Artículo 29 (2), que en ciertas circunstancias se opone a una parte invoque una disposición contractual que requiera modificaciones o extinciones del contrato conste por escrito; los artículos 37 y 46, sobre el derecho de un vendedor a subsanar los casos de incumplimiento de las mercancías; el artículo 40, que se opone a un vendedor de confiar en el hecho de que el comprador de dar aviso de la falta de conformidad de acuerdo con los artículos 38 y 39 si la falta de conformidad se refiere a hechos que el vendedor conocía o no podía ignorar y que lo hizo no revelar al comprador; Artículo 47 (2), artículo 64 (2), y el artículo 82, sobre la pérdida del derecho a declarar resuelto el contrato; los artículos 85 a 88, que impone a las obligaciones de las partes para preservar los bienes.

En virtud del artículo 7.2, las lagunas en la Convención, es decir, aquellas materias que la Convención no regula, debieran ser llenadas sin recurrir a la legislación nacional, sino más bien de conformidad con los principios generales de la Convención, con el fin de garantizar la uniformidad en su aplicación. Sólo cuando ello no puede lograrse, se podrá recurrir, como último recurso, a la ley nacional u otras convenciones aplicables para resolver estas cuestiones. Por lo tanto, la Convención impone una mirada introspectiva para interpretar las normas, de manera tal que las soluciones deben ser buscadas primero dentro del propio sistema.

Uno de los principios generales en los que se basa la Convención es la autonomía de las partes, este principio se confirma en su artículo 6, tal como ya expresamos. La buena fe también es uno de estos principios, en virtud de él se obliga, por ejemplo, a las partes a que cooperen entre sí e intercambiar información relevante para el cumplimiento de sus respectivas obligaciones. En el mismo sentido se encuentra el principio de *venire contra factum* que nace de la buena fe, o de plena compensación por las pérdidas en caso de incumplimiento. Por su parte, también podemos entender en esta línea el principio de la informalidad, evidenciado en el artículo 11, que constituye un principio general en que se basa la Convención. De este principio se deduce, entre otras cosas, que las partes son libres de acordar, modificar o terminar su contrato verbalmente, por escrito o en cualquier otra forma.

La regla del envío establecida en el artículo 27 se aplica a las comunicaciones entre las partes después de que han llegado a la conclusión de un contrato. Bajo esta regla, una notificación, solicitud u otra comunicación entra en vigor tan pronto como las que declaran los comunicados del partido desde su propia esfera de control a través de un medio adecuado de comunicación. Esta regla se aplica a un aviso de no conformidad o de reclamaciones de terceros (artículos 39, 43); a las demandas de un rendimiento específico (artículo 46), la reducción del precio (artículo 50), daños (artículo 45, párrafo 1 (b)) o de intereses (artículo 78); a una declaración de resolución (artículos 49, 64, 72, 73); a un aviso que se fija un período adicional para el rendimiento (artículos 47, 63); y para otras notificaciones previstas en la Convención, tales como los descritos en el artículo 32 (1), artículo 67 (2), y el artículo 88. La jurisprudencia establece que el principio de envío es un principio general que subyace en la parte III de la Convención, y por lo tanto también se aplica a cualquier otro tipo de comunicación que las partes pueden haber previsto en su contrato a menos que hayan acordado que la comunicación debe ser recibida para ser eficaz.

Otro principio general reconocido por la jurisprudencia es el que informa el artículo 9 (2), en tanto las partes están obligadas por los usos que ellos sabían o debían saber, y que en el comercio internacional son ampliamente conocidos y regularmente observados. Otras decisiones han identificado que el artículo 40 establece un principio general de la Convención aplicable para resolver los problemas pendientes de resolución en virtud de la Convención. Tal precepto sería una expresión de los principios de comercio justo que subyace en otras disposiciones de la Convención, de forma que sería indirectamente aplicable por medio del artículo 7 (2). Asimismo, se entiende que la Convención favorece la defensa del contrato y favorece la posibilidad de rescisión una vez que la mercancía se entrega. El mismo resultado prevalece cuando la imposibilidad de cumplimiento es sólo temporal. En las ventas internacionales, los altos costos suelen prever la negociación entre las partes en el curso del desempeño, en este contexto, la Convención implica un deber de cooperación y el deber de comunicar toda la información pertinente entre las partes contratantes.

Finalmente, hemos de considerar que los principios generales de la Convención se han incorporado en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, de manera tal, que aun cuando estos principios son posteriores a la Convención (1994), se entienden aplicables por cuanto ellos recogieron las bases de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Se trata de principios en el sentido propio del artículo 7.2 de la CIGS, aplicables tácitamente a los contratos.

La aplicación de las leyes nacionales constituye una excepción, pues lo que se pretendió fue evitar fue precisamente que los conflictos de este tipo se resuelvan acudiendo a normas estatales. En este

orden de ideas, en virtud de la CIGS la *lex mercatoria* es una fuente aplicable para las transacciones internacionales, ya sea directamente como usos y principios comerciales, o indirectamente a través de la aplicación de la autonomía de las partes en el contrato. Más allá de ello, la propia Convención constituye una forma de materialización de la *lex mercatoria* y es por ello que otorga tanto valor a los usos, prácticas y principios que la inspiran y que emergen del tráfico comercial internacional. En efecto, la Convención es ante todo un reconocimiento por parte de los Estados de la enorme importancia de las prácticas comerciales existentes a las que el Convenio da fuerza de ley.

La relación entre la Convención y la *lex mercatoria* se puede resumir entonces, a partir de una jerarquía normativa aplicable a un contrato internacional de conformidad con la Convención. En tal sentido, el orden sería el siguiente: a. La autonomía de la voluntad de las partes; b) y los usos y prácticas comerciales acordados por las partes (art 9.1); c. Los usos tácitamente aplicables (9.2); d. Los “principios generales” en los que se basa la Convención (artículo 7); e. Si no se identifican tales principios, las normas aplicables en virtud de las normas de conflicto del foro (art. 7.2).

#### 4.- ¿En qué casos podría aplicarse la CIGS como *lex mercatoria*?

##### 4.1. Supuestos de aplicación de la Convención de Viena.

El elemento característico de esta convención, y que viene a ser el más relevante en torno a su aplicabilidad y seguridad jurídica, está dado por considerar un elemento objetivo de internacionalidad vinculado al lugar del establecimiento de las partes, de tal modo que resulta aplicable cada vez que aquéllas tienen establecimientos en países distintos, sin observar su nacionalidad<sup>11</sup>. La Convención implica que aquélla resulta directamente aplicable cuando concurren los factores que determinan su concurrencia, sin embargo, el carácter dispositivo de las mismas normas permite que las partes puedan prescindir de ella.

##### *Artículo 1*

1. *El presente Convenio se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: (a) Cuando los Estados sean Estados Contratantes; o (b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.*

2. *El hecho de que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes no tomarse en cuenta cuando ello no resulte del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes o en la celebración del contrato.*

3. *ni la nacionalidad de las partes ni el carácter civil o comercial de las partes o del contrato ha de tomarse en consideración para determinar la aplicación de la presente Convención.*

Esta disposición debe complementarse con los artículos 2 y 3 que se refieren al ámbito sustantivo de aplicación de la Convención y la esfera temporal del Convenio que define el artículo 100.

La Convención prevalece sobre el recurso al derecho internacional privado del foro, de este modo, cada vez que nos encontremos con un contrato comercial internacional, los tribunales no pueden recurrir a su propio derecho sustantivo para resolver las controversias que surjan de dicho contrato,

11 Esto ha sido ratificado en diversos fallos arbitrales, por ejemplo en el laudo arbitral 59/1995, expedido por la Cámara Búlgara de Comercio e Industria, el 16 de febrero de 1998, en un caso relativo a un contrato celebrado por un vendedor búlgaro y un comprador argentino para la compraventa de cojinetes de bolas, el tribunal sostuvo que la Convención de Viena no era aplicable al contrato por cuanto no se probó que las partes tuvieran sus establecimientos en Estados diferentes. Versión inglesa disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/> En un caso sometido a la Corte Suprema austríaca, en fallo del 15 de octubre de 1998, se decidió que la nacionalidad de las partes (en este caso, la nacionalidad austríaca) no es un elemento relevante al momento de determinar la aplicabilidad de la Convención de Viena, y, dado que las partes tenían sus establecimientos en Estados diferentes (Italia y Austria), consideró que la Convención era el derecho material aplicable al caso. Extracto de la versión inglesa disponible en: <http://www.unilex.info/>. “The Supreme Court remanded the case to the court of first instance, holding that the place of business of the parties in different contracting States and not the citizenship of the parties was relevant for a determination as to whether the CISG applied to the case”. En: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981015a3.html>

deben revisar previamente si la Convención de Viena sobre CIGS es aplicable. Este instrumento no se aplica a todos los tipos de contratos para la venta internacional de mercancías; más bien, su ámbito de aplicación se limita a los contratos para la venta de los productos que reúnan el requisito de la internacionalidad específica establecida en el artículo 1°. De conformidad con esta disposición, un contrato para la venta de mercancías es internacional cuando las partes tienen, en el momento de la conclusión del contrato, sus principales establecimientos en Estados diferentes, o –lo que es igual– sus lugares principales de negocio o trabajo. Podemos considerar como tal, el lugar desde el cual una actividad de negocio es de hecho llevado a cabo, lo que requiere una cierta duración y estabilidad, así como un cierto grado de autonomía, del mismo modo, si se trata de un lugar en que hay una organización empresarial estable y permanente y no el lugar donde se han realizado sólo los preparativos para la celebración de un contrato de acuerdo a un tribunal. El simple lugar de contratación no constituye un lugar de negocios; tampoco lo hace la localidad donde han tenido lugar las negociaciones.

De acuerdo con el artículo 1.2 la internacionalidad es irrelevante si el hecho que las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes no resulta del contrato, ni de los tratos entre ellas, ni de información revelada por las partes en cualquier momento antes o en la conclusión del contrato, por lo tanto, la Convención protege la confianza de las partes en lo que parece ser un entorno doméstico para una transacción. La parte que afirma que la Convención no es aplicable porque la internacionalidad del contrato no fue aparente debe probar su afirmación.

El requisito de la internacionalidad no se cumple cuando las partes tengan sus establecimientos pertinentes en empresas de un mismo país. Esto es cierto incluso en el evento que tengan diferentes nacionalidades, pues el artículo 1.3 afirma que la nacionalidad de las partes no puede ser tomada en consideración para determinar la aplicación de la presente Convención. A los efectos de la aplicabilidad de la Convención, el carácter civil o comercial de las partes también es irrelevante.

La internacionalidad de un contrato para la venta de bienes, por sí sola, no es suficiente para la aplicación del Convenio. El artículo 1° enumera dos criterios alternativos adicionales para la aplicación, uno de los cuales tiene que cumplir con el fin de la Convención en cuanto a aplicar como parte de la ley del foro, de acuerdo con el criterio establecido en el artículo 1 (1) (a), la Convención es “directamente” o “autónomamente” aplicable, es decir, sin la necesidad de recurrir a las normas de derecho internacional privado cuando los Estados en los que las partes tienen sus principales establecimientos son Estados contratantes. Además, las partes deben tener su establecimiento pertinente en un Estado contratante. Si los dos Estados en los que las partes tienen sus establecimientos son Estados Contratantes, la Convención se aplica incluso si las normas de derecho internacional privado del foro normalmente designa como la ley de un tercer país, a menos que las partes hayan designado una ley específica con la intención de excluir la Convención, de conformidad con el artículo 6.

El momento en que un Estado se convierte en contratante se determina en el artículo 99 y las reglas temporales para la aplicación de la Convención en virtud del artículo 1 (1) (a) se exponen en el artículo 100. Para que el Convenio se aplique en virtud del artículo 1 (1) (a), también hay que tener en cuenta si los Estados en los que las partes tienen su establecimiento pertinente han efectuado reservas, así, si un Estado ha hecho una reserva al artículo 92 y declara que no se considera obligado por una parte concreta de la Convención, la Convención en su conjunto no puede ser aplicable en virtud del artículo 1 (1) (a). Más bien, se debe determinar sobre la base del artículo 1 (1) (b) si la parte de la Convención a la que se refiere la reserva se aplica al contrato. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, si una parte se encuentra en un territorio de un Estado Contratante en relación con los cuales el Estado ha declarado, de conformidad con el artículo 93, que la Convención no se aplica sobre la base del artículo 93.

También puede ser aplicable la Convención, en virtud del artículo 1 (1) (b), en el que sólo una o ninguna de las partes tiene su establecimiento pertinente en un Estado contratante y las normas de derecho internacional privado de ese Estado hacen aplicable la CIGS. También es aplicable la

convención en virtud de la autonomía de la voluntad. Con todo, la elección de la Convención en los casos en que de otro modo no sería aplicable, no pueden anular las disposiciones de orden público aplicables. Cuando las partes no hicieron una elección de ley o su elección no es válida, habría que recurrir a las normas de derecho internacional privado del foro de conexión para determinar qué ley se aplica, y por lo tanto, si la Convención es aplicable en virtud del artículo 1 (1) (b)<sup>12</sup>. En tal sentido, debemos también considerar lo señalado en el artículo 28 de la Ley Modelo de arbitraje comercial internacional, tal como veremos más adelante.

El Convenio se aplica a los contratos para la venta de mercancías, con independencia de la etiqueta que se da al contrato por las partes. A pesar de que la Convención no proporciona ninguna definición de este tipo de contrato, un sistema autónomo puede derivar de los artículos 30 y 53, por lo tanto, un contrato para la venta de productos cubiertos por la Convención puede ser definido como un contrato en virtud del cual una parte (el vendedor) se obliga a entregar los bienes y la transferencia de la propiedad de los bienes vendidos y la otra parte (el comprador) está obligado a pagar el precio y aceptar las mercancías. La esencia del contrato regido por la Convención radica en los bienes que se intercambian por dinero. El Convenio abarca los contratos para la entrega de los bienes a plazos, como puede derivarse del artículo 73 de la Convención, y los contratos que prevén la entrega de las mercancías vendidas directamente desde el proveedor hasta el cliente del vendedor de conformidad con el artículo 29, los contratos de modificación también caen dentro del ámbito de aplicación material de la Convención. Asimismo, el artículo 3 contiene una regla especial que se extiende -dentro de ciertos límites- al ámbito sustantivo de la Convención de aplicación a los contratos para la venta de bienes a ser manufacturadas o producidas, así como a los contratos en virtud de la cual el vendedor también está obligado a entregar los trabajos o servicios.

Derivado de lo anterior, la Convención no se aplica a los acuerdos de distribución, ya que estos se centran en la “organización de la distribución” en lugar de la transferencia de la propiedad de los bienes. Los acuerdos de franquicia también caen fuera del ámbito de aplicación de la Convención. Según algunos tribunales arbitrales, la Convención no se aplica a las transacciones de trueque. De acuerdo a un tribunal de arbitraje diferente, la Convención hace regular las transacciones de trueque.

La Convención no define “bienes”, lo que no implica que debamos recurrir a la propia definición nacional. A la luz del artículo 7 (1) el concepto de “bienes” debe interpretarse de manera autónoma, a la luz de “carácter internacional” de la Convención y “la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación”. Se trata de elementos móviles y tangibles, independientemente de su forma y si son sólidos, nuevos o usados, inanimados o vivos. Los intangibles, tales como los derechos de propiedad intelectual, derechos de llave, una participación en una sociedad de responsabilidad limitada, o una deuda asignada, no queda en el concepto de la Convención.

En resumen, se pueden identificar criterios de aplicación formales de la convención<sup>13</sup> como ocurre con la aplicación impositiva, es decir, cuando la aplicabilidad del instrumento depende de factores

12 De conformidad con el artículo 4 (1) de la Convención de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, en ausencia de una opción válida de la ley, se tiene que aplicar la ley “más estrechamente vinculado” al contrato; de acuerdo con el artículo 4 (2), se presume que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en el que la parte que deba realizar la prestación característica del contrato tiene su residencia habitual en el momento de celebración del contrato. Por esta razón, la Convención menudo se ha aplicado por los tribunales de los Estados contratantes del Convenio de Roma cuando el vendedor, que es la parte que tiene que realizar la prestación característica, tenía su domicilio social en un Estado Contratante de la CIGS en virtud del Convenio de la Haya de 1955, en ausencia de una elección de la ley la ley de que el vendedor se aplica, salvo en los casos en que el vendedor recibe la orden de los productos en el país del comprador, en cuyo caso la ley del comprador gobierna.

13 FERRARI, FRANCO (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Sellier, Munich, 2008, *Passim*. En esta obra se encuentran una serie de reportes sobre la influencia de la Convención en diferentes países del mundo. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 146 a 147. SCHULZE, REINER, “Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti”, en *Rivista di diritto civile*, 1, (2004), *Passim*. En la reforma al BGB resulta importante destacar la influencia ejercida por la Convención en materia de acciones por vicios ocultos, con el fin de armonizarlas con las de incumplimiento. Véase al respecto ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN, *Un nuevo derecho de obligaciones: la reforma 2002 al*



objetivos que dispone el propio instrumento; y la aplicación dispositiva, que es aquella que se deriva de la propia voluntad de las partes para que determinado instrumento sea aplicado. En el primer caso, la CIGS presenta tres criterios de aplicación, a saber: La aplicación *rationae loci* o factor geográfico (Art. 1°), la aplicación *rationae materiae* o factor material y la aplicación *rationae temporis* o factor temporal. En tal sentido, la Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes: a) cuando esos Estados sean Estados Contratantes; o b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado Contratante. Este factor geográfico contenido en la Convención también contempla la situación por medio de la cual una norma de derecho internacional privado, frente a un contrato específico, prevea la aplicación de la ley de un Estado Contratante. Frente a la aplicación *rationae materiae* o factor material la Convención regula la compraventa internacional de mercaderías, al respecto la Convención dispone que tipo de compraventas no regula ciertas materias, lo que describe en su artículo 2°. <sup>14</sup> Por último la aplicación *rationae temporis* o factor temporal de la Convención se encuentra regulado en el artículo 100 de la Convención <sup>15</sup> y establece que la Convención solo rige para ofertas hechas o contratos celebrados después de la entrada en vigor de la convención en los Estados en los que las partes tienen sus establecimientos.

Del mismo modo, también puede ser aplicables por los árbitros, si las partes no la han señalado como ley de fondo y estime que esta fuente normativa es la adecuada. De este modo, la Convención de Viena puede ser aplicable de manera obligada, por encontrarnos en un supuesto de aplicación descrito en la propia Convención; por voluntad de las partes; o por el árbitro que resuelve la controversia.

##### 5.- Aplicación de la CIGS como *lex mercatoria* en el arbitraje comercial.

Descartada la aplicación de la Convención de Viena como ley de fondo aplicable por factores impositivos o dispositivos, cabe la posibilidad que aquella sea aplicada como *lex mercatoria* en dos supuestos de arbitraje comercial internacional: a. Las partes aluden en su contrato de compraventa comercial internacional a la aplicación de la *lex mercatoria* o a los principios generales venidos del comercio internacional, como ley de fondo o como elemento integrador de las leyes elegidas para regular el asunto; b. El árbitro, frente a la ausencia de la voluntad de las partes, como complemento de aquella o por imperativo legal, aplica, para resolver el litigio, usos, prácticas y/o principios venidos de la CIGS. El principal uso de la CIGS en cuanto *lex mercatoria* se realizará precisamente como dispositivo interpretador o integrador de lagunas.

Ambas posibilidades se desprenden fundamentalmente de las atribuciones conferidas a los tribunales arbitrales por la ley que rige el arbitraje, la que normalmente imita a la ley modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). Esta ley plantea en su artículo 28 lo siguiente:

*Artículo 28. Normas aplicables al fondo del litigio:*

BGB”, en Anuario de Derecho Civil, (2002), en esp. pp. 1139, 1142.

14 Artículo 2 La presente Convención no se aplicará a las compraventas: a) de mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico, salvo que el vendedor, en cualquier momento antes de la celebración del contrato o en el momento de su celebración, no hubiera tenido ni debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías se compraban para ese uso; b) en subastas; c) judiciales; d) de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero; e) de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves; f) de electricidad. Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

15 Artículo 100 1) La presente Convención se aplicará a la formación del contrato sólo cuando la propuesta de celebración del contrato se haga en la fecha de entrada en vigor de la Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) del párrafo 1) del artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha. 2) La presente Convención se aplicará a los contratos celebrados en la fecha de entrada en vigor de la presente Convención respecto de los Estados Contratantes a que se refiere el apartado a) el párrafo 1) del artículo 1 o respecto del Estado Contratante a que se refiere el apartado b) del párrafo 1) del artículo 1, o después de esa fecha. Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980.

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

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

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.

En lo medular, la ley modelo adopta como primer factor de conexión la autonomía de la voluntad, entregando a las propias partes de la relación jurídica, la facultad para escoger el ordenamiento que la regulará, lo que constituye una práctica generalizada en materia contractual. Las partes podrían escoger un determinado derecho estatal, que es lo más frecuente en la práctica; alguna de las normas que contempla la *lex mercatoria*, como serían los principios generales del derecho, los principios *Unidroit*, usos y prácticas comerciales, entre otros; o la combinación de leyes nacionales y *lex mercatoria*, esta última como elemento integrador del primero.

Tal como señalamos antes, la autonomía de la voluntad, en cuanto factor de conexión, corresponde a lo que la doctrina de derecho internacional privado denomina *autonomía conflictual*, distinguiéndola así de la *autonomía material*. Ciertamente ambas se encuentran estrechamente conectadas, pero mientras la primera se refiere a la posibilidad que las partes elijan el derecho aplicable al contrato, designando un ordenamiento jurídico entre cuyas normas deberá el juez encontrar las soluciones materiales pertinentes; la segunda implica la facultad de incorporar al propio contrato, normas materiales particulares, sea que las hayan recogido de una o más legislaciones nacionales, sea que las hayan creado ellas mismas. En el primer caso, la amplitud de las facultades de las partes es más reducida, pues sólo pueden escoger un ordenamiento jurídico, sin posibilidad de excluir las normas imperativas en él contenidas<sup>16</sup>; en el segundo, en cambio, las partes no sólo están habilitadas para elegir un ordenamiento jurídico, sino que también para excluir normas imperativas del derecho escogido, de manera que en ejercicio de la autonomía conflictual las partes pueden crear normas de conflicto, mientras que en ejercicio de la autonomía material, pueden hacer lo propio con normas materiales<sup>17</sup>.

Más allá de ello, debemos considerar que en el ejercicio de esta libertad, las partes pueden escoger distintas leyes aplicables para las diferentes partes del contrato. Es lo que se ha denominado *dépeçage* o fraccionamiento legislativo consistente en la aplicación a distintos elementos del contrato, de diferentes normas. Sobre esta materia se han generado ciertas tensiones relativas a la elección de una ley no estatal o la elección de un ordenamiento desvinculado objetivamente con el contrato. En nuestra consideración, habrá de cuidar la coherencia entre estas leyes velando por el resultado global del contrato. En este caso, es al árbitro a quien le corresponderá, en último caso, realizar este análisis<sup>18</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, se reconocen ciertos límites a este principio, como son, que se trate de una materia disponible; que se respeten las normas de policía o de aplicación necesaria de la *lex fori*; que no se contravenga el orden público; y, ligado a ello, que la designación no sea constitutiva de fraude a la ley.

La elección que efectúan las partes sobre las normas aplicables puede ser expresa o tácita. En este último caso, se da esta posibilidad si las partes hayan empleado en un contrato una cláusula prevista

16 Cfr. Esplugues Mota, Carlos, 1994, "Régimen jurídico de la contratación en el Derecho del comercio internacional", en *Contratación internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 38-39.

17 Villarroel Barrientos, Carlos y Villarroel Barrientos, Gabriel, 1990, "Determinación de la ley aplicable a los derechos y obligaciones emanados de los contratos internacionales", en *Revista Chilena del Derecho*, N°17 (2), pp. 354-355.

18 Junto con la elección de la ley aplicable al fondo del asunto, se elige además la ley aplicable al procedimiento, la sede del arbitraje, el idioma del arbitraje, la forma en que el árbitro debe fallar el asunto, entre otros aspectos en que prima la autonomía de la voluntad de las partes.

por el ordenamiento de un Estado determinado o escogido una institución arbitral ubicada en ese mismo Estado y el territorio del mismo es el lugar en que el contrato debe cumplirse<sup>19</sup>. No se exige que la ley tenga vinculación con la nacionalidad de las partes, de manera que puede tratarse de cualquier ordenamiento o normativa. En este orden de ideas, se aprecia además la intención de rechazar el sistema de reenvío.

En ausencia de la voluntad de las partes, se concede al tribunal arbitral la posibilidad de aplicar directamente el derecho que considere más idóneo, debiendo dilucidar cuáles son las normas de conflicto llamadas a designar el derecho material<sup>20</sup>. Dado que no se entregan criterios sobre el particular, el árbitro puede aplicar las normas que considere pertinentes, incluso si no forman parte del Derecho internacional Privado de la *lex fori*<sup>21</sup>. En esta línea, tendrá especial importancia el criterio de la ley más estrechamente vinculada con el contrato y el litigio<sup>22</sup>. De este modo, si de los antecedentes resulta que la relación jurídica se encuentra mayormente conectada con el ordenamiento de un tercer Estado, serán las normas de conflicto de su legislación las llamadas a determinar el derecho aplicable<sup>23</sup>.

Como se puede observar, esta norma confiere amplia discreción al árbitro, lo que ha llevado a un elevado nivel de desconexión de los procedimientos arbitrales respecto de su sede, pues los árbitros no tienen la necesidad de acudir a las normas de conflicto de dicho Estado para determinar la ley aplicable. Este proceso de deslocalización del arbitraje ha encontrado apoyo tanto en normas arbitrales (Art. 28 LMA), como en la práctica arbitral, generándose un acuerdo generalizado que los árbitros no tienen *lex fori*. De este modo, el árbitro goza de autonomía para escoger la norma de conflicto y decidir si el recurso a una norma de conflicto, en sí misma considerada, es necesaria. Es decir, el método de determinación de la *lex contractus* no se ve constreñido por la necesidad de actuar de acuerdo a un conjunto específico de normas nacionales sino que, por el contrario, elige directamente el Derecho aplicable<sup>24</sup>, por ello es conocido como el método de "*voie direct*"<sup>25</sup>.

Debido a la amplia autonomía conflictual de la que gozan las partes, se ha llegado a sostener que la ausencia de elección expresa de ley estatal reflejaría la voluntad de gobernar el contrato, en cuanto a la resolución de litigios, por un derecho no estatal<sup>26</sup>. En este punto cabe enfatizar, sin embargo, la relevancia que tiene la calidad con que es elegido el árbitro, pues tal elección puede ser en derecho o

19 Lando, Olé, "The Law Applicable to the Merits of the Dispute" en Sarcevic, *Essay on International Commercial Arbitration*, 1991, London, p. 137.

20 Este enfoque de la ley calificado como "cauteloso", ha sido justificado por la Comisión en el interés de las partes de poder prever con cierta certeza el derecho que el tribunal aplicará, teniendo en consideración además, que éstas podrían acordar ampliar el alcance de la determinación del tribunal. Véase Comentario Analítico sobre el proyecto de texto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General de la UNCITRAL, pp. 113-114 e informe de la UNCITRAL sobre la labor realizada en su 18° periodo de sesiones.

21 En otras leyes, como la 60/2003 de España, abandonan el razonamiento conflictual y de la aplicación de leyes de conflictos para, en su lugar, determinar la ley aplicable que resulte apropiada de acuerdo a la metodología directa que prefiera: análisis de intereses de las partes, búsqueda del derecho más adaptado a las circunstancias del caso, argumentos de justicia material, aplicación del derecho material de la *lex fori*, entre otros.

22 En algunos Estados se establece expresamente esta circunstancia, de forma tal que el árbitro deberá decidir conforme a las normas jurídicas con las que la controversia presente unos lazos más estrechos (Art. 187 de la ley Federal Suiza; Art. 834 del Código Procesal Italiano; y art. 1051.2 ZPO alemana). Como es sabido, este criterio está informado por el principio de proximidad, de modo que el árbitro o árbitros deberá determinar la ley que presente los vínculos espaciales más significativos del supuesto, sin que puedan intervenir en esta operación, consideraciones de carácter material, salvo de forma accesoria o complementaria. Véase: Miguel Checa Martínez, "Arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro", en *Estudios de Arbitraje: los temas claves*. Ed. La Ley, 2008, pp. 336 -339.

23 Lando, Olé, pp. 137-138.

24 A modo de ejemplo, puede revisarse Art. 21 Reglamento de arbitraje de la CCI; Art. 28 de la AAA; Art. 22.3 de las London Court of International Arbitration Rules; entre otras.

25 Sánchez Calero, S. "Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional", *Revista española de derecho internacional* (2009), Vol. LXI, N°1, pp. 39-74.

26 Fernández Rozas, J.C., "Lex mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2004, Vol IV, pp. 35-78.

equidad, si nada se establece, se entiende que es en equidad. Ello no es inocuo si se considera que el tribunal arbitral podría prescindir de la aplicación de reglas, acudiendo solamente al razonamiento y el sentido común, de manera que normalmente la posibilidad del árbitro para elegir la CIGS en cuanto *lex mercatoria* como derecho aplicable al conflicto, podrá tener lugar en este último caso; en el primero, en cambio, esta aplicación podrá ser más restringida, por ejemplo, para interpretar un derecho determinado o discernir alguna discrepancia.

Finalmente, en relación a la última frase de la disposición en comento que ordena al tribunal, en todos los casos “*tener en consideración las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles aplicables al caso*”<sup>27</sup>, debemos precisar sus alcances<sup>28</sup>. Este precepto genera una interrogante no menor, en la medida que la lectura literal de este párrafo nos obliga a pensar que esta decisión puede pasar incluso por sobre la voluntad de las partes. En otras palabras, el punto en discusión reside en ¿Qué sucede si las partes han elegido una ley aplicable y el árbitro decide aplicar usos comerciales?, ¿Qué debe primar, la voluntad de las partes o la elección del tribunal? Si consideramos que los usos pueden ser aplicados por la voluntad de las partes, implicaría aceptar la posibilidad de hacer aplicables normas que, aunque consuetudinarias, no han sido tenidas en vista por las partes. Lo anterior parece extraño si pensamos que las partes tenían tal posibilidad de elección y seguramente no lo estimaron conveniente. En nuestra opinión, una correcta interpretación de esta norma reside en comprender que los usos deben ser aplicados en subsidio o como complemento de la voluntad de las partes, cuando las normas elegidas no regulen algún aspecto del contrato o su regulación sea insuficiente, debiendo entonces colmarse el vacío por medio de tales usos<sup>29</sup>.

La decisión de respetar “en todo caso” las estipulaciones del contrato tiene sentido en la medida que se protege la integridad del contrato, de modo que podrían estimar como apropiada aquella que permita afirmar la validez de las estipulaciones contractuales; en otras palabras, en cuanto busque favorecer la validez sustancial de las partes del contrato<sup>30</sup>. Las normas imperativas plantean interesantes consideraciones sobre los límites del árbitro en la determinación de las normas jurídicas apropiadas, teniendo en cuenta especialmente el problema de la aplicabilidad de las normas imperativas de la *lex arbitri* o normas imperativas de un Estado vinculado con la controversia, debiendo determinar cuál prevalece.

Esto se justifica, además, por la flexibilidad del arbitraje, en el entendido que el árbitro, en función de los distintos tipos contractuales y sectores de la actividad comercial internacional, podrá identificar elementos de la *lex mercatoria* que aporten a la solución específica y satisfactoria del conflicto. Aquí surge una nueva interrogante en la medida que importará determinar si la *lex mercatoria* se encuentra subordinada a las leyes imperativas de la *lex contractus* estatal. La respuesta a esta interrogante depende del enfoque que se realice si existe un sistema cerrado de fuentes de la *lex fori*, la *lex mercatoria* estaría subordinada a esta última; mientras que si el sistema es amplio, la *lex mercatoria*

27 El contenido de este numeral corresponde a un párrafo que no se encontraba en el texto inicialmente discutido de la ley modelo, y fue incorporado en ésta a propuesta del representante de los Estados Unidos de América, quien la justificó en la necesidad de concordar el texto de la ley con el del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL, cuyo art. 33.3 es de idéntico tenor al de la ley modelo.

28 En tal sentido, debiéramos tener presente como contexto que el Reglamento de Roma I, de 1980, plantea en su art. 3.1. que, frente a la ausencia de voluntad manifiesta de las partes, habría que considerar “los términos del contrato o las circunstancias del caso”, lo que se ha entendido como una elección tácita de las partes. Si bien, se excluye de este Reglamento los convenios de arbitraje, podría razonarse en un sentido similar. Sobre esta base, el punto de inflexión de dicho análisis reside en determinar las circunstancias y elementos de la relación contractual que requieren ser considerados para establecer si realmente existe una elección tácita de ley aplicable y, en su caso, qué valor probatorio ha de recibir cada uno de ellos. Véase: Manuel Penadés Fons, Elección tácita de ley en los contratos internacionales, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2012.

29 Esta interpretación va de la mano de la expresión «tener en cuenta», la que se mantuvo no obstante haber sido cuestionada en el seno de la Comisión y es indicativa de un grado menor de imperatividad en el mandato legal.

30 En este punto, el Convenio de Roma contempla tanto aplicación de las normas imperativas del juez que debe resolver el conflicto como las normas imperativas de un tercer Estado con el que la situación presente un vínculo más estrecho (Art. 7°).

produce mayores efectos<sup>31</sup>. En sentido inverso, tendríamos que tener presente que el hecho que las partes escojan una ley estatal no impide al árbitro tener en cuenta normas comunes del comercio internacional o *lex mercatoria*. En definitiva, el árbitro tendrá a su disposición una amplia flexibilidad para identificar normas jurídicas que complementen la ley estatal elegida, con ello la CIGS, en cuanto *lex mercatoria*, plantea las siguientes hipótesis de aplicación:

3. Ser elegida por las partes como ley de fondo aplicable al conflicto o como complemento de una ley estatal.
4. Si la CIGS es de aplicación obligatoria o las partes la eligen voluntariamente, habría que entender que los usos y principios que en ella subyacen la integran y complementan, de manera que la *lex mercatoria* también es aplicable en este caso.
5. Ser elegida por el tribunal arbitral, frente a la ausencia de elección de las partes, como ley de fondo o como elemento integrador.
6. Ser considerada en todos los casos para resguardar la integridad del contrato, de acuerdo a lo ya señalado.

### 6.- Revisión de la CIGS en cuanto *lex mercatoria* en la práctica.

Como señalamos, las partes podrían acordar que el contrato se rija por la *lex mercatoria* o expresiones análogas de conformidad al Art. 6° de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías. En este caso, es la autonomía de la voluntad de las partes la que permite tal aplicación y como consecuencia de ello, prevalecerá sobre la ley que podría resultar aplicable según la norma de conflicto de la *lex fori*. Sin embargo, en general se ha observado que las partes y el árbitro continúan escogiendo leyes estatales para resolver sus conflictos.

En este contexto, el mayor uso que se ha dado de la *lex mercatoria*, es como dispositivo integrador o interpretador de las leyes nacionales o convenciones internacionales aplicables al contrato internacional (Art. 7° y 28 de la LMU). En tal sentido, los principios aparecen como complementarios y auxiliares de la ley aplicable al fondo, sin excluir por ello la aplicación de la primera, sino por el contrario, ayudando a una aplicación más adecuada al carácter internacional del contrato. Podemos citar como ejemplo la aplicación de los principios Unidroit en complemento de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías<sup>32</sup>.

Cuando se plantea la aplicación de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías como *Lex mercatoria* se hace referencia a su aplicación como reflejo de las prácticas, usos y costumbres comúnmente y reconocidamente ejercidas por el comercio internacional. En otras palabras, se adopta la Convención independientemente de que se presenten o no los factores indicados, al entender que en la medida en que la Convención es el reflejo de las principales reglas del contrato de compraventa, comunes a varios sistemas jurídicos, o de la costumbre internacional, resulta aplicable a los contratos internacionales. Ello implica una ruptura de los esquemas clásicos del Derecho Internacional Privado pues a diferencia de éste, que pretende encontrar la ley nacional aplicable, regula directamente los contratos internacionales extrayendo las reglas aplicables de la propia práctica de los comerciantes, de fallos y laudos arbitrales y de instrumentos internacionales que recojan reglas de aceptación universal<sup>33</sup>.

31 Véase Sánchez Lorenzo, "La función de las técnicas conflictuales en los procesos de unificación del Derecho privado material", Pacis Artes, Obra homenaje al Prof. Julio González Campos, t. II, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1775-1778.

32 Para profundizar más sobre el tema mirar: OVIEDO ALBÁN, JORGE. "UNIDROIT y la unificación del derecho privado: referencia a los principios para los contratos comerciales internacionales" En: Autores Varios, Compraventa Internacional de Mercaderías – Comentarios a la Convención de Viena de 1980. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C., 2003.

33 Sobre la nueva *lex mercatoria* GOLDMAN, BERTHOLD, *Frontières du droit et « lex mercatoria »*, en *Archives de philosophie du droit*, (1964), pp. 177 a 192. GOLDMAN, BERTHOLD, *Nouvelle réflexions sur la lex mercatoria*, en *Etudes de droit International en l'honneur de Pierre Lalive, Christian Dominice et al. eds.*, Basle: Helbing y Licherhan, 1993, pp. 241 a 255. Una ilustrativa descripción sobre la doctrina que a partir de GOLDMAN empezó a hablar de la

Si revisamos la doctrina arbitral, constataremos que no todos los fallos arbitrales presentan un camino unívoco y es preciso señalarlo. Cabe partir reconociendo el hecho de que la *lex* no encuentra un reconocimiento uniforme en el tráfico jurídico internacional, lo que ha motivado algunas sentencias arbitrales que derechamente le niegan existencia, y en consecuencia recurren a derechos domésticos para la resolución de controversias, no obstante las alegaciones particulares de quienes intervienen como partes. Así, el laudo CCI 9419 dictado en Lugano en septiembre de 1998. El caso involucraba a una compañía suiza (demandante) y un exportador (demandado), ubicado en Liechtenstein. Los problemas se referían al pago y la entrega. En la cláusula de arbitraje no se especificaba la ley aplicable al contrato. El demandante sostuvo que en ausencia de cualquier referencia a una ley nacional específica, se debía regir por los principios reconocidos de comercio internacional, la *lex mercatoria*, la cual se encuentra en los principios de UNIDROIT. El árbitro expresó que no estaba de acuerdo con la existencia de la *lex mercatoria* y consideraba que la búsqueda de una ley que pudiera aplicarse a una relación contractual, necesariamente debe llevar a la identificación de una ley nacional. Sobre los Principios de UNIDROIT, consideró que se podían usar cuando las partes los involucraran voluntariamente en su relación contractual y podían ayudar al árbitro a confirmar la existencia de usos particulares del comercio, pero no pueden constituir un cuerpo normativo en sí mismo que pueda considerarse como una ley supranacional aplicable que reemplace la ley nacional, basado además en lo que se indica en el preámbulo de los mismos. Finalmente, encontró que las partes implícitamente habían escogido la ley francesa, como la ley aplicable al contrato y aplicable por consiguiente la Convención de Viena de 1980<sup>34</sup>.

#### **7. Para finalizar, algunas reflexiones sobre la aplicación de la Convención de Viena como *Lex mercatoria*.**

Lo antes analizado nos muestra que la Convención no compite con la *lex mercatoria*, sino que más bien se trata de ramas del derecho complementarias. La propia convención puede ser considerada como la expresión de las costumbres internacionales mercantiles, pues recoge en su confección un conjunto de principios y usos comerciales.

En los casos de compraventa internacional de mercaderías, lo primero que debe analizarse es si la CIGS es aplicable de acuerdo a su normativa, o bien, de conformidad a la autonomía de la voluntad de las partes. Normalmente, si la convención no es aplicable, las partes o el árbitro elegirán normas estatales para resolver el conflicto, de manera que las normas no estatales, como la *lex mercatoria*, tendrán una escasa aplicación como ley de fondo. Los casos analizados podrían constituir una excepción en este camino, en ellos vemos como los árbitros, ante la ausencia de voluntad de las partes, y frente a la tarea de determinar cuál es la ley aplicable al contrato de compraventa internacional, llegan a la conclusión que corresponde aplicar los principios comerciales internacionales que se encuentran insertos en la CIGS y Unidroit. En tal entendido, se ha considerado como exponente de ese “Derecho Internacional reconocido de los contratos Comerciales” a la Convención de la Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, incluso cuando ni el país del comprador ni el país del vendedor hacen parte de la Convención<sup>35</sup> y los Principios de los Contratos Comerciales Internacionales expedidos

---

nueva *lex mercatoria* en BERGER, KLAUS PETER, *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2nd edition, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2010, pp. 1 a 8. Igualmente BORTOLOTTI, FABIO, *Manuale di Diritto Commerciale Internazionale, Diritto dei contratti internazionali*, volume 1, terza edizione, Cedam, Torino, 2009, pp. 38 a 52

34 En contra de esta objeción, Oviedo Albán señala que “se debe destacar también que en varios casos, cuando las partes han hecho referencia a la *lex mercatoria* como ley del contrato, varios tribunales han manifestado que los Principios de UNIDROIT son el reflejo de dicha *lex*. En cuanto a su naturaleza jurídica, debe tenerse claridad de que se trata de un instrumento de soft law, toda vez que al no constituir un tratado internacional, la fuente de su obligatoriedad se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, cuando así lo hayan acordado los contratantes”. op. cit., p., 49.

35 Laudo Arbitral CCI 5713 de 1989. ICC Arbitration Case No. 5713 of 1989. En: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/895713i1.html>.

por la Unidroit<sup>36</sup>. La CIGS y sus principios generales, UNIDROIT, son perfectamente admisibles para resolver disputas de esta naturaleza por su solo carácter internacional<sup>37</sup>. De este modo, la nueva Lex Mercatoria, contiene principios, usos y costumbres reconocidos y practicados por el comercio internacional, y estos son coincidentes con los principios que informa a la CIGS, de manera que en estos casos los tribunales arbitrales aplican la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías como Lex Mercatoria.

Podemos observar a la CIGS como un intento de positivización de la lex mercatoria, al nutrirse de principios, usos y costumbres de común utilización en el tráfico internacional, y desde esta perspectiva, su utilización presenta una mayor seguridad, en cuanto a que el contenido de aquella, siempre cuestionado por lo difuso del mismo, presenta un asiento concreto. A pesar de ello, lo más habitual que ella se aplique como un dispositivo interpretativo o integrativo de la ley estatal que se estime pertinente.

36 Laudo arbitral CCI, 8502 de noviembre de 1996. ICC Arbitration Case No. 8502 of November 1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968502i1.html>.

37 Laudo arbitral CCI, 8817 de 1997, ICC Court of arbitration - Paris, 8817 of December 1997, UNILEX

## COMERCIO ELECTRÓNICO Y SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. SISTEMA JURÍDICO CHILENO.

ZAMAR RABAJILLE CAROLINA E.\*

### RESUMEN:

*El presente artículo aborda el fenómeno de lo que se conoce como: “la sociedad de la información”, entendida ésta como toda una revolución que ha generado en la sociedad la introducción de nuevas tecnologías, con las cuales se ha dado paso a una nueva etapa en la historia de la humanidad, teniendo como actor principal a internet. Tratándose de una temática de fundamental importancia en el intercambio de bienes y servicios de nuestros días la contratación electrónica, se analizan las tendencias en el derecho comparado. A su vez, se aborda la situación actual en Chile de las Normas Reguladoras de la Asignación de Nombres de dominio territoriales, la similitud del régimen nacional con el previsto en el marco de la ICANN y como se han ido incorporando y adaptando los tratados internacionales que dicen relación con la materia a la legislación interna chilena.*

### ABSTRACT:

*The present article approaches the phenomenon of what is known as the “society of information”, understood as a revolution that has generated in society the introduction of new technologies, with which there has been a leap toward a new period in human history, having internet as a main actor. As electronic hiring is a topic of fundamental importance in the exchange of goods and services nowadays, these tendencies are analyzed in the comparative law. As well, the present article approaches the actual situation in Chile of the regulatory norms of the assignation of territorial domain names, the similarities of the national regime with the one provided in the summit of the ICANN and how international treaties that have relation with the topic and the internal Chilean legislation have been incorporated and adapted.*

**PALABRAS CLAVES:** -Nombres de Dominio; -Derecho de Autor; -Contratación Electrónica; -Contratación Internacional.

**KEY WORDS:** -Domain Names; -Copyright; -Electronic Hiring; -International Hiring.

**SUMARIO.** I. Introducción. II. Normas Reguladoras de la Asignación de Nombres de Dominio Territoriales de Chile. Valoración del Régimen y su similitud con el previsto en el marco de la ICANN para los Nombres de Dominio Genéricos bajo “.com”. III. Tratados de la OMPI de 1996 sobre Derechos de Autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas. Adaptación a esos tratados de la legislación Chilena sobre Derechos de Autor. IV. Normas específicas sobre la Contratación Electrónica que se corresponden con la Ley Modelo de

\* Abogada. Máster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Derecho Civil por la Universidad Autónoma de Chile. Profesora de Derecho Internacional Privado por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro del Colegio de Abogados de Chile. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI). Miembro del Comité de Relaciones Internacionales y Defensa como del Tribunal Supremo de Evópoli. Autora y coautora de artículos de opinión y de investigación jurídica en el ámbito nacional como internacional.



*UNCITRAL y la existencia de un Régimen de protección de los Consumidores aplicable a los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos. V. Normas sobre el Régimen de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la información que proporcionan servicios de alojamiento.*

## I. INTRODUCCIÓN

Internet no es un medio hostil al Derecho ni el origen de riesgos jurídicos imprevisibles que constituyan un motivo de preocupación o una amenaza para los juristas del siglo XXI. Más bien al contrario: es un ámbito de actividad que permite aproximar mucho más la oferta de servicios a los clientes, que facilita el proceso de contratación, que va hacer accesible a toda la población fuentes de ahorro e inversión hasta ahora mucho más elitistas o restrictivas, democratizando la vida de los negocios y promoviendo el desarrollo cultural y que recupera valores jurídicos de libertad de contratación y antiformalismo largo tiempo olvidados.

La revolución que ha generado en la sociedad la introducción de las nuevas tecnologías de la información es hoy indiscutible. Su influjo ha sido de tal magnitud que los especialistas no han dudado en advertir que las nuevas tecnologías han producido y producirán cambios tan profundos en la sociedad, que tales progresos han dado paso a una nueva etapa de la historia de la humanidad: la de la sociedad de la información.<sup>1</sup>

La citada revolución se explica, al menos en parte, por el desarrollo y la incorporación masiva de dos fenómenos tecnológicos: la informática y las telecomunicaciones, elementos que unidos han posibilitado la creación y el desarrollo de Internet<sup>2</sup>, e Internet ha constituido, a su vez, el elemento simbólico y más significativo de lo que se ha dado por llamar las nuevas tecnologías de la información.

Por una parte la informática, entendida<sup>3</sup>, como: “*la ciencia del tratamiento automático de la información*”, permite almacenar y tratar grandes cantidades de información, mientras que las telecomunicaciones ponen en contacto a personas que se encuentran en los lugares más lejanos del mundo con una facilidad asombrosa y en cuestión de segundos.

Internet, como una simbiosis perfecta de los avances que le precedieron y la hicieron posible, ha implicado una revolución en el área de la información y de las comunicaciones, revolución que ha alterado diversos ámbitos de la cultura, entre ellos el jurídico. Las nuevas tecnologías de la información, pueden ser entendidas como aquellas cuya implementación se realiza por medio de Internet. Las modalidades de comunicación vía Internet, son básicamente: el correo electrónico, la World Wide Web (WWW), el Chat, las Reuniones o Conferencias, la Videoconferencia y la Telefonía.

Los medios de comunicación pertenecientes a las nuevas tecnologías, algunos al alcance de la mayoría de las personas, han servido, entre otras utilidades, para expresar voluntades jurídicamente relevantes, hecho que ha producido una rápida incorporación de la realidad electrónica en el ámbito del negocio jurídico, con el consiguiente período de adaptación que ello supone, generando como todo proceso adaptativo, una serie de nuevos problemas e interrogantes, tanto de naturaleza técnica como de carácter teórico jurídico, que el mundo del derecho ha debido enfrentar.<sup>4</sup>

1 Lesmes Serrano, C. (2000). “Las Nuevas Tecnologías y la Administración de Justicia. La Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil”, en Derecho de Internet. Contratación Electrónica y Firma Digital, Editorial, Aranzadi, Navarra, págs. 371 y ss.

2 De Andrés Blasco, J. (1999). “Internet. Cuadernos del Senado”, Secretaría General del Senado, Serie Minor, Madrid, pág. 17.

3 Davara Rodríguez, M. A. (1997). Manual de Derecho Informático, Editorial, Aranzadi, Pamplona, pág.22.

4 Pinochet Olave, R. (2001). “La Recepción de la Realidad de las Nuevas Tecnologías de la Información por el Derecho Civil: Panorama Actual y Perspectivas Futuras.” Ius et Praxis v.7 Talca. véase: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122001000200022](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122001000200022). [Consulta on-line de fecha 11 de noviembre de 2017].

## II. Normas Regulatoras de la Asignación de Nombres de Dominio Territoriales de Chile. Valoración del Régimen y su similitud con el previsto en el marco de la ICANN para los Nombres de Dominio Genéricos bajo “.com”

Como señala el Profesor de Miguel Asensio P, (Manuales Derecho de los Negocios Internacionales ed. 4ta, 2013) *“Los nombres de dominio, tienen un carácter internacional y transfronterizo, lo que no podía ser de otra manera, debido a que es inherente a Internet. En principio a cualquier dirección de internet se puede acceder desde un ordenador conectado a la Red, con independencia de su localización geográfica. No pueden existir dos nombres de dominio idénticos.”*

En cuanto a la estructura jerárquica del sistema de Nombres de Dominio, se debe indicar que, el Nombre de Dominio consta de varios niveles separados por puntos; así tenemos: **(1)** El Dominio de Nivel Superior, se sitúa en el extremo final, precedido del de segundo nivel; **(2)** El Segundo Nivel, normalmente corresponde a una organización. Puede ir precedido de nombres de niveles inferiores; **(3)** Nombre de Niveles Inferiores, relativos a departamentos de la organización. Por ejemplo, penlistas.colegiodeabogados.cl, al desglosarlo podemos identificar los distintos niveles y nos quedaría de la siguiente manera: PENALISTAS. -nombre de nivel inferior-; COLEGIO DE ABOGADOS.; -segundo nivel-; .CL -nivel superior. A su turno, el dominio de nivel superior puede ser de dos clases: Nacional o Geográfico; o bien, Genérico. Dentro del Nacional o Geográfico corresponde las dos letras pertenecientes a un país. Ejemplo: España: (.es); Francia: (.fr); Chile: (.cl) y; dentro del Genérico corresponde las letras de uno de los dominios de nivel superior genéricos. Ejemplo: (.com); (.net); (.org)-.

ICANN, es una organización privada que se encarga de gestionar ciertas funciones del sistema de asignación de nombres y direcciones de Internet.

Con respecto a los dominios de nivel superior como lo son por ejemplo: (.org); (.net); (.com), no existen restricciones respecto de las personas (físicas o jurídicas) o entidades que pueden registrar nombres de esas categorías.

Luego de esta breve reseña general del carácter del Nombre de Dominio y su estructura; y, la alusión a la ICANN, se abordará en la presente con mayor detalle el régimen chileno.

Chile cuenta con un Registro de Nombres de Dominio .CL denominado: “NIC Chile” (Network Information Center Chile), es administrado por el Departamento de Ciencias de la Computación de la Universidad de Chile por delegación de la IANA (Internet Assigned Numbers Authority), de acuerdo a los principios contenidos en RFC 1591: Domain Name System Structure and Delegation. Dicha delegación fue reconocida formalmente el 24 de junio de 2006 mediante un acuerdo marco suscrito entre ICANN y NIC Chile por el cual se estableció las responsabilidades que ambas entidades tienen en la preservación de la estabilidad, la seguridad y la interoperabilidad de Internet.

En dicho acuerdo marco se dejó expresa constancia de los siguientes puntos:

1. NIC Chile actúa únicamente en calidad de ente coordinador delegado de IANA con el propósito de llevar el registro de nombres de dominio. No tiene ni tendrá facultades jurisdiccionales ni otras prerrogativas ni obligaciones que las que en la Reglamentación se expresan.
2. NIC Chile mantendrá un servicio de información web en: <http://www.nic.cl> La información publicada en ese lugar se entenderá conocida por todos los usuarios del Registro de Nombres del Dominio CL, y NIC Chile no estará obligado a realizar ningún otro tipo de publicación.
3. NIC Chile podrá realizar las funciones descritas en la Reglamentación ya sea por sí mismo o por terceros autorizados por él.

En particular, podrá autorizar agentes registradores, habilitados para gestionar operaciones de registro de nombres de dominio, en representación de sus clientes, incluyendo entre ellas inscripción, modificación, eliminación, cambios de titular u otras que NIC Chile autorice.

Habrà una política destinada a establecer un procedimiento de acreditación de registradores autorizados (registrars), los cuales serán seleccionados en base a criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios. La acreditación deberá estar reservada a aquellos agentes que aseguren el cumplimiento de determinados requisitos de suficiencia comercial y técnica previamente establecidos por la política para registradores de .CL.

4. NIC Chile está facultado para cobrar tarifas por los servicios que presta y publica una tabla de tarifas vigentes.

Será requisito esencial para mantener la vigencia de una inscripción de nombre de dominio el que se pague oportunamente todas las tarifas que sean aplicables.

5. En el acuerdo marco se dejaron sentadas las reglas que deben cumplirse para poder registrar un Nombre de Dominio .CL<sup>5</sup>, a modo meramente enunciativo distinguir que: (a) puede ser titular de nombres de dominios en .CL toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera; (b) las solicitudes de inscripción se recibirán por vía electrónica, a través de los mecanismos que NIC Chile destina para tales efectos; (c) Sólo se admite la inscripción de nombres de dominios que se encuentren disponibles en el Registro de Nombres del Dominio CL.

6. Respecto a la inscripción de un Nombre de Dominio .CL

Una solicitud de inscripción de un nombre de dominio se entenderá válidamente presentada cuando conste el pago de la tarifa respectiva, a continuación de lo cual NIC Chile cursará la inscripción y habilitará el funcionamiento del nombre de dominio inscrito.

Cuando un nombre de dominio hubiera sido inscrito, será publicado por NIC Chile en una lista de “dominios inscritos” y se mantendrá en dicha lista por un plazo de publicidad de 30 (treinta) días corridos a contar dicha publicación, para los efectos de que toda persona natural o jurídica que estime afectados sus derechos por la inscripción del mismo, pueda pedir la revocación de esa inscripción, la cual se sujetará a la Política de Resolución de Controversias por Nombres de Dominio .CL.

Será de responsabilidad exclusiva del titular del registro que su inscripción no contraríe las normas sobre ejercicio de la libertad de expresión y de información, los principios de la competencia leal y de la ética mercantil, como asimismo, derechos válidamente adquiridos por terceros y NIC Chile no tendrá ninguna responsabilidad por el uso que el asignatario haga del nombre de dominio inscrito.

7. También se dejaron en el acuerdo marco, sentadas las bases para el cambio de titular de un Nombre de Dominio, para la eliminación y revocación éste.<sup>6</sup>

8. Respecto a la Solución de Controversias.

Los conflictos que se susciten con ocasión de la revocación de un nombre de dominio .CL serán resueltos de acuerdo a la Política de Resolución de Controversias por Nombres de Dominio .CL.

Toda controversia se someterá, resolverá y tramitará de acuerdo con el procedimiento de arbitraje, establecido en dicha política.

Las partes podrán designar un árbitro de común acuerdo, y en su defecto, facultan a NIC Chile de manera expresa e irrevocable para designar en su lugar a un árbitro de una nómina que estará publicada en su sitio web, nombramiento que se entenderá efectuado directamente por cada una de ellas mismas.

El árbitro tendrá el carácter de árbitro arbitrador y en contra de sus resoluciones no procederá recurso alguno, a todos los cuales cada solicitante y titular de un registro, renuncian expresamente.

5 Para ver el contenido exacto de las reglas que deben cumplirse, remitirse a la página oficial de “NIC Chile” en donde se encuentra en formato pdf el acuerdo marco entre ICANN y NIC Chile. véase: <https://www.nic.cl/normativa/reglamentacion.html> [consulta online de fecha 10 de noviembre de 2017].

6 Para ver el procedimiento que debe seguirse para la revocación de un nombre de dominio, remitirse al numeral 18 y siguientes del acuerdo marco que se encuentra disponible on-line en: <https://www.nic.cl/normativa/reglamentacion.html>.

El árbitro queda especialmente facultado para resolver todo asunto relacionado con su competencia y jurisdicción.

NIC Chile no tendrá ninguna participación en la etapa de arbitraje, excepto designar al árbitro de acuerdo al procedimiento y dar cumplimiento a la resolución arbitral.

Para todos los efectos emanados de la contratación de un nombre de dominio .CL, las partes fijan su domicilio en la comuna de Santiago de Chile y se someten a la jurisdicción de sus tribunales, en todo aquello que no se hubiera entregado al conocimiento de un árbitro.

FINALMENTE CABE RESPONDER LAS SIGUIENTES INTERROGANTES:

(1).- ¿Qué diferencia hay entre .CL y .COM, .ORG o .INFO u otros?

Técnicamente, no hay ninguna diferencia. Los nombres de dominios son visibles en todo Internet, sin importar el sufijo.

Administrativamente, el dominio “.CL” representa nombres de dominios inscritos en Chile y que son administrados por NIC Chile. En cambio los dominios “.com”, “.net”, “.org” u otros, como “.info”, “.biz”, etc, son de carácter genérico (no involucran una ubicación geográfica) y su registro es administrado por varias empresas y entidades en forma coordinada a través de todo el mundo.

(2).- ¿Es obligatorio inscribirse bajo “.CL” para tener presencia en Internet desde Chile?

No, es sólo lo más frecuente. Existen dominios como “.com” (comercial), “.net” (redes), etc. que aceptan inscripciones desde cualquier lugar del mundo.

(3).- ¿se puede utilizar la extensión com.cl o net.cl?

No es posible inscribir nombres de dominio bajo .com.cl, .net.cl ni .org.cl.

Esto es porque desde sus inicios se definió que la estructura de .CL sería directamente en el “segundo nivel”, contrario a otros TLD (Top Level Domain o Dominios de Nivel Superior) donde sí se subdividió en otras jerarquías.

Sin embargo, la tendencia actual en otros TLD es migrar también al segundo nivel, permitiendo inscripciones directamente bajo su sufijo, como lo ha hecho .CL desde siempre.

(4).- Si tengo un .CL, ¿podrán verme fuera de Chile?

Absolutamente. El funcionamiento de Internet y el servicio de nombres (DNS) es global, por lo que su nombre de dominio .CL será visible desde todo el mundo.

Además, NIC Chile posee una poderosa infraestructura de servidores interconectados, distribuidos en las principales regiones y zonas geográficas del planeta, que aseguran la robustez y mejoran los tiempos de respuesta de todos los nombres de dominio .CL.

### III. Tratados de la OMPI de 1996 sobre Derechos de Autor y sobre interpretaciones o ejecuciones y fonogramas. Adaptación a esos tratados de la legislación Chilena sobre Derechos de Autor.

Chile ha suscrito, ratificado, promulgado y publicado -por lo tanto forma parte de su ordenamiento jurídico y legislación vigente-, varios Tratados Internacionales Multilaterales sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, entre los cuales cabe hacer mención:

- *Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).*

La OMPI es una agencia especializada de las Naciones Unidas en materia de Propiedad Intelectual y tiene por misión llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de Propiedad Intelectual equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos.

El mandato que confieren los Estados miembros a esta organización, los órganos rectores de ella, así como los procedimientos que rigen su funcionamiento, están recogidos en el Convenio.

El Convenio OMPI, fue firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. Su texto fue aprobado por Decreto Ley Nro. 907 en el año 1975, luego promulgado mediante Decreto Supremo Nro. 265 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial Nro. 29.159 de 23 de mayo del mismo año.

- *Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) y sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF). Aprobados ambos en Ginebra (Suiza) en diciembre del año 1996.*

Los “TRATADOS INTERNET DE LA OMPI”, fueron el fruto del trabajo desarrollado por los Estados miembros de la OMPI en la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, del 2 al 20 de diciembre de 1996, adoptándose como acuerdo generar dos textos diferentes. Por una parte, se adoptó el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor o “TODA” (también conocido como “WCT”, por su acrónimo en inglés), siendo aprobado su texto por el Congreso Nacional el 24 de enero de 2001, promulgado mediante Decreto Supremo N°270, del Ministerio de Relaciones Exteriores de 28 de noviembre de 2002 y, finalmente, publicado en el Diario Oficial del 7 de marzo de 2003.

Por la otra, el Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas o “TOIEF” (también conocido como “WPPT”, por su acrónimo en inglés), fue aprobado su texto por el Congreso Nacional el mismo día 24 de enero de 2001, promulgado mediante el D.S. N°139, de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores de 26 de mayo de 2003 y, finalmente, publicado en el Diario Oficial de 22 de agosto de 2003.

Actualmente, la OMPI cuenta con 185 países miembros, entre los cuales se cuenta a nuestro país.

Los Tratados OMPI la verdad es que han sido rápidamente ratificados no sólo por Chile, sino que por los Estados latinoamericanos en general, de modo que en la mayoría de ellos se encuentran ya en vigor. Esta ratificación ha provocado la necesidad de reformar sus respectivas legislaciones internas de derecho de autor y derechos conexos para acomodarlas a las obligaciones internacionales derivadas de dicha ratificación. La extraordinariamente rápida ratificación de los Tratados OMPI por gran parte de los Estados de América Latina es revelador de la decidida voluntad política de dichos Estados de establecer en sus leyes internas un elevado nivel de protección del derecho de autor y derechos conexos, si bien no siempre esta voluntad política va acompañada del éxito en el terreno de la práctica.

Además de los tratados internacionales, existen otras normas legales que resultan aplicables en la materia:

El ordenamiento jurídico nacional contempla normas específicas aplicables que se encuentran contenidas en:

- La Constitución Política de la República (art. 19 N° 25).
- El Código Civil (artículo 584).
- La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual y sus posteriores modificaciones, junto al Reglamento de aplicación de la Ley (DS. 1.122 de 1971).

Dicho esto, cabe examinar los “espacios libres” de los que dispone Chile para diseñar su propia política nacional en materia de Derecho de Autor y Derechos Conexos, conviene conocer cuáles son las leyes y demás normas (normalmente decretos) en los que se contiene la legislación actualmente vigente en dicho Estado:

Ley n° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, de 28 de agosto de 1970, modificada por las Leyes:

n° 18.443, de 17 de octubre de 1985; n° 18.957, de 5 de marzo de 1990; n° 19.166, de 17 de septiembre de 1992; n° 19.912, de 2003, que adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos

de la Organización Mundial de Comercio OMC suscritos por Chile; n° 19.914, de 2003, que adecua la legislación que indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, y n° 19.928, de 2004, sobre Fomento de la Música Chilena; Decreto del Ministerio de Educación n° 1.122, de 17 de mayo de 1971, Reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual; Ley N° 20.435, del año 2010 que constituye su modificación más reciente, la que abordó los siguientes aspectos: modificó las normas existentes para adecuarlas a las exigencias de los Tratados de Libre Comercio; modificó el régimen de limitaciones y excepciones existente para los derechos de autor y conexos; estableció un nuevo sistema de sanciones actualizando tipos penales existentes y tipificando nuevos delitos; simplificó procedimientos civiles y penales, estableciendo medidas cautelares especiales y se aumentaron facultades de investigar los delitos; reguló la limitación de responsabilidad de proveedores de servicios de Internet; precisó determinados aspectos relacionados con el procedimiento de fijación de tarifas por entidades de gestión colectiva.

Finalmente, al realizar una valoración de las leyes actualmente vigentes en Chile de Derecho de Autor y Derechos Conexos, su característica más llamativa es su modernidad. Se trata de leyes muy modernas, aprobadas en su mayor parte en la década de los noventa del pasado siglo XX. Incluso las leyes más antiguas (Ley n° 17.336, de 1970) han sido modificadas en tiempos recientes, puede afirmarse con carácter general que se trata de leyes con una sistemática adecuada y con una técnica legislativa correcta. Entre las razones que explican esa modernidad de las leyes chilenas hay que señalar las siguientes:

- La muy visible influencia de la legislación española en la materia, concretamente de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, actualmente integrada en el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Esta influencia queda patentemente demostrada en la transcripción casi literal de determinados preceptos de la ley española, así como en una ordenación sistemática de las materias que sigue muy de cerca la establecida por la ley española.
- La necesidad de adaptar la legislación nacional a los compromisos internacionales derivados de la adhesión a los Tratados y Convenios en materia de derecho de autor y derechos conexos.

#### **IV. Normas específicas sobre la Contratación Electrónica que se corresponden con la Ley Modelo de UNCITRAL y la existencia de un Régimen de protección de los Consumidores aplicable a los contratos internacionales celebrados por medios electrónicos.**

En relación a éste acápite; se debe partir por definir lo que se entiende en Chile por Comercio Electrónico: *“La producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones”*; o bien; *“Toda actividad que tenga como finalidad incentivar, promover o acordar la contratación de productos y/o servicios, entre un proveedor electrónico y un consumidor, en la que la oferta por parte del proveedor electrónico y/o la aceptación por parte del consumidor se realizan a través de un medio electrónico.”*<sup>7</sup>

En Chile, la legislación sobre contratación electrónica está contenida básicamente en la norma de 2004 que introdujo modificaciones a Ley N° 19.496 de protección de los derechos de los consumidores.

En cuanto a la regulación del comercio electrónico, este plantea diversas interrogante jurídicas, muchas de las cuales deben ser resueltas recurriendo a las normas generales contenidas en nuestra legislación; sólo en algunos casos, la respuesta a estas interrogantes se encuentra en normas especiales, concebidas específicamente para dar respuesta a los desafíos planteados por las nuevas tecnologías. Las preguntas básicas en relación a la materia son: **(1)** ¿cómo se forma el consentimiento por medios

<sup>7</sup> Definiciones extraídas del material preparado por el connotado estudio jurídico, -Alessandri abogados 1893-, “Comercio Electrónico en Chile”; (2015) Santiago, págs.9 y sig., disponible en versión pdf on-line en: [www.alessandri.cl](http://www.alessandri.cl) [consulta online de fecha 20 de abril de 2015].

electrónicos?; **(2)** ¿cuándo se entiende perfeccionado un contrato electrónico?; **(3)** ¿cómo proteger al consumidor en transacciones de comercio electrónico?

## REGULACIÓN DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN CHILE

### Regulación específica:

- Ley N°19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores;
- Ley N°19.799 sobre Documentos Electrónicos y Firma Electrónica: principio de equivalencia del soporte electrónico y del soporte papel. Todo aquello contenido en formato electrónico tiene la misma validez que un documento en papel.

**Fuente:** Principio de la autonomía de la voluntad: libertad de las partes de realizar acuerdos y determinar las vías en que éstos se materializarán.

### Modalidades de contratación electrónica:

- Negociaciones 1 a 1
- Sitios Web
- E-market places.

### Formación del Consentimiento en la Contratación Electrónica: Ley de Protección del Consumidor.

La formación del consentimiento se encuentra regulada en el Código de Comercio chileno entre los artículos 97 a 108; de lo que se desprende que necesitamos de dos elementos, que son: por una parte, la oferta, y por otra, la aceptación. El artículo 101 de dicho cuerpo normativo nos dice que el contrato queda perfecto al momento de la aceptación pura y simple de la oferta; por su parte, el artículo 102 se refiere a las contraofertas, las cuales en definitiva implican una nueva oferta, por ende, para que se perfeccione el contrato, el primitivo oferente debe aceptar esta nueva oferta que le hace el nuevo oferente (antiguo destinatario), finalmente el artículo 105 se refiere a las ofertas que no van dirigidas a un destinatario individualizado, es por ello que se llaman: “ofertas indeterminadas” y que están contenidas en catálogos o anuncios impresos, pues éstas, no son obligatorias para el que las hace.

En relación a los consumidores, que sabemos que son la parte económicamente más débil de la relación jurídica, se conciben una serie de derechos en materia de comercio electrónico, el legislador establece una protección especial debido a la inexistencia de una relación directa y presencial entre las partes. Así proclama el legislador: “A los consumidores que participen en el comercio electrónico debe otorgárseles una protección transparente y efectiva que no sea inferior al nivel de protección que se otorga en otras formas de comercio.”

En definitiva, la protección especial consiste en el reconocimiento de derechos para los consumidores en dos campos concretos:

- En los contratos celebrados u ofrecidos por medios electrónicos, y;
- En aquellos en que se acepte una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia.

### Derecho de los Consumidores en el Comercio Electrónico<sup>8</sup>

**(1).**- Derecho a Retracto; **(2).**- Derechos en materia de Formación del Consentimiento; **(3)** Derechos en materia de Comunicaciones Promocionales o Publicitarias; **(4).**- Derechos especiales en materia de Información, y; **(5)** Derecho en materia de Competencia.

**(1).**- Derecho a Retracto: “Es aquel de que dispone el consumidor para poner término en forma unilateral, y en el plazo de 10 días corridos desde la recepción del producto o desde la contratación

<sup>8</sup> Servicio Nacional de Protección del Consumidor (SERNAC) “Guía de Alcance Jurídico y de Buenas Prácticas Comerciales en materia de Comercio Electrónico.”

del servicio y antes de la prestación del mismo, en los contratos celebrados por medios electrónicos y en aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario.”

Ahora es importante aclarar que este plazo de 10 días corridos, desde la fecha de recepción del bien o desde la celebración del contrato en caso de servicios, es siempre que el proveedor haya cumplido con su obligación de remitir la confirmación de la recepción de la aceptación de la oferta por escrito, porque en caso contrario, el consumidor tendrá para retractarse 90 días corridos.

Tenemos dos casos en que el consumidor no puede hacer valer su derecho a retracto; si el bien materia del contrato se ha deteriorado por un hecho imputable al consumidor, y; cuando el proveedor haya dispuesto expresamente que no procede.

Ahora, si el precio del bien o servicio ha sido cubierto total o parcialmente con un crédito otorgado por el proveedor o un tercero previo acuerdo entre éste y el proveedor, el retracto resolverá dicho crédito. En caso de haber costos involucrados, éstos serán de cargo del consumidor, cuando el crédito haya sido otorgado por un tercero.

Este Derecho a Retracto al hacerse efectivo, genera efectos, entendidos éstos como las obligaciones que surgen para las partes (proveedor y consumidor). El proveedor deberá devolver las sumas abonadas, sin retención de gastos, a la mayor brevedad posible y, en cualquier caso, antes de 45 días siguientes a la comunicación del retracto; en lo que respecta a los servicios, la devolución sólo comprenderá aquellas sumas abonadas que no correspondan a servicios ya prestados al consumidor a la fecha del retracto. La obligación para el consumidor consiste en que debe restituir en buen estado los elementos originales del embalaje, como las etiquetas, certificados de garantía, manuales de uso, cajas, elementos de protección o su valor respectivo, previamente informado.

**(2).-Derechos en materia de Formación del Consentimiento:** “El consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente: un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales del contrato y la posibilidad de almacenarlos o imprimirlos.”

Por su parte, la sola visita del sitio de internet en el cual se ofrece el acceso a determinados servicios, no impone al consumidor obligación alguna, a menos que haya aceptado en forma inequívoca las condiciones ofrecidas por el proveedor.

Derecho a la confirmación escrita del contrato: una vez perfeccionado el contrato, el proveedor está obligado a enviar confirmación escrita, por vía electrónica o por cualquier medio de comunicación que garantice el debido y oportuno conocimiento del consumidor, el que se le indicará previamente. Esta confirmación deberá contener una copia íntegra, clara y legible del contrato.

**(3).-Derechos en materia de Comunicaciones Promocionales o Publicitarias:** En el año 2004 se introduce a la Ley N° 19.496 un nuevo tipo infraccional conocido como “Spam” asociado a la figura de las comunicaciones promocionales o publicitarias no deseadas.

Se sanciona al proveedor que envía comunicaciones promocionales o publicitarias ya sea por correo electrónico u otra forma de comunicación a distancia, sin indicar una “dirección válida” o “forma expedita” en que los destinatarios pueden manifestar su voluntad para solicitar la suspensión de los envíos quedando desde ese momento, prohibidos.

El tipo infraccional es del siguiente tenor: “Toda comunicación promocional o publicitaria enviada por correo electrónico deberá indicar, la materia o asunto sobre el que versa, la identidad del remitente y contener una dirección válida a la que el destinatario pueda solicitar la suspensión de los envíos que quedarán desde entonces prohibidos.

Los proveedores que dirijan comunicaciones promocionales o publicitarias a los consumidores por medio de correo postal, fax, llamados o servicios de mensajería telefónicos, deberán indicar una forma expedita en que los destinatarios podrán solicitar la suspensión de las mismas. Solicitada ésta, el envío de nuevas comunicaciones quedará prohibido.”



El SERNAC se ha encargado de dar una definición e indicar la forma de cumplimiento, así sostiene que son: “Aquellas prácticas comerciales que consisten en la reiteración de un correo electrónico, correo postal, fax, llamados o servicios de mensajería telefónica (SMS) una vez que el destinatario ha solicitado la suspensión de los envíos ya sea a través de una dirección válida, en el caso del correo electrónico, o a través de una forma expedita en los demás casos, que desde entonces quedan prohibidos.”

En cuanto a la forma de cumplimiento, si la vía elegida es el correo electrónico; el proveedor deberá indicar: (a) La materia o asunto sobre el que versa; (b) La identidad del remitente, y; (c) La dirección válida a la que el destinatario de la comunicación podrá solicitar la suspensión de los envíos.

**(4).- Derechos especiales en materia de Información:** Tiene aplicación en los siguientes ámbitos; en los contratos celebrados por medios electrónicos y en los contratos ofrecidos por medios electrónicos o de aquellos en que se aceptare una oferta realizada a través de catálogos, avisos o cualquier otra forma de comunicación a distancia.

En lo que respecta a las obligaciones del proveedor, éste deberá: (a) informar de manera inequívoca y fácilmente accesible, los pasos que deben seguirse para celebrarlos; (b) informar, cuando corresponda, si el documento electrónico en que se formalice el contrato será archivado y si éste será accesible al consumidor, y; (c) indicar su dirección de correo postal o electrónico y los medios técnicos que pone a disposición del consumidor para identificar y corregir errores en el envío de sus datos.

**(5) Derecho en materia de Competencia:** La regla general es que los juzgados de policía local conocen todas las acciones que emanan de la Ley N° 19.496, siendo competente aquel que corresponda a la comuna en que se hubiera celebrado el contrato respectivo, se hubiera cometido la infracción o dado inicio a su ejecución, a elección del actor. La excepción la encontramos precisamente en los contratos celebrados por medios electrónicos y para el caso en que no se pueda determinar la regla general, será competente el juez de la comuna en que resida el consumidor.

#### **Estándares legales que deben cumplir los proveedores tratándose de eventos en lo que se realizan compras on-line**

Se trata de eventos que se publicitan y contienen una serie de promociones y ofertas que se desarrollan en breves espacios de tiempo, ejemplo: Cybermonday, Cyberday, etc.

Aquí tenemos que distinguir: el rol profesional del proveedor y la publicidad e información. El proveedor debe actuar con diligencia suficiente para evitar que el consumidor sufra cualquier menoscabo en la venta del bien o en la prestación del servicio.

Un actuar diligente implica que debe realizar los estudios necesarios para estimar de manera certera la cantidad de consumidores que podrán acceder al evento, y en base a dicha estimación, adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el correcto funcionamiento de su plataforma web, permitiendo el acceso a todos los consumidores que lo requirieran, en condiciones de igualdad y no discriminatorias. En definitiva, el proveedor debe garantizar lo ofrecido. Por otra parte, se exige que se dé cumplimiento a las obligaciones impuestas en la Ley N° 19.496, en especial las de información, de modo que todos los elementos constitutivos de la promoción u oferta sean suficientemente conocidos por el público consumidor, a fin de que no se desvíe la preferencia económica de este último optando por una oferta u promoción que no es tal.

#### **Buenas Prácticas de Comercio Electrónico**

El SERNAC establece un observatorio de Publicidad, determinando que el cumplimiento de ello implica una buena práctica, así dispone expresamente que la información debe estar disponible y presentada de manera clara, visible, precisa y fácilmente accesible.

Las buenas prácticas concretamente implican lo siguientes: **(a)** La identidad de la empresa, esto es, domicilio físico, teléfono y correo electrónico de contacto, identificación del Representante Legal. Canales permanentes de comunicación con el consumidor, que le permitan a éste efectuar consultas

o reclamos; **(b)** Información sobre la transacción, es decir, términos y condiciones; descripción detallada de los bienes y servicios; si tiene soporte para dudas, el costo total de los productos y servicios ofrecidos, la posibilidad de ejercer el derecho a retracto; **(c)** Políticas de privacidad, es decir, si especifica uso y finalidad de la información proporcionada, quienes tendrán acceso a la información proporcionada, si presenta políticas de privacidad explícita y si especifica el consentimiento de uso de datos, y; **(d)** Seguridad del Sitio: si el sitio web dispone de los elementos técnicos para brindar seguridad y confidencialidad a los datos personales y financieros entregados por los consumidores, teniendo presente eventos como: alteración o transferencia no autorizada de dichos datos, divulgación no autorizada, intersección o acceso malicioso por parte de terceros.

Estas medidas de seguridad dicen relación principalmente con el re direccionamiento a sitios seguros bajo el protocolo criptográfico “https”, la verificación del símbolo de candado en el buscador web, sin imágenes confusas de seguridad, entre otros. Para el caso de los datos financieros, se refiere a los pagos en línea y a las condiciones de seguridad necesarias para su resguardo. En definitiva, se busca evitar el mal uso y/o fraudes relativos a los datos personales y/o financieros.

Finalmente señalar que toda la legislación chilena en materia de comercio electrónico ha tomado en consideración en su labor las guías jurídicas proporcionadas por UNCITRAL, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, en especial la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico y la Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas, lo que unido al hecho de que las mismas han sido valoradas por otras legislaciones lleva a augurar la concreción de un Derecho unificado en esta materia, lo que posibilitará el pleno desarrollo del Comercio Electrónico, de forma segura, confiable y transparente para sus usuarios.

## **V. Normas sobre el Régimen de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la información que proporcionan servicios de alojamiento.**

Los intermediarios de los actos comunicativos a través de Internet son los dotados de capacidad técnica para controlar usos ilícitos o impedir la comisión de delitos por medio de la red. Qué tan deseable sea esa intervención, y bajo qué parámetros sustantivos y formales, son interrogantes de difícil solución normativa. Ello implica ponderar los intereses tales como los bienes jurídicos que se intenta proteger mediante sanciones, como también otros intereses inherentes a los actos comunicativos, como lo son los derechos fundamentales de protección de la privacidad o de libertad de expresión.

Las más importantes reformas normativas relacionadas con el uso de Internet en Chile son las convertidas en ley en los años 2010 y 2011, respectivamente con la regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet por infracción de derechos de autor a través de sus redes, y con la consagración a nivel legal del principio de neutralidad de la red. En ambos casos, la legislación fue modificada para agregar parámetros estatutarios al carácter de *intermediarios* de los prestadores de servicio de Internet, en que la no intervención sobre los contenidos que se transmiten o difunden a través de sus servicios determina su no responsabilidad.

Este nuevo marco normativo, no obstante, dista de representar un consenso entre las distintas comunidades interesadas. Fundamentalmente, porque la capacidad de los intermediarios para impedir los ilícitos se vería desaprovechada en tanto los mecanismos para hacer obligatoria la acción sobre esos contenidos son, en apariencia, muy lentos en comparación con el poder de propagar comunicaciones y contenidos que posee Internet. No obstante, es todavía dudoso que el régimen chileno represente una respuesta óptima que garantice correcto equilibrio entre los intereses involucrados.<sup>9</sup>

PROVEEDORES DE ALOJAMIENTO, son aquellos que cuentan con uno o varios ordenadores con espacio disponible o “servidores”, con acceso a los proveedores de tránsito, a fin de utilizarlos con

<sup>9</sup> Lara J. C. y Vera F. (2015) “Responsabilidad de los Prestadores de Servicio de Internet” ONG Derechos Digitales. Police Papers Nro.03, Santiago, Chile. Véase: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/cl> [Consulta online de fecha 21 de abril de 2015].

sus propios fines o de ponerlos a disposición de terceros, para mantener contenido accesible a través de los otros proveedores. Subdistinguímos entre ellos:

- *Proveedores de caching o memoria tampón*, esto es, proveedores de almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos con el propósito de facilitar el funcionamiento de la red, y
- *Proveedores de hosting*, esto es, proveedores comerciales del servicio de alojamiento de información, para los fines que el respectivo cliente disponga en tanto proveedor de contenidos o servicios.

La legislación chilena no contempla normas generales sobre responsabilidad de intermediarios en redes digitales por contenidos ilícitos o dañinos. No obstante, existe sobre los prestadores de servicios una obligación general de no intervención sobre los contenidos, establecida por la consagración a nivel legal del principio de neutralidad de la red.<sup>10</sup> Los proveedores de acceso a Internet (incluyendo a los proveedores de conexión) tienen el deber de no “bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red”. A esto se suman deberes de transparencia y otras obligaciones de servicio.

Los reclamos por incumplimiento se realizan ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

Respecto de delitos contra la honra, a falta de reglas específicas, han existido casos y prácticas aisladas y diversas en los tribunales.

No existe práctica conocida de tribunales superiores de justicia en el ámbito penal sobre intermediarios, aunque se ha conocido sobre querellas en contra de administradores de sitios web que prestan servicio para la puesta a disposición de contenidos por terceros, en procesos que han sido objetos de salidas alternativas a la sentencia.

En materia de infracciones a derechos de autor y conexos es donde mejor se encuentran delimitados los deberes de los prestadores de servicios de intermediación en redes digitales, a partir de la reforma legal introducida en mayo de 2010, en cumplimiento de tratados internacionales y, fundamentalmente, del Capítulo sobre Propiedad Intelectual del TLC con los EE. UU.<sup>11</sup> En el TLC, las partes se obligaron a proveer incentivos legales para la cooperación entre titulares de derechos de autor y proveedores de servicio de Internet, además de limitaciones a la responsabilidad de estos, dentro de los márgenes provistos por el TLC.

El nuevo capítulo sobre “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet” de la Ley sobre Propiedad Intelectual chilena establece estas exenciones de responsabilidad, bajo tres condiciones generales, de las que solamente se exceptúa a los servicios de búsqueda, enlace o referencia. Tales condiciones (Art.85 O) son: **(a)** haber establecido condiciones generales y públicas, bajo las cuales el proveedor tiene la facultad de poner término a los contratos de los proveedores de contenido calificados judicialmente como infractores reincidentes de derechos de autor; **(b)** no interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas ampliamente reconocidas y utilizadas lícitamente; y **(c)** no haber generado, ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios.

Para dar cumplimiento adecuado a las garantías constitucionales de privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones, se impone también una prohibición de ejercer vigilancia o supervisión de los datos, estableciendo que los prestadores de servicios no tienen la obligación de realizar búsquedas

10 Véase la Ley 20.453, que consagra el principio de Neutralidad en la red para los Consumidores y usuarios de Internet, del 26 de agosto de 2010.

11 Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos (vigente desde 1º de enero de 2004), Capítulo Diecisiete: Derechos de propiedad intelectual.

activas de actividades ilícitas ni de supervisar el contenido de los datos transmitidos, almacenados o referenciados.

Se establece un procedimiento judicial especial, breve y sumario, para cautelar y resguardar los DPI contra las infracciones que se cometan en o a través de redes o sistemas digitales, que establece medidas para el retiro, inhabilitación o bloqueo de contenidos infractores de las redes o sistemas de un ISP. En este sentido, la legislación chilena optó por el sistema de notificación judicial, proceso en el cual la orden de bajada de contenidos está precedida por un análisis judicial de la existencia de una infracción. Este sistema es diferente al de notificación y bajada que establece la norma norteamericana (DMCA), conforme al cual es el propio afectado quien notifica al ISP de la existencia del contenido infractor.

Se establece también el derecho de los titulares a requerir, por vía judicial, la entrega de la información necesaria para la identificación del proveedor de contenidos infractores.



# JURISPRUDENCIA

---



## COMENTARIOS

**I.- Pablo Cornejo Aguilera.**

**Rol:** 47923-2016

**Partes:** Medtronic Usa Inc. con Med Implant y Compañía Limitada

**Tipo Recurso:** Casación en la Forma y el Fondo

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Fecha Sentencia:** 02/03/2017

Santiago, dos de marzo de dos mil diecisiete.

VISTOS:

Que en estos autos Rol 9248 2013, seguidos ante el 24° Juzgado Civil de esta ciudad, compareció Fernando Urrutia Bascuñán, en representación de Medtronic Usa Inc. y dedujo demanda de cobro de pesos en contra de Med Implant y Compañía Limitada, solicitando se la condene al pago de USD \$1.024.275,52 o al monto que el tribunal determine, más el interés mensual de 1,50 % sobre cincuenta y cuatro facturas adeudadas, con costas de la causa.

Fundamentando su pretensión señala que su representada es la compañía de tecnología médica más grande del mundo y en este contexto trabaja con varias compañías distribuidoras en distintos países, las que adquieren equipos y productos para ofrecerlos en el respectivo mercado local, siendo la demandada uno de sus distribuidores en Chile. Por ello, desde el 1 de mayo de 2010 hasta el 30 de abril de 2011 se mantuvo vigente un contrato de distribución suscrito en idioma inglés, denominado “Exclusive Distribution Agreement”, que contiene las obligaciones correlativas, así como de las condiciones concernientes a dicha relación comercial.

Asevera que, en virtud del referido acuerdo, la empresa demandada solicitó el envío de diversos productos médicos, por los cuales emitió las correspondientes facturas, sin que los haya pagado según detalla. Tal incumplimiento motivó que su parte comunicara su intención de no perseverar en el contrato.

La demandada contestó la demanda solicitando su rechazo, para lo cual opuso excepción perentoria de falta de jurisdicción fundada en que de conformidad a la cláusula 3.7 del contrato, denominada “La Ley Vigente y la Resolución de Disputas”, apartado 3.7.1. Ley Vigente, se pactó que: “La vigencia, interpretación y aplicación de este Acuerdo será regida, únicamente, por la Ley del Estado de Minnesota, todas las disputas que surjan en relación a este acuerdo, finalmente, serán resueltas por arbitraje conducido de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por la Asociación Americana de Arbitrajes. Se utilizará el idioma inglés, en cualquiera y en todos los procedimientos arbitrales. El lugar de arbitraje será Minneapolis, Minnesota, U.S.A.”. Por ello, cualquier tipo de controversia entre las partes debe ser conocida y resuelta por los organismos pertinentes fijados en el contrato, lo que permite concluir que cualquier tribunal chileno carece de la posibilidad de conocer, decidir y ejecutar el asunto de autos, pues en virtud de la referida estipulación ha quedado fuera de la órbita de la justicia chilena.

Por sentencia de trece de octubre de dos mil quince, escrita a fojas 493 y siguientes, se acogió la demanda y se condenó a la demandada a pagar al actor la suma US\$ 718.868,52 en su equivalente en pesos, más los intereses que señala, con costas.

El demandado dedujo en contra de este fallo recursos de casación en la forma y apelación, y habiéndose declarado la deserción del primero, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por determinación de nueve de junio del año recién pasado, rolante a fojas 589, lo confirmó.

La parte antes singularizada interpuso recursos de casación en la forma y en el fondo.



Se ordenó traer los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**I. EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:**

**PRIMERO:** Que el recurrente sostiene que la sentencia cuestionada incurrió en el defecto que contempla el artículo 768 N° 5 del Código de Procedimiento Civil en relación al artículo 170 N° 6 del citado cuerpo legal, atendido que no ha resuelto la excepción perentoria de falta de jurisdicción interpuesta por su parte, considerando que en la parte resolutive de ambos fallos no se hizo mención alguna sobre el respecto.

Este vicio dice se produjo en la sentencia de primer grado, lo que fue ratificado por la Corte de Apelaciones.

**SEGUNDO:** Que la decisión de primer grado fue objeto de un recurso de casación en la forma deducido por el demandado, fundado en la causal del número 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación al numeral 6 del artículo 170 del mismo código, arbitrio que se declaró desierto en segunda instancia, como consta de fojas 581, de suerte que el tribunal de segundo grado conoció únicamente del recurso de apelación, también deducido por la misma parte, confirmando el fallo en alzada.

**TERCERO:** Que el recurso de casación en la forma requiere para ser admitido, de acuerdo con el artículo 769 del Código de Procedimiento Civil, que el que lo entable haya alegado de la falta ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, exigencia que en la especie no se cumple, desde que el vicio que se reclama lo contendría la sentencia de primer grado, resolución que si bien se impugnó a través del recurso de nulidad formal por la causal 5a del artículo 768 de dicho Código, el demandado no se hizo parte respecto del mismo dentro del plazo legal, lo que motivó que se declarara desierto, circunstancia que permite concluir que aquel interpuesto en contra de la decisión del a quo no tuvo la virtud de preparar el interpuesto contra el fallo de alzada.

**CUARTO:** Que, a mayor abundamiento, tampoco es cierta la concurrencia del defecto que se reclama, desde que no obstante no contener formalmente lo resolutive de la sentencia el rechazo de la excepción de falta de jurisdicción, fluye de las motivaciones que la sustentan y particularmente del racionio 36°, al que debe atribuírsele el carácter de resolutive, que la referida excepción sin lugar a dudas fue desestimada.

**QUINTO:** Que en consecuencia solo resta desestimar el recurso en estudio en todos sus extremos.

**II. EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:**

**SEXTO:** Que el demandado en primer lugar asevera que ha existido una errada aplicación del artículo 1545 del Código Civil, puesto que en el caso sublite la convención denominada “Exclusive Distribution Agreement” en su artículo “3.7 Legislación aplicable y Resolución de Disputas. 3.7.1. Legislación Aplicable” señala que: “La vigencia, interpretación y aplicación de este Acuerdo será regida, únicamente, por la ley del Estado de Minnesota. Todas las disputas que surjan en relación a este Acuerdo, finalmente, serán resueltas por arbitraje conducido de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por la Asociación Americana de Arbitrajes. Se utilizará el idioma inglés en todos y cada uno de los procedimientos arbitrales. El lugar del arbitraje será Minneapolis. Minnesota, E.E.U.U. No obstante, lo precedente, Medtronic tendrá el derecho a buscar medidas cautelares y/o interponer acciones y buscar sus medidas compensatorias disponibles para el pago de montos insolutos por el Distribuidor en este Acuerdo, ante cualquier tribunal o cuerpo judicial competente”. En este entendido los sentenciadores transgredieron las aludidas estipulaciones contractuales al decidir que el actor posee la facultad de demandar en Chile, en circunstancias que la ley del contrato manda expresamente que tanto la vigencia, interpretación y aplicación de este Acuerdo será regida, únicamente, por la ley del Estado de Minnesota, en idioma inglés y por arbitraje conducido de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por la Asociación Americana

de Arbitrajes. Luego, se ha hecho una interpretación y aplicación errónea e ilegítima de las leyes invocadas en el fallo para radicar la jurisdicción de un tribunal extranjero y un procedimiento arbitral contractualmente establecido, en uno chileno que carece de toda jurisdicción y competencia para conocer del asunto y con un procedimiento distinto.

Añade el demandado que al tratarse de un contrato de distribución y no de compraventa, las partes expresamente establecieron en la ley del contrato que todas las disputas que surjan en relación a este acuerdo serán resueltas por arbitraje conducido de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por la Asociación Americana de Arbitrajes y todo, en idioma inglés. Sin embargo, bajo la falsa premisa que las deudas se originaron en Chile, lo que no es efectivo, puesto que se contrató en los Estados Unidos de América, se ha tramitado un juicio conforme la ley chilena y en un procedimiento ordinario, en circunstancias que correspondía frente cualquier divergencia aplicar las normas del contrato, según se explicó.

Sostiene que la cláusula compromisoria no escapa a los efectos jurídicos previstos en los artículos 1545, 1546 y 1560 y siguientes del Código Civil, de manera que si las partes pactaron en forma amplia la facultad de que el tribunal arbitral de Minneapolis, Minnesota, conociera de una diversidad de materias relacionadas con el acuerdo, incluyendo aquellas que deriven de él, asumieron con ello una regla expresa de extensión de la competencia arbitral; y si a ello se agrega que para interpretar dicho pacto arbitral debe estarse más a la intención de las partes que al tenor literal de las palabras utilizadas, entonces alegar e imponer unilateralmente la jurisdicción y competencia chilena constituye una inobservancia a la misma cláusula compromisoria y una contravención al acto propio de quien demandó en autos.

En segundo término, asevera que se conculcó lo preceptuado en el artículo 113 del Código de Comercio al concluir que es en Chile donde deben ventilarse los asuntos discutidos en autos, sin considerar que según consta del Acuerdo de Distribución acompañado y en particular de la estipulación contractual citada, la vigencia, interpretación y aplicación será regido únicamente, por la ley del Estado de Minnesota. La disposición es clara. El contrato se rige “únicamente” tal es el verbo rector imperativamente utilizado por las partes por la Ley del Estado de Minnesota, U.S.A. y ante tal pacto resulta inaplicable el artículo 113 del Código de Comercio, toda vez que esta disposición en su parte final expresamente excluye la aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil cuando los contratantes acordaron otra cosa, cuyo es el caso.

A su vez, el mencionado artículo 16 si bien establece que los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile se arreglarán a las leyes chilenas, es lo cierto que en relación al caso de autos ello se vincula con el cumplimiento de la eventual sentencia extranjera que se dicte luego del arbitraje que debe ser conducido, en este caso, de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por la Asociación Americana de Arbitrajes según las Leyes del Estado de Minnesota y en Minneapolis. Incluso, en el mismo convenio se establece que dicho contrato surtirá sus efectos en Estados Unidos de América, lo que también lleva a reconocer la competencia de los tribunales de ese país.

Además, aquella norma establece la ley que rige el estatuto real de los bienes situados en Chile, lo que significa que los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena. Lo anterior conlleva que la ley nacional se aplica a todas las relaciones de carácter real de que sean susceptibles los bienes situados en Chile. Pero este precepto no tiene el alcance que erróneamente se le ha dado en el fallo, puesto que únicamente se refiere a una cuestión de carácter procesal como es la de hacer aplicable en nuestro país una resolución judicial extranjera porque afecta a bienes situados en Chile. Si bien las relaciones de carácter real sobre dichos bienes deben sujetarse a la ley chilena, ello en el caso sub lite solo es admisible en la etapa de cumplimiento o ejecución de una eventual sentencia arbitral respecto de tales bienes.

Por otra parte, si bien en el contrato suscrito en los Estados Unidos se establece que Medtronic tendrá el derecho a buscar medidas cautelares y/o interponer acciones y buscar sus medidas compensatorias

disponibles para el pago de montos insolutos por el distribuidor en ese Acuerdo ante cualquier tribunal o cuerpo judicial competente, es menester tener presente que ello solo dice relación con buscar medidas cautelares y/o compensatorias por cuanto se trata de un contrato de distribución y no de compraventa pero siempre y en todo caso mediante arbitraje, bajo la única ley aplicable que es la Ley del Estado de Minnesota, Estados Unidos. El contrato no hizo mención a ley distinta ni a jurisdicción extranjera alguna, por lo que no deben perderse de vista los principios fundamentales en todo contrato, cuales son el de la buena fe y aquel que refiere que las cláusulas contractuales deben ser interpretadas en la medida que produzcan efectos, lo que en este caso es precisamente por tratarse de un contrato de distribución y no de compraventa, que toda controversia o dificultad se dirimiera mediante arbitraje y según las normas y leyes que expresamente convinieron, resultando plenamente aplicables los artículos 1560 y siguientes del Código Civil.

Por otro lado, hace presente que frente al abuso de ciertas empresas transnacionales en la terminación de los contratos de distribución celebrados con empresarios chilenos, resulta aplicable la Teoría del Abuso del Derecho, aseverando que en autos se ha demandado el cobro de sumas que no se adeudan, por montos injustificados e inaceptables ante un tribunal que carece de jurisdicción, supuestamente devengadas de un contrato de distribución no resuelto y a través de un procedimiento contencioso ordinario, en circunstancias que debió efectuarse en la sede arbitral y mediante los procedimientos contractualmente establecidos, para finalmente enriquecerse ilícitamente a su costa.

A continuación sostiene que ha sido infringida la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional en sus artículos 5, 7, 16 y 20, lo que se produce al concluir el sentenciador que el actor posee la facultad de demandar en Chile todas aquellos pagos que no se le hubieren realizado en virtud del contrato, no obstante que el citado artículo 5° expresamente manda que no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga, por lo que dicha norma niega terminantemente la intervención como ocurrió en este caso de cualquier tribunal chileno al respecto.

Por su lado, conforme al artículo 7° de la Ley 19.971 el acuerdo de arbitraje fue específica y expresamente pactado en el Artículo 3.7 que indica que la legislación aplicable y resolución de disputas se regirá por el numeral 3.7.1. establecido en el acuerdo de distribución, lo que fue desestimado por los sentenciadores. Tampoco fue considerado el tenor del artículo 16°.

En lo que respecta al aludido artículo 20, indica el recurrente que esta disposición debe vincularse con el artículo 135 del Código Orgánico de Tribunales, toda vez que las partes según esta ley determinaron libremente el lugar del arbitraje. La última norma citada tiene preeminencia sobre las normas generales de competencia contenidas en la ley del ramo, puesto que las partes expresamente convinieron un domicilio para todos efectos y se sometieron a la jurisdicción de los tribunales de dicho domicilio, sobre el cual los tribunales chilenos no tienen jurisdicción.

A continuación, acusa el demandado la vulneración de los artículos 318, 319 y 321 del Código de Derecho Internacional Privado. La primera norma otorga total valor a la cláusula de sumisión incorporada en el contrato celebrado entre las partes. Dicha disposición fue infringida pese a que oportunamente se hizo valer tal alegación a través del recurso de apelación deducido en contra de la sentencia recurrida.

Tampoco se consideró que lo prohibido en nuestro derecho es someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, pero la jurisdicción extranjera está aceptada según lo dispuesto en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Por su lado, el artículo 319 del Código de Derecho Internacional Privado establece que la sumisión solo podrá hacerse al juez que ejerza jurisdicción ordinaria y que la tenga para conocer de igual clase de negocios y en el mismo grado, esto es, el tribunal arbitral.

Además, el artículo 321 entiende por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan.

Luego, en la sentencia impugnada se desconoció la sumisión que las partes expresamente hicieron en el Contrato de Distribución válidamente celebrado y en el cual renunciaron a cualquier otro fuero.

Por último, dice que también es menester traer a colación la disposición contenida en el artículo 7° de la Constitución Política de la República, en orden a que los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley, siendo los Tribunales de Justicia órganos del Estado a través de los cuales se ejerce la jurisdicción y a los que, en conformidad al artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, corresponde conocer de todos los asuntos judiciales que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la República. Por lo tanto, en la sentencia objeto de reproche se conculcaron además los artículos 5°, 7°, 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y lo dispuesto en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales.

SÉPTIMO: Que, para los efectos de los cuestionamientos planteados en el recurso de nulidad en examen, es menester dejar anotado que constituyen hechos de la causa los siguientes:

a) Las partes suscribieron un Contrato de Distribución en idioma inglés, denominado “Exclusive Distribution Agreement, en el cual se establecieron obligaciones recíprocas; b) En la referida convención se pactó lo siguiente: “3.7 Legislación aplicable y Resolución de Disputas. 3.7.1. Legislación Aplicable. La vigencia, interpretación y aplicación de este Acuerdo será regida, únicamente, por la ley del Estado de Minnesota. Todas las disputas que surjan en relación a este Acuerdo, finalmente, serán resueltas por arbitraje conducido de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por la Asociación Americana de Arbitrajes. Se utilizará el idioma inglés en todos y cada uno de los procedimientos arbitrales. El lugar del arbitraje será Minneapolis, Minnesota, E.E.U.U. No obstante, lo precedente, Medtronic tendrá el derecho a buscar medidas cautelares y/o interponer acciones y buscar sus medidas compensatorias disponibles para el pago de montos insolutos por el DISTRIBUIDOR en este Acuerdo, ante cualquier tribunal o cuerpo judicial competente”.

OCTAVO: Que el tribunal para desestimar la excepción de falta de jurisdicción sostuvo que la actora al tenor de la cláusula contractual transcrita precedentemente mantiene la facultad de “buscar medidas cautelares y/o interponer acciones y buscar sus medidas compensatorias disponibles para el pago de montos insolutos por el DISTRIBUIDOR en este Acuerdo, ante cualquier tribunal o cuerpo judicial competente”, lo que se traduce en que posee la facultad de demandar en Chile todas aquellos pagos que no se le hubieren realizado en virtud del contrato en cuestión, lo que además fluye de la propia convención en que la remisión a los tribunales norteamericanos constituye una cláusula establecida a favor del contratante allí domiciliado y por ende, por él renunciable, puesto que es el demandante quien asumió el costo de movilizarse y demandar en un país distinto al de la celebración del contrato, puesto que la deuda se ha originado en Chile, análisis que además se debe hacer al tenor de lo preceptuado en los artículos 16 del Código Civil y 113 del Código de Comercio.

De otro lado, ponen de relieve los sentenciadores que de acuerdo a los principios que rigen los contratos de la buena fe y aquel que refiere que las cláusulas en los contratos deben ser interpretadas en la medida que produzcan efectos de aceptarse la hipótesis del demandado, quien no niega haber recibido los bienes materia de la convención, omitiendo información respecto al pago de los mismos, el pago pretendido en la demanda se tornaría difícil de ejecutar, más cuando las alegaciones del demandado no implican mayores seguridades o beneficios para su parte, salvo el dilatar la discusión y ejecución.

Por último, cabe aplicar en la especie el principio de inexcusabilidad que obliga al tribunal a resolver el asunto sometido a su conocimiento.

NOVENO: Que todos los errores de derecho denunciados por el recurrente se refieren exclusivamente a la validez del juicio realizado en Chile por el recurrido, debido a la existencia de la cláusula de arbitraje establecida por las partes en el Contrato de Distribución en idioma inglés, denominado “Exclusive Distribution Agreement” celebrado entre ambos. Por lo cual el problema jurídico se reduce a una correcta interpretación de dicha cláusula, para determinar la competencia de los tribunales chilenos.

El artículo 1560 del Código Civil consagra el principio rector referido a la interpretación de los contratos y señala: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Aquí debemos enfrentarnos al primer problema: ¿es conocida claramente la intención de los contratantes? Si se lee la primera parte de la cláusula se debería llegar a la conclusión de que sí, que los conflictos se resolverán por la vía del arbitraje y que la ley aplicable es la del Estado de Minnesota; si la cláusula sólo fuera esa parte, no habría problema en aplicar el presente artículo ya que la intención es clara y es lo misma que señalan las palabras.

DÉCIMO: Que entonces cabe abocarse a entender qué quisieron decir las partes con la parte final de la cláusula que establece que “No obstante lo precedente, Medtronic tendrá el derecho a buscar medidas cautelares y/o interponer acciones y buscar sus medidas compensatorias disponibles para el pago de montos insolutos por el DISTRIBUIDOR en este Acuerdo, ante cualquier tribunal o cuerpo judicial competente”. Para poder hacer una interpretación correcta al respecto se debe recurrir al artículo 1562 del Código Civil, que señala: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”; y al artículo 1564 inciso primero del mismo Código, que señala: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”. De acuerdo al recurrente, esto solo sería para poder hacer cumplir la sentencia extranjera en Chile y en los bienes que posea en Chile el demandado; demás está decir que esa es una interpretación poco convincente y sí muy conveniente al recurrente. La parte final de la cláusula también es clara, ya que parte señalando “no obstante lo precedente” esto es, a pesar del arbitraje y de la aplicación de la ley de Minnesota, Medtronic tiene otros derechos, si no fuera así tendríamos que sostener justamente lo que el artículo 1562 del código de Bello no quiere, habría una cláusula o por lo menos una parte de ella que no produciría efecto alguno. Estamos frente a un caso en que el Distribuidor adeuda una cantidad de dinero, lo que se considera al tenor de la cláusula “montos insolutos”, frente a esto el contrato le permite al demandante buscar medidas cautelares y/o interponer acciones y buscar sus medidas compensatorias disponibles para el pago de montos insolutos; ¿qué es lo que hizo Medtronic? solo eso, intentar la acción ante los tribunales chilenos para el pago de lo adeudado.

¿Por qué se le da esta posibilidad al demandante? Básicamente porque el hecho que el conflicto se radique en Minnesota le favorece a él y todos los derechos que están establecidos en su propio beneficio pueden ser renunciados por la persona en cuyo favor están establecidos, por lo cual, frente a la deuda del distribuidor el demandante prefirió renunciar tanto al arbitraje y a la ley del lugar que él conoce, cuál es la de su país y su Estado, y decide aplicar la parte final de la cláusula en conflicto y accionar por el monto insoluto en Chile; con esto se aplica a la vez correctamente el inciso primero del artículo 1564, ya que se está interpretando las partes de las cláusulas unas por otras en el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

UNDÉCIMO: Que la actitud del demandado no corresponde a la de un contratante de buena fe, no solo porque ha incumplido el contrato, sino porque pretende desconocer una parte de una cláusula que él mismo aprobó, con el solo fin de dilatar el cumplimiento de sus deberes contractuales y obligar al demandante a volver a demandar.

DUODÉCIMO: Que, entonces, por no haberse demostrado los errores de derecho denunciados, el recurso de casación en el fondo interpuesto deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo además a lo dispuesto en los artículos 767 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se rechazan con costas los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otosí de fojas 590, respectivamente, contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de nueve de junio de dos mil dieciséis, escrita a fojas 589.

Regístrese y devuélvase con su Tomo I y agregados.

Redacción de la Abogada Integrante Sra. Leonor Etcheberry C.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Patricio Valdés A., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G. y Sra. Leonor Etcheberry C.

### **Comentario.**

La definición de los mecanismos de que dispondrán las partes de una relación contractual para resolver sus controversias constituye una de las cuestiones más relevantes en la práctica comercial internacional, hasta el punto que el artículo 19.3 de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías declara que cualquier modificación al respecto introducida por una de las partes dentro del proceso de la formación del consentimiento obliga a considerar la propuesta como una contraoferta, que debe ser aceptada por su destinatario.

No son pocas las razones que justifican este lugar central que los acuerdos de arbitraje y los acuerdos sobre elección de foro ocupan al día de hoy, siendo suficiente con considerar los beneficios que confiere a las partes, en términos de previsibilidad, acerca de cuál es la sede donde deberán plantear sus pretensiones o, incluso, acerca de cuan proclive será quien deba conocer de la controversia al desarrollo de soluciones que consideren los elementos internacionales involucrados dentro del caso, respetando, por ejemplo, las cláusulas de autonomía conflictual incorporadas dentro del contrato o interpretando las obligaciones que emanan del mismo, según los principios que integran la *lex mercatoria*.

Sin embargo, dicha evolución no deja de involucrar problemas, como ocurre por ejemplo con la eventual afectación del derecho a un debido proceso de la parte que debe concurrir a litigar a un foro distinto de aquel que le habría correspondido de no haber suscrito el acuerdo de elección o de arbitraje, o con la necesidad en que se encontrará el demandante de duplicar las contingencias que afrontará al momento de iniciar una demanda, debiendo primero sostenerla en el foro elegido o en la sede arbitral, en el marco de un proceso declarativo, para luego deber ejecutarla en un foro distinto, donde el demandado tiene sus bienes, cumpliendo con aquellas reglas dispuestas para el reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos extranjeros.

Pues bien, en la sentencia que motiva el presente comentario (SCS Rol 47.923-2016, de fecha 02 de marzo de 2017) la Corte debió pronunciarse —indirectamente— acerca de estos dos problemas involucrados en un acuerdo de arbitraje. Precisamente, el caso en cuestión se origina a partir de una demanda de cobro de pesos en juicio ordinario, interpuesta ante los tribunales civiles de Santiago por parte de la demandante, una sociedad americana (Medtronic USA Inc.), quien fundó su acción en el incumplimiento en que incurrió la demandada, una sociedad chilena (Med Implant y Compañía Limitada), de su obligación de pagar el precio de los productos médicos que recibió en ejecución de un contrato de distribución exclusiva celebrado entre las partes, que se mantuvo vigente entre los días 1 de mayo de 2010 y 30 de abril de 2011.

En el contexto del señalado proceso, la demandada de autos alegó la falta de jurisdicción de los tribunales chilenos para efectos de conocer de la señalada pretensión, en razón de lo dispuesto en el artículo 3.7 del contrato, que establece una regulación especial acerca de la resolución de disputas, en los siguientes términos: “*La vigencia, interpretación y aplicación de este Acuerdo será regida, únicamente, por la ley del Estado de Minnesota. Todas las disputas que surjan en relación a este Acuerdo, finalmente, serán resueltas por arbitraje conducido de acuerdo con las reglas y procedimientos establecidos por la Asociación Americana de Arbitrajes. Se utilizará el idioma inglés en todos y cada uno de los procedimientos arbitrales. El lugar del arbitraje será Minneapolis, Minnesota, EE.UU. No obstante lo precedente, Medtronic tendrá el derecho a buscar medidas cautelares y/o interponer acciones y buscar sus medidas compensatorias disponibles para el pago de montos insolutos por el Distribuidor en este Acuerdo, ante cualquier tribunal o cuerpo judicial competente*”.

Como se puede apreciar, en el caso fue la demandante quien, buscando evitar las complicaciones que supone la tramitación de un proceso arbitral ante una sede distinta a aquel lugar donde el demandado está domiciliado y tiene sus bienes, decide sustraerse a lo dispuesto en el acuerdo de arbitraje interponiendo su acción directamente ante los tribunales civiles de Santiago, cuestión que es controvertida por la parte demandada y que motiva la interposición de un recurso de casación en el fondo. Dicho recurso, en definitiva, sería rechazado por la Corte, en una decisión que nos parece correcta, sobre la base de dos principales argumentos: el primero de ellos pasa por la interpretación de la voluntad de las partes; el segundo, por quien es el beneficiado con la aplicación de dicha cláusula.

En efecto, la Corte delimita correctamente el ámbito de la discusión, al momento de considerar el acuerdo de arbitraje como un contrato que, pese a desarrollar sus efectos en el ámbito procesal, se encuentra sometido todavía a las reglas sustantivas dispuestas en la legislación para efectos de interpretar la convención y poder establecer cuál es su alcance. De esta manera, en la sentencia de casación, la Corte recurre a los artículos 1560 y 1562 del Código Civil chileno para efectos de fijar la verdadera intención de las partes al incorporar la señalada cláusula dentro de su contrato, concluyendo que la remisión a los tribunales norteamericanos constituye una cláusula establecida a favor de la sociedad demandante, quien puede, por lo mismo, renunciar a ella. Lo anterior, basado principalmente en lo dispuesto en el artículo 1562, que exige interpretar las cláusulas de un contrato en un sentido que favorezca la plena producción de efectos, para lo cual tiene en consideración que obligar a la sociedad americana a interponer su acción ante un árbitro con sede en Minnesota, lo que implicaría privar de efectos a la última parte de la cláusula en cuestión, que le confiere el derecho a interponer acciones y medidas compensatorias ante cualquier tribunal o cuerpo judicial competente.

De esta forma, según la interpretación que se efectúa del contrato, el arbitraje no aparece como un foro necesario donde resolver las controversias que se produzcan en el contexto del mismo. De ello se siguen dos consecuencias importantes. La primera, que las partes puedan pactar que el acuerdo de arbitraje tenga un carácter obligatorio para una de ellas y facultativo para la otra. La segunda, que siendo la señalada una cuestión que en último término deberá ser determinada a la luz de las reglas sobre interpretación de los contratos, resulta recomendable que la facultad de recurrir ante otra sede o foro que se reserva uno de los contratantes se encuentre explícita en el acuerdo, más no se trata de una cuestión necesaria, si al mismo resultado se puede arribar aplicando las restantes reglas de interpretación de los contratos.

Más complejo es el segundo argumento desarrollado por la Corte, confirmando la conclusión a la que arriba a partir de la interpretación del contrato. En este orden, se tiene en consideración que la cláusula solo favorece a la parte demandante, quien puede en consecuencia renunciar al arbitraje que tiene por sede el estado de su domicilio y a la ley establecida en el acuerdo (también la de Minnesota) accionando en Chile, asumiendo el costo de movilizarse y demandar en un país distinto. Sin embargo, resulta fácil advertir por qué este segundo argumento no es fácilmente aplicable a otros casos, desde el momento que el beneficio que las partes esperan obtener del cumplimiento del acuerdo de arbitraje puede ir mucho más allá del lugar donde se desarrollará el proceso, comprendiendo cuestiones como la confidencialidad del mismo, la *expertise* del árbitro, la reputación de la sede para efectos del reconocimiento del laudo, entre otros.

Por esta razón, creemos que se trata de un razonamiento que solo sirve para confirmar la decisión, una vez que se ha concluido sobre la base de la interpretación del acuerdo que este era facultativo para una de las partes y que, por el contrario, la regla general debe ser que el solo hecho de que se intenten las acciones ante los tribunales correspondientes al domicilio del demandado no puede ser considerado una razón suficiente para dejar de aplicar lo pactado por las partes en el acuerdo, pues fue su voluntad el sustraerse de la jurisdicción de los tribunales estatales y entregar el conocimiento del conflicto a un árbitro con sede en el extranjero.

Finalmente, existen dos últimos elementos que no pueden ser obviados en el presente comentario. El primero, es que en su decisión la Corte confirma el que se ha considerado es el criterio más

importante para reconocer la jurisdicción de los tribunales chilenos para conocer de un conflicto: el domicilio del demandado. Aunque expresamente no se haga referencia a él, se encuentra implícito en la propia aplicación que se efectúa de la cláusula 3.7 del contrato, que da derecho a la demandante a recurrir ante cualquier "... *tribunal o cuerpo judicial competente...*", cuestión que debe ser definida a la luz de la *lex fori*.

La segunda, más compleja, es que a lo largo del recurso se van confundiendo dos cuestiones diversas, como son la autoridad competente para conocer del mismo y el derecho aplicable a la resolución de la controversia. En particular, sobre este hecho resulta llamativo que la Corte haya interpretado el contrato de acuerdo a las reglas del Código Civil chileno, en circunstancias que las partes, en la misma cláusula, sujetaron su interpretación a las leyes del estado de Minnesota. Si bien puede entenderse que en el contexto de la discusión habida ante los tribunales chilenos se produjo una renuncia tácita a dicha cláusula —de hecho, las partes afirman sus pretensiones invocando la legislación nacional— es necesario destacar que el solo hecho que se haya intentado la acción ante los tribunales chilenos no implica necesariamente una renuncia a esta segunda cláusula incorporada dentro del contrato, siendo cuestiones que deben ser analizadas de manera separada.

## II.- Dione Meruane Osorio<sup>1</sup>

**Rol:** 24.348-2017

**Partes:** Sociedad Comercial Polaca Bakalland S.A. con Agroprodex Internacional S.A."

**Tipo Recurso:** Exequátur.

**Tipo Resultado:** Acogido

**Fecha Sentencia:** 29/11/2016

### VISTOS:

A fojas 53 comparece el abogado Sr. Christian Alfred Mentler, domiciliado en Nueva Providencia N°2155, oficina 1002-B, Providencia, Santiago, en representación de la sociedad comercial polaca Bakalland S.A, representada por su director Marek Moczulski, comerciante, ambos domiciliados en calle Ul. Fabryczwa 500 - 446, Varsovia, República de Polonia, solicitando se conceda autorización para cumplir en Chile la sentencia arbitral extranjera de 18 de diciembre de 2014, dictada por la Sala del Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio en Varsovia, que condenó a la sociedad chilena Agroprodex Internacional S.A., representada por su gerente general, Alejandro Rafael Batarce Mufdi, ambos con domicilio en Avenida Jaime Guzmán Errázuriz N°3180, comuna de Renca, Santiago, a pagar a su representada las siguientes cantidades: a) USD 229.627, 77, con los intereses devengados desde el día 22 de enero de 2014 hasta el día del pago; b) 44.479,00 zlotych; c) 2.000,00 zlotych por reembolso del pago de la registración y d) 22.200 zlotych por costas de representación judicial.

A fojas 63 se ordenó poner en conocimiento de la sociedad Agroprodex Internacional S.A. la petición de exequátur.

A fojas 121 la referida sociedad evacúa el traslado conferido oponiéndose a la petición de autos.

A fojas 148 el Sr. Fiscal Judicial informó favorablemente la solicitud de exequátur.

Se trajeron los autos en relación.

1 \* Ayudante Ad-Honorem de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.



**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que la solicitud de exequátur se funda, en cuanto a los hechos, en que Bakalland S.A. como compradora y Agroprodex como vendedora celebraron en Varsovia con fecha 28 de febrero de 2012 un contrato de compraventa de ciruelas pasas de diferentes tamaños, fijando el precio de venta, en el que se incluyó una cláusula de opción de compra y entrega adicional del producto, quedando autorizada la compradora en caso de incumplimiento de la vendedora de las condiciones de entrega a comprar el producto en el mercado abierto, cobrando al vendedor la posible diferencia de precio.

Con fecha 9 de marzo de 2012 celebraron un segundo contrato, en este caso de compraventa de pasas Thompson Jumbo, en los mismos términos, incluyendo también la opción de compra y la obligación del vendedor de pagar la posible diferencia de precio, en caso de no cumplir con la entrega.

Ambos contratos contemplan una cláusula arbitral del mismo tenor, que señala que si no se logra un acuerdo amistoso para resolver las discrepancias, las controversias se resolverán mediante arbitraje del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Polonia, en Varsovia, de conformidad con el procedimiento que ella establece, en idioma polaco y que el dictamen será definitivo y aplicable a ambas partes.

La cláusula arbitral está contenida en el número 10 de la Parte IV sobre Condiciones Generales del contrato.

El 3 de agosto de 2012 la demandante comunicó a la vendedora vía email su voluntad de hacer uso de la cláusula de compra adicional de ciruelas pasas y que el 6 de noviembre pidió también una entrega adicional de pasas. Sin embargo, el 7 de noviembre de 2012, Agroprodex informó por medio de email, que no suministraría los productos adicionales, porque no contaba con ellos en bodega.

Por lo anterior Bakalland S.A. se vio obligada a comprar los productos faltantes a otros proveedores, por precios mayores a los fijados en los contratos celebrados con Agroprodex y a deducir demanda arbitral en contra de la vendedora ante el Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio de Varsovia, Polonia, cuyo objeto fue el reembolso de la diferencia de precios.

El 4 de diciembre de 2014 en dicha ciudad y país se realizó la vista de la causa, previa notificación de la citación a la referida audiencia que se practicó a la demandada el 3 de noviembre de 2014, dictándose sentencia el 18 de diciembre de 2014, que condenó a la demandada al pago de las sumas y por los conceptos indicados.

En cuanto al derecho se indica que la sentencia cuyo exequátur se solicita es un fallo arbitral extranjero, al haber sido dictado por el Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio en Varsovia, con sede en la República de Polonia y que las partes acordaron un arbitraje extranjero, por lo que la tramitación del exequátur solicitado se rige por las normas de los artículos 242 y 246 del Código de Procedimiento Civil y del Convenio de Nueva York de 1958 y los artículos 8, 9, 35 y 36 de la Ley N°19.971, cumpliéndose en la especie con todos los requisitos exigidos para su procedencia.

**SEGUNDO:** Que la sociedad Agroprodex Internacional S.A., al evacuar el traslado, solicitó el rechazo del exequátur conforme a los argumentos de hecho y de derecho que indica.

Señala, en síntesis, que sólo con ocasión de la notificación de la solicitud de exequátur tomó conocimiento de que la empresa Bakalland S.A. había iniciado un proceso arbitral en su contra ante la Cámara de Comercio de Polonia, en Varsovia, y que las notificaciones para informarle del inicio del proceso arbitral le fueron enviadas en idioma polaco, el cual le es absolutamente desconocido, habiéndose practicado en inglés todas las comunicaciones y contratos entre las partes.

Señala que en razón de lo anterior la notificación efectuada le impidió tomar conocimiento de la acción interpuesta, ejercer su derecho a escoger el nombre de un árbitro y presentar su defensa, por lo que dicho acto no puede ser calificado de una “debida notificación”, requisito indispensable para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. En efecto, la falta de una debida notificación, en

atención al idioma de la misma, constituye una vulneración grave al debido proceso y contraviene además el orden público nacional.

Alega que la falta de una debida notificación contraría lo dispuesto por diversos tratados internacionales, como la Convención de Nueva York y de Panamá, el Código de Bustamante, la Ley N°19.971 y el Código de Enjuiciamiento Civil, los cuales establecen como exigencia para el reconocimiento de una sentencia extranjera que la parte en contra de la cual se invoca hubiese sido impuesta de la existencia del juicio de una manera efectiva, esto es, que tuviera la oportunidad efectiva de comprenderlo y ejercer así su debida defensa, lo que no ocurrió en el caso materia de autos.

Agrega que las fuentes del derecho internacional han entendido que las notificaciones deben ser efectivas, lo que implica que el destinatario pueda tomar conocimiento real de lo que se le pretende informar, teniendo relevancia entonces el idioma en que dichas actuaciones se realizan, debiendo hacerse en aquel que pueda ser conocido por la parte, situación en la que no se encuentra el idioma en este caso utilizado, es decir, el polaco.

Por otro lado, alega que tampoco se cumplen con las exigencias formales para otorgar reconocimiento a la sentencia de que se trata, desde que no se acompañaron a la solicitud de exequátur los originales y traducciones del fallo y de los contratos materia de autos.

**TERCERO:** Que el Sr. Fiscal, evacuando el informe requerido, expresa que es de opinión de que se conceda el exequátur solicitado, señalando que la petición de autos, al referirse al otorgamiento de la autorización para cumplir en Chile una sentencia arbitral en materia comercial expedida en el extranjero, debe ser resuelta dentro del marco legal que señalan los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil como normas generales y las contenidas en la Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que legisla especialmente sobre esta materia, en la que se contienen disposiciones semejantes a las establecidas en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de las Naciones Unidas de 1958, conocida como “Convención de Nueva York”.

Indica que el Capítulo VIII de la Ley N° 19.971, que trata sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos, señala en el artículo 35, número 1), que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante u obligatorio y que su reconocimiento o ejecución debe ajustarse a lo que dispone el artículo 36 de la misma ley. Estas disposiciones por su calidad de especiales priman sobre las contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que reglan en forma general el cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero.

Sostiene que se establece así una especie de presunción legal de la legitimidad del laudo, la que solamente puede ser desvirtuada por las circunstancias que señala el artículo 36 de la citada ley.

Agrega que la finalidad del procedimiento de exequátur, de acuerdo con el principio de la “regularidad internacional de los fallos”, es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo resuelto tanto en los hechos como en el derecho.

Expresa que de los antecedentes se desprende que Agroprodex se sometió voluntariamente a un tribunal arbitral y a un derecho extranjero, así como a las normas que rigen al tribunal y que la causa se tramitó en idioma polaco, conforme a lo acordado en la cláusula arbitral.

Además, de la lectura del laudo aparece que Agroprodex fue notificada de la demanda arbitral mediante correo y en su oportunidad la citación a audiencia mediante mensajería internacional y que estos documentos fueron recibidos por la demandada, por lo que la demandada no estuvo impedida de hacer valer su derecho a defensa, ya que no es una circunstancia insuperable el hecho que los documentos fueran enviados en idioma polaco.

**CUARTO:** Que toda sentencia pronunciada por tribunales extranjeros, incluyendo las arbitrales, requieren de exequátur para poder ser cumplidas en territorio nacional y conforme a la materia de que se trata la solicitud debe ser resuelta de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y, especialmente, a lo estatuido en la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio de las normas que se han establecido en la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, de la O.N.U., promulgada como ley por el D.S. N° 664 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 30 de Octubre de 1975.

**QUINTO:** Que, en definitiva, corresponde a esta Corte, a la luz de los antecedentes allegados a estos autos, examinar el cumplimiento de los requisitos previstos para que sea reconocido y ejecutado en Chile el laudo arbitral según la normativa antes señalada, puesto que el demandado alega que no se reúnen las condiciones copulativas que la ley establece.

Al respecto debe precisarse que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver materias propias de los hechos y del derecho ventiladas en la causa en que se dictó la sentencia arbitral extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir defensas o excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente del fallo y ante el tribunal que ha de conocer de ellas.

**SEXTO:** Que atendido lo anterior, corresponde precisar que los artículos 35 y 36 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional que rigen el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos arbitrales dictados en el extranjero, son normas especiales que priman respecto de las generales y cuyos preceptos por lo demás son similares a los establecidos en las disposiciones de la Convención de Nueva York y en la que la primera, por lo demás, se inspiró para su dictación, las que estatuyen lo siguiente:

Artículo 35: Reconocimiento y ejecución. 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.

Al efecto, el artículo IV de la Convención que establece normas y exigencias específicas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras contiene, según su tenor literal, una norma que es reflejo de la anteriormente reproducida.

A su vez, el citado artículo 36 -reproduciendo el artículo V de la Convención de Nueva York- señala los motivos por los cuales se puede denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, de cuyo respecto se infiere que sólo se podrá rehusar el reconocimiento y ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual se invoca, si ésta prueba ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución, alguna de las situaciones que a continuación dicho precepto refiere y que consisten en lo siguiente: 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 del país en que se haya dictado el laudo, o ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo 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, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o iv) Que la composición del

tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, o v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo. Agrega a continuación que también se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución comprueba que se dan algunos de los siguientes escenarios: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo sean contrarios al orden público de Chile.

**SÉPTIMO:** Que de las situaciones referidas y que revisten el carácter de causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral según las normas citadas, la sociedad Agroprodex con arreglo a los antecedentes descritos precedentemente, ha invocado como motivos de reparo en su defensa: a) la ausencia de una debida notificación del proceso de arbitraje; b) la contravención al orden público internacional y c) el incumplimiento de ciertos requisitos formales por no haberse acompañado los contratos originales y presentado las traducciones certificadas por las personas competentes de la sentencia y el acuerdo.

**OCTAVO:** Que, sin perjuicio de que ninguna de estas alegaciones se fundamentan en hechos que configuren alguna de las causales que hacen procedente enervar el reconocimiento del fallo y su cumplimiento pertinente, como lo ha informado el Sr. fiscal judicial al sostener que la sentencia pronunciada por el tribunal arbitral reúne todas las condiciones requeridas por el marco legal aplicable para dar curso a su respectivo reconocimiento y ejecución, ha de advertirse además lo que seguidamente se expresa.

**NOVENO:** Que en el caso de autos el laudo arbitral cuyo reconocimiento y cumplimiento se ha solicitado se ventiló de acuerdo al procedimiento de arbitraje del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Polonia Varsovia, y conforme a sus dictados, las partes se obligaron a dar cumplimiento al laudo que se dictase, y en tales términos entendieron que el idioma era el polaco.

En efecto, en los dos contratos de compraventa celebrados entre las partes, estas estipularon la cláusula del siguiente tenor: “10.- Si no se lograre un acuerdo amistoso para resolver la situación, las Partes acuerdan que las controversias se resolverán mediante arbitraje del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Polonia en Varsovia, de conformidad con el procedimiento de esta, en polaco. El dictamen del árbitro será definitivo y aplicable a ambas partes”.

Además, cabe consignar que de los propios argumentos vertidos por Agroprodex, esta no sólo no se vio impedida de ejercer su derecho a defensa, pues la misma conoció de la notificación la que le llegó en el tiempo debido, sino que lo que únicamente aduce es desconocimiento del idioma en que fue practicada, lo que pudo solucionar y se ajustó por lo demás a lo acordado.

Así no puede estimarse que la notificación practicada a la demandada no se hiciera en forma debida y que con ello se afectara la garantía del debido proceso -fundamento central de su defensa- puesto que se ajustó a lo que las partes expresamente pactaron en cuanto al idioma por el que se regiría el procedimiento arbitral, lo que incluye a todos los actos procesales. Por lo demás, al haber tomado conocimiento de la actuación (hecho no discutido), estuvo en condiciones y, por ende, debió adoptar las medidas conducentes para conocer su contenido, sin que pueda atribuirse a otros intervinientes responsabilidad en este sentido.

**DÉCIMO:** Que respecto al incumplimiento de requisitos formales que también esgrime Agroprodex como motivo de oposición al exequátur, lo cierto es que la peticionaria ha acompañado a los autos tanto los originales de la sentencia como de los contratos celebrados por las partes, los que fueron custodiados. Además consta de los antecedentes que se han allegado al proceso sus traducciones, las que fueron realizadas por las personas correspondientes, según dan fe las certificaciones, timbres y constancias en ellas contenidos, no siendo efectivas las faltas que en este sentido dicha parte ha invocado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en las disposiciones legales citadas, **se acoge la solicitud de exequátur** por la cual se pide que se conceda la autorización para cumplir en Chile el Laudo arbitral dictado en Varsovia con fecha 18 de diciembre de 2014 por el Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio en dicha ciudad, integrada por los árbitros Wiestaw Opalski, Presidente, Robert Rykowski y Ewa Stompor-Nowicka, ventilado conforme al Reglamento de esa Cámara y que ha impetrado Bakalland S.A., a través de su apoderado Sr. Christian Alfred Mentler, que condenó a la sociedad Agroprodex al pago de las cantidades y por los rubros indicados, ejecución que deberá someterse al conocimiento del tribunal civil que corresponda conforme a la ley.

Regístrese y archívese.

Redacción del Ministro Sr. Patricio Valdés Aldunate.

Rol 24.348-2016.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros, Sr. Patricio Valdés A., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa María Maggi D. y Sr. Juan Eduardo Fuentes B.

### **Comentario.**

La Sociedad comercial polaca Bakalland S.A. -compradora- y la sociedad chilena Agroprodex Internacional S.A. -vendedora-, celebraron dos contratos de compraventa, uno el 28 de febrero de 2012, y el otro el 9 de marzo de 2012, en los cuales se incluyeron cláusulas de opción de compra y entrega adicional de productos, quedando autorizada la compradora Bakalland S.A., en caso de incumplimiento de la vendedora de las condiciones de entrega de los productos, a comprarlos en el mercado abierto, cobrando a la vendedora chilena la posible diferencia del precio.

En ambos contratos se pactaron cláusulas arbitrales idénticas (cláusula número 10 parte IV sobre Condiciones Generales del contrato), otorgándole competencia para resolver las posibles disputas al Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Polonia, en Varsovia, mediante el procedimiento de dicho tribunal y en idioma polaco.

El 3 de agosto y el 6 de noviembre de 2012, Bakalland S.A. informó a Agroprodex que ejercería su derecho a la compra adicional respecto de ambos contratos. Sin embargo, el 7 de noviembre del mismo año, la empresa chilena comunicó por email a la compradora que no suministraría los productos adicionales puesto que no contaba con ellos en bodega.

En atención a lo anterior, la empresa polaca compró los productos faltantes a otros proveedores por precios mayores a los fijados en los contratos celebrados con Agroprodex, cobrando el sobreprecio a la empresa chilena por medio de demanda deducida ante el Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio en Varsovia; el cual, por sentencia de

18 de diciembre de 2014, condenó a Agroprodex Internacional S.A a pagar a Bakalland S.A. el sobreprecio por los productos adquiridos a terceros y de las costas del juicio.

Bakalland S.A. inicia procedimiento de exequatur ante la Excma. Corte Suprema, notificándose a Agroprodex Internacional S.A, la cual se defendió solicitando el rechazo del exequátur por dos motivos principales:

- a) Porque habría tomado conocimiento del proceso arbitral seguido en su contra únicamente por la notificación del exequatur, puesto que las notificaciones para informarle del inicio del proceso arbitral le fueron enviadas en idioma polaco, idioma que no conoce, y que, además, las comunicaciones y los contratos entre las partes se realizaron en inglés.
- b) Porque no se cumplirían las exigencias formales para conceder el exequatur, toda vez que no se habrían acompañado los originales y traducciones del fallo y de los contratos materia de autos.

El Fiscal Judicial informó favorablemente sobre el otorgamiento del exequatur. Señaló que al momento de resolver sobre la autorización para cumplir en Chile una sentencia arbitral extranjera,

si bien se deben tomar en consideración las normas generales sobre la materia contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, especialmente son materia de análisis las normas de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, las que priman por su especialidad, y que están en concordancia con lo establecido en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Manifestó que existe una presunción legal acerca de la legitimidad de un laudo extranjero, de conformidad a lo estipulado en el artículo 35 de la Ley 19.971, según el cual un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, y mientras no sea desvirtuado por los motivos señalados en el art. 36 de la mencionada ley, “será reconocido como vinculante”.

El Sr. Fiscal constató que la empresa Agroprodex se sometió voluntariamente a un tribunal arbitral y a un derecho extranjero, pactando como idioma el polaco, conforme a lo acordado en la cláusula arbitral. Y que, de la lectura del laudo aparece que la demanda arbitral le fue notificada a esta empresa por correo y la citación a la audiencia por mensajería internacional, los que fueron recibidos por ésta, no estando impedida de hacer valer su derecho a la defensa, no siendo insuperable que los documentos estuvieran en idioma polaco.

La Excma. Corte reitera lo tantas veces señalado en orden a que el exequatur no constituye una instancia, por ende, no deben promoverse ni resolverse materias propias de los hechos y del derecho ventiladas en la causa en que se dictó la sentencia arbitral extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir defensas o excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente del fallo y ante el tribunal que ha de conocer de ellas (considerando QUINTO).

Expresó el Excmo. Tribunal que, debe analizar los antecedentes allegados a los autos para el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, tomando especialmente en consideración los artículos 35 y 36 de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional que rigen el Reconocimiento y Ejecución de los Laudos arbitrales dictados en el extranjero, las que son normas especiales, que por lo tanto priman por sobre las normas generales sobre la materia, contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (Considerando SEXTO).

La Corte analizó los motivos para denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, contenidos en el artículo 36 de la Ley 19.971, revisado a la luz de dicha norma si en el caso concreto se cumplían algún requisito para la denegación de reconocimiento.

Se tomó en consideración que, en los dos contratos de compraventa celebrados entre las partes, estas estipularon una la cláusula arbitral del siguiente tenor: “10.- Si no se lograre un acuerdo amistoso para resolver la situación, las Partes acuerdan que las controversias se resolverán mediante arbitraje del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Polonia en Varsovia, de conformidad con el procedimiento de esta, en polaco. El dictamen del árbitro será definitivo y aplicable a ambas partes”.

En cuanto a la alegación de Agroprodex de que habría habido ausencia de una debida notificación del proceso de arbitraje, la Corte determinó que *“no puede estimarse que la notificación practicada a la demandada no se hiciera en forma debida y que con ello se afectara la garantía del debido proceso -fundamento central de su defensa- puesto que se ajustó a lo que las partes expresamente pactaron en cuanto al idioma por el que se regiría el procedimiento arbitral, lo que incluye a todos los actos procesales. Por lo demás, al haber tomado conocimiento de la actuación (hecho no discutido), estuvo en condiciones y, por ende, debió adoptar las medidas conducentes para conocer su contenido, sin que pueda atribuirse a otros intervinientes responsabilidad en este sentido”* (considerando NOVENO, énfasis propio).

Luego, en relación con el supuesto incumplimiento de ciertos requisitos formales en la presentación del exequatur, por la no presentación del fallo y los contratos originales y sus traducciones, el Excmo. Tribunal sentenció que *“lo cierto es que la peticionaria ha acompañado a los autos tanto los originales de la sentencia como de los contratos celebrados por las partes, los que fueron custodiados. Además consta de los antecedentes que se han allegado al proceso sus traducciones, las que fueron realizadas por las personas*

*correspondientes, según dan fe las certificaciones, timbres y constancias en ellas contenidos, no siendo efectivas las faltas que en este sentido dicha parte ha invocado.” (Considerando DÉCIMO).*

En base a estas consideraciones, la Excm. Corte Suprema acogió la solicitud de exequátur por la cual se pidió que se concediera la autorización para cumplir en Chile el Laudo arbitral dictado en Varsovia con fecha 18 de diciembre de 2014 por el Tribunal Arbitral de la Cámara Nacional de Comercio en dicha ciudad.

Las normas que priman en materia de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero son los artículos 35 y 36 de la Ley 19.971, por su especialidad, en relación con las normas generales sobre la materia contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Por otro lado, será la parte que se oponga a la ejecución quien deberá probar que existen motivos para denegar el reconocimiento, lo que de por sí implica una presunción de legitimidad del laudo extranjero, que deberá ser derribada por dicha parte opositora al exequatur.

Al momento de oponerse al reconocimiento y ejecución, se debe cumplir con alguna de las causales contempladas en el artículo 36, en relación con el artículo 35 de la Ley 19.971, no siendo procedente realizar alegaciones de hechos o derechos que fueron efectuadas en el juicio arbitral mismo, puesto que el exequatur no constituye instancia.

Finalmente, tomar en consideración que si se pacta un determinado idioma que regirá el arbitraje, las partes deben respetar dicho pacto que rige para todos los actos procesales realizados en el juicio arbitral.

### **III.- Camila Quintana Castillo<sup>2</sup>**

**Rol:** 46.580-2017

**Partes:** “Gilles Mathieu Delgado con Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A.”

**Tipo Recurso:** Recurso de protección.

**Tipo Resultado:** Acogido

**Fecha Sentencia:** 11/10/2017

Santiago, once de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que comparece doña Javiera Moreno, abogada, en representación de don Gilles Mathieu Delgado y deduce recurso de protección en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES HABITAT SOCIEDAD ANÓNIMA, en razón de que con su conducta ha afectado de manera arbitraria e ilegal las garantías constitucionales de don Gilles Mathieu Delgado, en especial, el derecho de igualdad ante la ley y derecho de propiedad.

Refiere que el señor Mathieu es titulado del Bachelor Business Administration, de la Escuela Internacional de Negocios de Montpellier, de nacionalidad francesa y se encuentra prestando sus servicios personales desde el año 2007 en nuestro país a empresas relacionadas con su profesión.

Trabajó en un primer momento para NT CHILE LIMITADA y posteriormente para el Comité INNOVA CHILE. Posteriormente, con la empresa L'OREAL CHILE S.A., celebró un contrato de trabajo el año 2010, contrato que se mantuvo vigente hasta el año 2013. Agrega que con fecha 13 de mayo de 2013, celebró contrato de trabajo con la empresa SOCIEDAD DE INVERSIONES DJ SPA, relación laboral que se mantuvo hasta el mes de mayo de 2017.

<sup>2</sup> \* Ayudante Ad-Honorem de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Menciona que durante el tiempo que estuvo bajo el vínculo de subordinación y dependencia para las empresas LOREAL CHILE S.A. y SOCIEDAD DE INVERSIONES DJ SpA, estos empleadores realizaron retenciones en su remuneración, para efectos de ser enterados y pagados en las instituciones de seguridad social respectivas, sin perjuicio de que el señor Mathieu mediante la suscripción de anexos de contrato respectivos, manifestó su voluntad de seguir manteniendo la afiliación en el Régimen Previsional de la República de Francia.

Expone que con fecha 24 de mayo de 2017, el señor Mathieu mediante formulario destinado al efecto, solicitó a la AFP Habitat S.A. la devolución de sus fondos previsionales de conformidad a la Ley N° 18.156, que establece exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que se indican. En este entendido, y de acuerdo a la ley citada, don Gilles Mathieu Delgado acompañó al efecto los siguientes documentos: a.- Certificado de nacimiento plurilingüe emitido por la Municipalidad de la ciudad de Tarbes en Francia, debidamente apostillado. b.- Copia simple de pasaporte emitido por la República de Francia; c.- Certificado de Estudios de la Escuela Internacional de Montpellier (EIM) del título de otorgado por la Embajada de Francia en Chile; d.- Certificado de constancia de afiliación desde el año 2001 hasta la fecha a una caja francesa de seguridad y afiliación en Francia bajo registro N° 1820665440125, el cual le otorga prestaciones en caso de enfermedad, accidente, invalidez, vejez y muerte, emitido por la Embajada de Francia en Chile y legalizado en Ministerio de Relaciones Exteriores; e.- Copia de contrato de trabajo firmado ante Notario de fecha 20 de julio de 2010 suscrito por el recurrente y la empresa L'Oreal Chile S.A. f.- Copia de anexo de contrato de trabajo firmado ante en el cual se manifestó la voluntad de seguir manteniendo la afiliación al Régimen de Seguridad Social francés, de fecha 01 de abril de 2013 g.- Copia de contrato de trabajo a plazo fijo firmado ante Notario de fecha 13 de mayo de 2013. h.- Copia de anexo de contrato de trabajo firmado ante Notario en el cual se manifestó la voluntad de seguir manteniendo la afiliación al Régimen de Seguridad Social francés, de fecha 13 de mayo de 2013.

Indica que pese a que el señor Mathius cumplía todos y cada uno de los requisitos establecidos en la Ley 18.156 antes citada, con fecha 07 de junio de 2017, recibió en su correo electrónico una comunicación fechada con fecha 2 de junio de 2017, en la cual se le señaló lo siguiente: “...*Con relación a la materia según lo solicitado, y en atención a los documentos acompañados, informó a usted que, por ahora no procede la aceptación por parte de la Administradora de la solicitud de devolución de fondos previsionales. Según lo dispuesto en la Ley N°18.156 y el Libro II Cotizaciones Previsionales / Título XI Exención de pago de cotizaciones previsionales a técnicos extranjeros y las empresas que los contraten, del Compendio de Normas del Sistema de Pensiones, no se ha cumplido el requisito señalado en la letra b) del número 1 de la normativa antes mencionada, tal es: b) Declarar que se encuentra afiliado a un régimen de previsión extranjero que le otorga prestaciones en caso de enfermedad, invalidez, vejez y fallecimiento, lo que acredita mediante documentación debidamente legalizada. Para dar cumplimiento a este requisito debe acompañarse un certificado emitido por la entidad de seguridad social que acredite que durante todo el período que trabajó en Chile tuvo derecho a prestaciones en caso de enfermedad, invalidez, vejez y fallecimiento y, en este documento, debe legalizarse la firma de quien lo suscribe en conformidad a la ley. También es posible dar cumplimiento a este requisito a través de un certificado de la Embajada de Francia en Chile que actuando “en representación” del sistema de seguridad social correspondiente acredite las prestaciones otorgadas a sus afiliados y período de cobertura de las mismas. Este documento debe legalizarse ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile...*”

Sostiene que los argumentos esgrimidos por la AFP Habitat S.A. para tratar de justificar su actuar no pasan de ser una contravención directa y flagrante a la ley en comento. Afirma que si se entiende que la AFP intentó señalar que no se cumpliría con el requisito de acreditar que el recurrente se encuentra afiliado a un régimen de previsión extranjero, que le otorgue las prestaciones enumeradas en la ley, se puede observar que de la documentación entregada a AFP HABITAT S.A. consta que se emitió por la embajada de Francia en Chile, un certificado de constancia de afiliación desde el año 2001 hasta la fecha de su emisión, 10 de enero 2017, a una caja francesa de seguridad y afiliación en



Francia, el cual le otorga prestaciones en caso de enfermedad, accidente, invalidez, vejez y muerte, emitido por la Embajada de Francia en Chile y legalizado en Ministerio de Relaciones Exteriores.

Lo anterior alega ser prueba concluyente de la ilegalidad con que ha actuado la recurrida, toda vez que habiéndose dado cumplimiento íntegro a la exigencia normativa, ha denegado contra ley la solicitud de devolución de fondos previsionales a mi representado.

Concluye que con la actitud antes descrita, los derechos consagrados constitucionalmente a favor de don Gilles Mathieu Delgado se ven más que vulnerados, en lo tocante al derecho de igualdad ante la ley y de propiedad sobre tales fondos previsionales, por cuanto esta negativa a la devolución de fondos, no hace sino desincentivar la manutención de la afiliación. En definitiva, lo cierto es que la AFP recurrida pretende apropiarse de tales fondos dando como excusa argumentos o requisitos que no se encuentran contemplados en la ley.

Por todo lo anterior pide que se acoja el presente arbitrio y en consecuencia ordenar restablecer el imperio del derecho declarando que: 1.- El actuar de la recurrida es ilegal y arbitrario, no se ajusta a lo dispuesto en la Constitución, ni a la ley, ni a los estatutos; y vulneran las garantías constitucionales del derecho a la igualdad ante la ley y del derecho de propiedad del recurrente sobre sus fondos previsionales; 2.- Que procede se ponga término a las actuaciones de la recurrida ordenando a la AFP Habitat S.A. hacer devolución de la totalidad de los fondos previsionales del señor Mathieu, dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia de autos; 3.- Que, además, este Ilustrísimo Tribunal en uso de sus facultades, disponga de todas aquellas medidas que juzgue necesarias para el restablecer el imperio del derecho; y 4.-

Que corresponde a la recurrida pagar las costas del recurso.

Segundo: Que evacuando informe la recurrida alega en primer lugar que el recurso es extemporáneo pues el recurrente tomó conocimiento del rechazo de su solicitud de devolución de fondos previsionales a técnicos extranjeros el 2 junio de 2017, como consta de la fecha de la carta BvG 40361/2017, enviada por su parte y, donde consta el motivo del rechazo de su solicitud, y el recurso fue presentado el 7 de julio.

En cuanto al fondo refiere que con fecha 24 de mayo de 2017 don Gilles Mathieu Delgado presentó una Solicitud de Devolución de Fondos Previsionales Ley N° 18.156. Con fecha 30 de mayo de 2017 la Fiscalía de la Administradora emitió un informe rechazando el beneficio basado en la ley 18.156, normativa previsional y dictámenes del organismo fiscalizador, básicamente porque el Sr. Delgado no acreditó tener cobertura en materias de enfermedad, invalidez, vejez y fallecimiento, durante todo período que trabajó en Chile. Expone que el recurrente presentó documentación que no cumplía con las formalidades legales, a saber: No se acompañó un certificado emanado de la propia entidad de seguridad social, esto es la Caja Francesa de Seguridad - Jubilación en Francia, sino que un certificado emitido por la Embajada de Francia en Chile, organismo que no señaló actuar en representación de la entidad de seguridad social; Además, el certificado solo acreditaba que el recurrente se encontraba afiliado a la Caja Francesa de Seguridad - Jubilación en Francia y que esta otorgaba -en general- prestaciones en caso de enfermedad, invalidez, vejez o muerte, sin especificar si a su respecto, el Sr. Delgado tenía derecho a estas coberturas y si lo había tenido durante todo el periodo que trabajo en Chile.

Indica que el criterio adoptado no es antojadizo o una interpretación particular de AFP Habitat, sino que obedece a la aplicación de las instrucciones emanadas de la Superintendencia de Pensiones, las cuales individualiza. Atendido lo anterior, es que se le envió el 02 de junio de 2017 carta al afiliado informándole expresamente los motivos del rechazo de su solicitud y la forma de dar cumplimiento de acuerdo a la normativa, no existiendo ningún reclamo a su respecto.

Sostiene que resulta del todo improcedente la interposición de la acción de protección considerando que el mismo constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar, destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que en esa misma disposición se enuncian, así

para que el recurso sea acogido, es necesario que los hechos en que se hace consistir la arbitrariedad o ilegalidad, estén comprobados y que con estos se haya sufrido perturbación, privación o amenaza en el ejercicio legítimo de las garantías y derechos que la Constitución asegura y, que son los taxativamente enumerados en su artículo 20. En lo referido a la garantía del Art. 19 N° 2 de la CP, señala el recurrente que se ha vulnerado la Igualdad ante la Ley, por el hecho de exigirle a los ciudadanos franceses mayores antecedentes que los establecidos en la ley, sin embargo, el recurrido aduce que no resiste mayor análisis este argumento, considerando que el rechazo a la solicitud del Sr. Delgado no se basa en su nacionalidad, sino que en el incumplimiento formal de los requisitos legales para acceder a un derecho excepcionalísimo establecido en la Ley 18156, para todos los extranjeros que acrediten el cumplimiento de los mismos.

Asimismo, el recurrente indica que también estima vulnerada la garantía consagrada en el Art. 19 N°24 de la Constitución Política de la República, y en este sentido refiere que no cabe sino señalar enfáticamente que no es efectivo que su parte se pretenda apropiarse de los fondos del recurrente, puesto que la negativa de AFP Hábitat de efectuar la devolución de cotizaciones previsionales a un técnico extranjero que no cumple los requisitos establecidos en Ley N° 18.156 - como es el caso del Sr. Delgado - no constituye un acto de apropiación patrimonial, sino el mero cumplimiento del mandato legal que dicha ley entrega a las administradoras de fondos de pensiones. Los fondos previsionales del afiliado recurrente - así como los del resto de sus afiliados - en su totalidad se encuentran en su respectiva cuenta individual, fondos que son de propiedad de don Gilles Mathieu Delgado, y que, en caso que no cumpla con los requisitos para acogerse a la ley 18.156, podrá usar conforme a la normativa previsional establecida en el D.L. 3.500 de 1980 en la medida que cumpla los requisitos para pensionarse o acceder a las demás prestaciones previsionales establecidos en la ley como cualquier afiliado.

Concluye que el recurso de autos carece de total fundamento técnico y legal, y en consecuencia, debe rechazarse en todas sus partes, con costas.

Tercero: Que el recurso de protección tradicionalmente ha sido conceptualizado como una acción constitucional que cualquier persona puede interponer ante los tribunales superiores de justicia, a fin de requerirles que se adopten de inmediato las providencias que se juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, frente a un acto u omisión arbitrario o ilegal que importe una privación, perturbación o amenaza al legítimo ejercicio de los derechos y garantías que el constituyente establece, sin perjuicios de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad y los tribunales correspondientes.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de manera uniforme han sostenido que esta acción tiene naturaleza cautelar, puesto que mediante ella se persigue la adopción de medidas urgentes y necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho privado, amenazado o perturbado. Finalmente, se sostiene también uniformemente que para acoger una acción como la de la especie es menester constatar el carácter preexistente e indiscutido de un derecho afectado.

Cuarto: Que como se desprende de lo anotado, y según se ha venido diciendo reiteradamente a raíz de otros asuntos similares, es requisito indispensable de la acción cautelar de protección, la existencia de un acto u omisión ilegal esto es, contrario a la ley, según el concepto contenido en el artículo 1° del Código Civil- o arbitrario -producto del mero capricho de quien incurre en el- y que provoque algunas de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando a una o más de las garantías -preexistentes- protegidas, consideración que resulta básica para el análisis y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto. Resulta importante recalcar que la ilegalidad y la arbitrariedad no son elementos que deben concurrir en forma copulativa, sino que basta con que se presente uno de ellos, esto es, el acto lesivo puede ser ilegal o arbitrario, sin perjuicio de que, eventualmente, podría tener ambos caracteres a la vez, confluyendo en algún caso específico.

Quinto: Que, en primer lugar, en cuanto a la extemporaneidad alegada por el recurrido, lo cierto es que del análisis de los antecedentes aportados por las partes, resulta que el acto que motiva la presente

acción cautelar, esto es la negativa a la devolución de las cotizaciones previsionales realizadas, fue comunicada al actor por correo electrónico recepcionado con fecha 7 de julio de 2017, no obstante que la carta aparece datada 2 del mismo mes y año, por lo que al haber presentado el recurso de protección con fecha 7 de agosto del año en curso, lo hizo dentro del plazo que al efecto establece el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema que reula la materia, por lo que esta alegación será desestimada.

Sexto: Que, en cuanto al fondo, cabe consignar que la impugnación que realiza el actor se refiere a la negativa de la recurrida a la devolución de fondos previsionales, aduciendo al efecto está última, que no se cumplen los requisitos que la ley establece para ello, en concreto el certificado emitido por la entidad de seguridad social que acredite que durante todo el periodo que trabajó en Chile, tuvo derecho a las prestaciones en caso de enfermedad (laboral o común), invalidez, vejez y fallecimiento y, en ese documento debe legalizarse la firma de quien lo suscribe en conformidad a la ley. Se le indicó, además, que era posible dar cumplimiento a ese requisito a través de un certificado de la Embajada de Francia en Chile que actuando “en representación” del sistema de seguridad social correspondiente acredite las prestaciones otorgadas a sus afiliados y periodo de cobertura de las mismas, debiendo legalizarse dicho documento ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile.

Séptimo: Que la Ley N° 18.156, que establece la exención de cotizaciones previsionales a los técnicos extranjeros y a las empresas que los contraten bajo las condiciones que indica, contempla la posibilidad de devolución de las cotizaciones previsionales realizadas en Chile. Al efecto el artículo 7 de la citada ley establece: “*En el caso de que trabajadores extranjeros registraren cotizaciones en una Administradora de Fondos de Pensiones, podrán solicitar la devolución de los fondos previsionales que hubieren depositado, siempre que den cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 1° de esta ley.*”.

Octavo: Que del análisis de los antecedentes aportados a la presente causa, analizados conforme a las reglas de la sana crítica, aparece que el actor ha mantenido su afiliación al régimen previsional de su país de origen, Francia, acompañó toda la documentación necesaria para acreditar su vinculación con el sistema previsional francés y toda la pertinente que dan cuenta de las relaciones laborales habitas en Chile y las cotizaciones que se efectuaron en la AFP recurrida, por lo que en los hechos no se advierte el impedimento que observa esta última para hacer la devolución requerida, desde que el certificado que aparece cuestionado resulta suficiente para el objeto pretendido.

Noveno: Que, el texto legal citado impone la obligación de restitución de aquellos fondos cuando se dan los supuestos que la misma establece, por lo que el actuar de la recurrida afecta efectivamente la garantía invocada, esto es, el derecho de propiedad sobre aquellos fondos, al retenerlos en su poder y administrarlos según su parecer, cuando existe el derecho del trabajador extranjero de obtener su restitución por integrar su patrimonio.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara:

- 1.- Se rechaza la extemporaneidad alegada por la recurrida.
- 2.- Se acoge con costas el recurso de protección deducido por doña Javiera Moreno, abogada, en representación de don Gilles Mathieu Delgado en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES HABITAT SOCIEDAD ANÓNIMA, consecuentemente la recurrida procederá a hacer devolución de la totalidad de los fondos previsionales de don Gilles Mathieu Delgado, dentro del plazo de 5 días hábiles contados desde que se encuentre ejecutoriada la sentencia dictada.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Protección N°46580-2017

Redacción de la Ministra señora María Soledad Melo Labra.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Il. Corte de Apelaciones de Santiago presidida por la Ministra señora Dobra Lusic Nadal, conformada por la Ministra señora María Soledad Melo Labra y el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez.

### **Comentario.**

#### *I. Hechos y Argumentos de las Partes en el Recurso de Protección.*

El ciudadano francés Gilles Mathieu Delgado interpuso un recurso de protección en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A. (en adelante también la Administradora o Administradora de Fondos), alegando una afectación arbitraria e ilegal de garantías constitucionales, específicamente respecto de los derechos de igualdad ante la ley y propiedad, en razón de que el recurrente ha prestado servicios en Chile, desde el año 2007 y cuyo último contrato laboral estuvo vigente desde el año 2013 a 2017, sobre el cual suscribió un anexo a través del que manifestó su voluntad de seguir afiliado al régimen previsional francés, en el sentido de lo establecido por el Artículo Primero de la Ley N° 18.156 que Establece Exención de Cotizaciones Previsionales a los Técnicos Extranjeros y a la Empresas que los Contraten Bajo las Condiciones que se Indican<sup>3</sup>.

Una vez terminado este último contrato de trabajo, solicitó a la Administradora de Fondos la devolución de los fondos previsionales enterados, en virtud de que el artículo 7° de la citada Ley, que indica que en caso de registrarse cotizaciones en una administradora de fondos de pensiones nacional, los trabajadores extranjeros podrán solicitar su devolución en caso de cumplir con los requisitos del ya citado artículo 1°, por lo que el recurrente acompañó los siguientes documentos a su solicitud a la Administradora:

- a. Certificado de nacimiento plurilingüe emitido por la Municipalidad de la ciudad de Tarbes en Francia, debidamente apostillado.
- b. Copia simple de pasaporte emitido por la República de Francia;
- c. Certificado de Estudios de la Escuela Internacional de Montpellier (EIM) del título de otorgado por la Embajada de Francia en Chile (SIC);
- d. Certificado de constancia de afiliación desde el año 2001 hasta la fecha a una caja francesa de seguridad y afiliación en Francia bajo registro N° 1820665440125, el cual le otorga prestaciones en caso de enfermedad, accidente, invalidez, vejez y muerte, emitido por la Embajada de Francia en Chile y legalizado en Ministerio de Relaciones Exteriores;
- e. Copia de contrato de trabajo firmado ante Notario de fecha 20 de julio de 2010 suscrito por el recurrente y la empresa L'Oréal Chile S.A.
- f. Copia de anexo de contrato de trabajo firmado ante en el cual se manifestó la voluntad de seguir manteniendo la afiliación al Régimen de Seguridad Social francés, de fecha 01 de abril de 2013.
- g. Copia de contrato de trabajo a plazo fijo firmado ante Notario de fecha 13 de mayo de 2013.
- h. Copia de anexo de contrato de trabajo firmado ante Notario en el cual se manifestó la voluntad de seguir manteniendo la afiliación al Régimen de Seguridad Social francés, de fecha 13 de mayo de 2013.

3 ARTÍCULO 1° Las empresas que celebren contratos de trabajo con personal técnico extranjero y este personal, estarán exentos, para los efectos de esos contratos, del cumplimiento de las leyes de previsión que rijan para los trabajadores, no estando obligados, en consecuencia, a efectuar imposiciones de ninguna naturaleza en organismos de previsión chilenos, siempre que se reúnan las siguientes condiciones:

- a) Que el trabajador se encuentre afiliado a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, cualquiera sea su naturaleza jurídica, que le otorgue prestaciones, a lo menos, en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, y
  - b) Que en el contrato de trabajo respectivo el trabajador exprese su voluntad de mantener la afiliación referida.
- La exención que establece el inciso anterior no comprenderá los riesgos de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previstos en la ley 16.744.

Sin perjuicio de lo anterior, la Administradora de Fondos de Pensiones Habitat S.A. rechazó la solicitud aduciendo que no se estarían cumpliendo los requisitos del artículo 1° de la Ley 18.156, específicamente en cuanto a la forma de acreditarlos, la cual se encuentra establecida en el Compendio de Pensiones en el Libro II Cotizaciones Previsionales, Título XI “Exención de pago de cotizaciones previsionales a técnicos extranjeros y las empresas que los contraten. Devolución de fondos previsionales”, cuyo numeral 1.b) exige acreditar la afiliación a un régimen de previsión o de seguridad social fuera de Chile, que otorgue a lo menos prestaciones en casos de enfermedad, invalidez, vejez y muerte, señalando dicho compendio que: *“(e)l cumplimiento de este requisito debe acreditarse mediante certificación de la institución de seguridad social correspondiente, debidamente legalizada, en la que conste su obligación de otorgar prestaciones en casos de enfermedad, invalidez, vejez o muerte”*. A su vez, la Administradora indica que dicho requisito puede cumplirse también a través de un certificado que sea emitido por la Embajada de Francia en Chile actuando en representación del sistema de seguridad social de ese país, pero que en el caso concreto, al acompañarse el certificado emitido por la Embajada de Francia en Chile, ésta no señaló “actuar en representación” de la entidad de seguridad social, así como que dicho certificado sólo acreditaba que *“el recurrente se encontraba afiliado a la Caja Francesa de Seguridad - Jubilación en Francia y que esta otorgaba -en general- prestaciones en caso de enfermedad, invalidez, vejez o muerte, sin especificar si a su respecto, el Sr. Delgado tenía derecho a estas coberturas y si lo había tenido durante todo el período que trabajó en Chile.”*

### *II. Razonamiento de la Tercera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.*

La Tercera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago falló el referido recurso con fecha 11 de octubre de 2017, señalando, entre otros argumentos, que según las reglas de la sana crítica y del análisis de los antecedentes, la documentación acompañada por el recurrente es aquella necesaria para acreditar que se ha mantenido la afiliación y vinculación al régimen previsional francés, así como las relaciones laborales que ha tenido en Chile y las cotizaciones efectuadas en la Administradora recurrida, no observándose por tanto impedimento alguno para la devolución de estas últimas, en conformidad al artículo 7° de la Ley 18.156, y señalando especialmente que el certificado acompañado, es decir, aquel emitido por la Embajada de Francia en Chile es suficiente para el objeto pretendido.

En ese mismo sentido, indica el fallo que la no entrega de los fondos cotizados por parte de la Administradora, afecta de forma efectiva el derecho de propiedad que tiene el recurrente sobre los mismos.

En razón de estos argumentos, y pronunciándose sobre la extemporaneidad del recurso, que fue alegada por la recurrida, pero que no es objeto del presente comentario, se acoge con costas el recurso de protección, obligando a hacer devolución de los fondos dentro del plazo de 5 días hábiles desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

### *III. Comentario.*

La sentencia en comento es un claro ejemplo de cómo existen casos en que una interpretación muy restrictiva de la norma puede devenir en resultados que a todas luces nos parecen injustos, desnaturalizando por tanto el sentido de la norma. Afortunadamente cabe señalar que la disciplina del Derecho Internacional Privado se ha ido desarrollando de una manera menos estricta, y es por ello que se encarga de buscar soluciones a los casos concretos con un elemento de internacionalidad, en este caso en particular, entender que la falta de un requisito meramente formal como es el señalar que se actúa “en representación” del sistema de seguridad social correspondiente, podría devenir en el injusto de que un trabajador extranjero no pudiese disponer de los fondos cotizados a los que legalmente tiene derecho a acceder; lo anterior se entiende sin entrar o ahondar en la discusión, que no viene al caso, de si una embajada puede actuar en representación de un organismo en concreto, lo cual tendría que estar así regulado por las disposiciones del país de origen, y que no parece del todo claro que haya estado en consideración por parte del legislador al emitir la norma.

Siguiendo con lo antes dicho, la resolución de la Iltma. Corte de Apelaciones parece del todo correcta, por un lado, solucionando la afectación concreta a los derechos del recurrente, pero por otra, otorgándole sentido a la norma no como algo pétreo, sino permitiendo que detalles meramente formales no la desnaturalicen quitándole el sentido, tanto práctico como de justicia que debe envolver la normativa para ser aplicable, y que, bajo mi punto de vista, es un punto a considerar en la elaboración de nuevas normas, especialmente en consideración a esta disciplina en la que existiendo siempre tantos factores, así como complejidades en juego, un norma rígida y que no entregue diversas formas para obtener resultados adecuados para un caso en particular, puede devenir en resultados injustos y sin consideración del individuo a quien afecte.

En ese mismo sentido, y haciendo una lectura tan estricta como la que pretendía la Administradora en su defensa, se cae en el absurdo, por ejemplo, de exigir legalización de documentos, lo cual, para el caso concreto de Francia, ya no es exigible desde la entrada en vigencia el año 2016 en nuestro país del denominado Convenio de la Apostilla, y que no fue objeto de discusión en la tramitación del recurso, a pesar de haberlo mencionado como requisito por parte de la Administradora, lo cual resulta una buena forma de demostrar acerca de cómo una exigencia meramente textual y sin mayor razonamiento de una norma vigente puede provocar resultados indeseados, pensando por ejemplo que el recurrente no hubiere presentado el recurso y sólo se hubiere quedado con la respuesta de la Administradora.

*IV. Caso hipotético: ¿Y si la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago hubiere rechazado el recurso de protección?*

Me tomaré la libertad de plantear el supuesto de que la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago hubiere rechazado el recurso de protección, sin importar si esto se fundara en un tema de interpretación legal o porque la documentación aportada no fuera suficiente para acreditar los requisitos legales para la devolución de las cotizaciones enteradas. En este caso, ¿tendría Guilles Mathieu Delgado alguna otra alternativa para recuperar o “no perder” estas cotizaciones previsionales situadas en Chile?

Al respecto cabe señalar que en materia de seguridad social rige la territorialidad, es decir que aplica la normativa de aquel país donde se prestan los servicios, sin embargo, y considerando todos los factores de movilidad de las personas trabajadoras, los Estados se han visto en la necesidad de celebrar Convenios sobre Seguridad Social, a fin de proteger a sus nacionales y a las personas que han trabajado o han llegado a su territorio para que les sean respetados los derechos que a esta materia competen.

Nuestro país actualmente tiene vigentes 27 convenios bilaterales sobre seguridad social operativos, uno de ellos con la República de Francia (también cuenta con un convenio multilateral iberoamericano), siendo aplicables tanto para el sistema de reparto como de capitalización individual, y cuya función principal es facilitar el pago de pensiones, ya sean de vejez, muerte o invalidez, así como las prestaciones en caso de enfermedad, a través de los organismos de enlace designados por cada país, que en el caso chileno es la Superintendencia de Pensiones, y para lo cual se considera o respeta la continuidad de las cotizaciones previsionales efectuadas por y para los trabajadores o beneficiarios, independiente del país, dentro del convenio, en que éstas se hayan efectuado. Las pensiones que se tramitan mediante estos convenios no necesariamente deben ser completas, sino que pueden corresponder a una parte o periodo de la vida laboral, que será proporcional a las cotizaciones o años trabajados en cada uno de los países aludidos.

Si bien, no es la instancia para extenderse respecto de la existencia y funcionamiento de estos convenios, cabe destacar especialmente cuatro derechos o beneficios de éstos: el “Derecho a Pensionarse” que tiene un trabajador o beneficiario, residiendo en cualquiera de los Estados parte, sin tener necesidad de viajar al país en el que está solicitando la pensión, sino mediante los organismos de enlace; la “Exportación de Pensiones”, que consiste en que las pensiones otorgadas en un Estado a una persona que se encuentre en otro Estado contratante, se pagarán en el segundo, por lo que el beneficiario podrá cobrar su pensión en el lugar de residencia mediando un Convenio de Seguridad

Social, ya que la pensión será enviada a través de las entidades correspondientes y pagadas en la moneda del lugar donde se cobre; lo que se denomina “Solicitudes en el País de Residencia”, que significa que el beneficiario podrá realizar los trámites en el lugar en que reside, sin necesidad de movilizarse al país donde está solicitando el todo o parte de su pensión; y finalmente, y aludiendo en parte al caso comentado en cuanto a los documentos, existe una “exención de legalizaciones”, es decir, que todos los documentos de naturaleza oficial que se presenten para la solicitud de pensiones, no será necesario que sean oficializados, bastará con que sean revisados por el organismo de enlace correspondiente, el cual pasa a ser una especie de ministro de fe respecto de la documentación que envíe al otro organismo de enlace. Como se ve de los derechos señalados, el sistema tiende a facilitar la tramitación para el solicitante, incluso en lo que a documentos se refiere, lo cual es fácil creer que tiene relación con la importancia y delicadeza de la materia tratada por estos convenios.

Finalmente, y según lo antes dicho, para el caso comentado si la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago no hubiere concedido el recurso de protección, al momento de jubilar el recurrente podría haber solicitado pensión en Chile, la cual se debería haber otorgado proporcional a los años que cotizó en Chile, funcionando complementariamente con la que se le otorgare en Francia, que además se hubiere pagado en dicho país si fuere su residencia, en euros y tramitada desde allá. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que los montos cotizados y administrados no se pierden, ni aún en caso de no haber convenio, sin embargo, se hace muy difícil poder disponer de ellos desde otro país, necesitando viajar o la mediación por parte de un tercero.

#### **IV.- Hernán Ríos de Marimón<sup>4\*</sup>**

**Rol:** 28.040-2017

**Partes:** WONDERBOX SAS

**Tipo Recurso:** Casación en el Fondo

**Tipo Resultado:** Acogido

**Fecha Sentencia:** 11/10/2017

Santiago, 11 de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos: En estos antecedentes Rol N° 28.040-17 seguidos ante el Director del Instituto Nacional de Propiedad Industrial, por sentencia de primera instancia de dos de agosto de dos mil dieciséis se acogió la demanda de oposición presentada por WONDERBOX SAS, invocando ser titular en el extranjero de la marca WONDERBOX para la clase 35 y, por consiguiente, se rechazó la solicitud de registro de la marca mixta WONDER BOX, para la clase 35, pedida por SMARTBOX SPA. Apelada que fue la mencionada sentencia por la solicitante, el Tribunal de Propiedad Industrial por sentencia de veinticinco de abril del año dos mil diecisiete, la revocó y, en su lugar, declaró que se otorga la marca pedida para “servicios de importación, exportación y representación de todos los productos de las clases 25, 28, 29, 30, 31, 32 y 33, servicios de venta al detalle y al por mayor de todo tipo de productos y artículos de las clases 25, 28, 29, 30, 31, 32 y 33, en la clase 35”. Contra esta última decisión, la oponente dedujo recurso de casación en el fondo, el que se trajo en relación por decreto de fojas 336. Y considerando: Primero: Que por el recurso formalizado se ha denunciado infracción a los artículos 16 y 20 letra g), inciso 1°, de la Ley N° 19.039 y 6° bis del Convenio de la Unión de París. En síntesis, en relación al citado artículo 16, el recurrente explica que los jueces no siguen un análisis reflexivo de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos. Agrega que los antecedentes acompañados no fueron considerados por los sentenciadores. Respecto al artículo 20 letra g) de la Ley de Propiedad Industrial y el artículo 6° bis del Convenio de la Unión de París, expresa que en el proceso se acreditaron los requisitos para invocar la protección de las marcas famosas y notorias que conceden ambas disposiciones, características que cumpliría la de la oponente

4 \* Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Chile.

de autos. Luego de exponer la forma en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pide se invalide éste y que en el de reemplazo se rechace el registro. Segundo: Que, por las razones que luego se advertirán, conviene comenzar con el estudio de la denunciada infracción al inciso primero de la letra g) del artículo 20 de la Ley N° 19.039, examinando si en la especie concurren los elementos previstos en dicha disposición que impedían el registro de la marca pedida, como sostiene el recurrente. Prescribe la citada norma que se prohíbe el registro de “Las marcas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen, en forma de poder confundirse con otras registradas en el extranjero para distinguir los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales, en el país originario del registro”. Tercero: Que, al respecto, cabe consignar que la sentencia señala en su razonamiento 1° que “Lo que debe probarse en estos autos, entendiendo que los signos en conflicto fuesen semejantes al grado de inducir en confusión y que poseen coberturas relacionadas, es el registro previo en el extranjero y la fama y notoriedad en su país de origen, para ello, deben aplicarse los mandatos de la lógica y la experiencia a la prueba rendida”. Es decir, el fallo excluye como puntos controvertidos que las marcas aquí en conflicto son semejantes en grado de inducir a confusión y que poseen coberturas relacionadas y, por ende, aclara que lo que debió probarse por la oponente es sólo si ésta tiene registros previos de su marca en el extranjero y si goza de fama y notoriedad en su país de origen. Cuarto: Que, entonces, en relación a la igualdad o semejanza gráfica o fonética de la marca solicitada con la de la oponente, en forma de poder confundirse aquélla con ésta, como primer extremo demandado por la disposición en comento, más allá de que esto resulta patente, pues el signo pedido únicamente separa el término WONDERBOX -de la oponente- en dos vocablos WONDER y BOX, lo que en todo caso no importa un cambio de significado o sentido en el idioma inglés, lo relevante aquí es que este requisito, como ya se adelantó, no es desconocido en la sentencia impugnada abocándose por ello los magistrados sólo al estudio de los otros aspectos pertinentes. Quinto: Que si la marca de la oponente se halla registrada en el extranjero para distinguir los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales que comprende la de la peticionaria, como ya se mencionó, la sentencia no desconoce este extremo al aclarar en su motivo 1° que no está entre los puntos que deben probarse en este juicio el que los signos en conflicto poseen coberturas relacionadas, al entender concurrente este extremo. Sexto: Que, por último, en lo concerniente a la exigencia, respecto de la marca de la oponente, de “fama y notoriedad en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales, en el país originario del registro”, la sentencia impugnada realiza las siguientes reflexiones en su considerando 1°: “La primera impresión que produce la prueba aportada acompañada a fojas 88, 219 y 254 es la ausencia de documentos que acrediten la fama y notoriedad de la marca Wonderbox de la oponente en clase 35. Efectivamente acompaña certificados de registro para el referido signo en dicha clase desde el 2004 y un DVD (El cual no pudo ser exhibido ni conocida por la solicitante, porque el representante de la firma oponente no compareció a la audiencia citada para estos efectos, el 16 de mayo de 2016) que mostraría eventualmente la forma de cómo se publicitaría la misma, pero sin ninguna prueba efectiva de acuerdo a lo analizado por este Tribunal que certifique su difusión en televisión abierta tal como lo señala ella en su escrito de fojas 254. Acompaña fotocopias de insertos publicitarios en revistas francesas de los años 2013 a 2015 a fojas 88, pero lo anterior no acredita en la especie que el signo en que se funda la oposición, sea efectivamente notorio en el país del registro o que el uso para distinguir servicios idénticos o similares a los requeridos haya sido continuo, permanente y relevante con precedencia a la época de la presentación de la solicitud en Chile por parte del solicitante de fecha 20 de mayo de 2015. ¿Los impresos o folletos publicitarios acompañados efectivamente circularon en el mercado? ¿Se cumple con el requisito universalmente aceptado de entender famosa y notoria una marca únicamente cuando es conocida más allá de los círculos en que habitualmente se consume? entre otras dudas. La imposibilidad de responder a estas preguntas fundado únicamente en la prueba acompañada, lleva a estos sentenciadores al convencimiento de que el oponente de autos no ha demostrado su fama y notoriedad en el país de origen y hace caer su



pretensión de aplicar el artículo 20 letra g) inciso primero de la ley del ramo. Careciendo entonces del amparo que provee el mandato legal de la prueba tasada, que apoya la decisión del juez al definir previamente el valor probatorio de las probanzas rendidas, entienden estos sentenciadores que responden a la responsabilidad que se les ha atribuido, cuando sus razonamientos son capaces de conducir, guiados por la lógica, a los hechos que se dan por probados, lo que no puede hacerse bajo las dudas que se han planteado. Asimismo, tampoco puede darse plena fe a las probanzas rendidas por el sólo hecho de no haber objeción de parte de la demandada en autos, puesto que, en el caso de marcas, el litigio no es únicamente de partes, como pudiese ser en un arrendamiento, sino que hay también un interés público comprometido que busca precaver el uso correcto y sin abuso de los signos distintivos. Así pues, en derecho marcario, al menos en lo que a la coexistencia de los signos se refiere, no es suficiente el concierto entre las partes para resolver el asunto, ni mucho menos es hábil la ausencia de objeción a las pruebas, para que el sentenciador pueda saltar la lógica, la razón o el derecho en la determinación de los hechos del juicio, ya que ello permitiría el concierto de los litigantes para vulnerar la fe pública y el equilibrio del mercado justo que se busca conseguir por su intermedio. En consecuencia, para estos juzgadores, si bien podría darse por acreditados registros previos en el extranjero, y una publicidad en diarios franceses de fecha reciente riñe con los principios de la lógica y la experiencia, pretender que podría darse por acreditada la fama y notoriedad de una marca, fundado únicamente en los documentos acompañados.” Séptimo: Que, como se advierte, en el fallo se consigna que se presentaron insertos publicitarios en revistas francesas de los años 2013 a 2015 -por ende, con anterioridad a la presentación de la solicitud que dio origen a estos autos de 20 de mayo de 2015- y que “podría dar por acreditados ... una publicidad en diarios franceses de fecha reciente”, reconociendo incluso que la solicitante no objetó la prueba rendida por la oponente. En este último punto conviene detenerse, pues en su contestación a la oposición, a fs. 43, la solicitante, en coherencia a dicha falta de objeción, expresó “El aludido elevado good will de la firma francesa, los volúmenes de ventas del año 2014, citados entre los argumentos invocados en la oposición, así como los grandes esfuerzos realizados y recursos económicos invertidos para convertir la marca Wonderbox en Francia en lo que es actualmente, no se cuestionan, es más se respetan”. Si bien es efectivo que en esta materia, como lo menciona la sentencia, hay un interés público involucrado que, por ende, debe ser cautelado por los juzgadores, no cabe sostener -carecería de toda sensatez- que, en el caso sub lite, podría existir un acuerdo entre oponente y solicitante para que esta última omita objetar la prueba instrumental de la primera, con el propósito de que ésta logre impedirle el registro de la marca pedida, pues para dicho fin bastaría que la solicitante retire su petición de registro. Octavo: Que, así las cosas, no obstante las numerosas publicaciones que acompañó la oponente para demostrar el posicionamiento y conocimiento de su marca en el mercado francés, los sentenciadores ponen en duda que esos impresos y folletos hayan efectivamente circulado en el mercado -“¿Los impresos o folletos publicitarios acompañados efectivamente circularon en el mercado?”-, pese a que ello ni siquiera fue controvertido por la solicitante, la que expresamente aplaudió su “elevado good will” en Francia, esto es, la reputación de la marca entre sus clientes resultante de los esfuerzos económicos realizados con dicho objeto. Noveno: Que, por otra parte, el fallo igualmente cuestiona si “Se cumple con el requisito universalmente aceptado de entender famosa y notoria una marca únicamente cuando es conocida más allá de los círculos en que habitualmente se consume, en circunstancias que el artículo 20 letra g), al contrario de lo que demanda el fallo, nada más requiere acreditar que la marca goce de fama y notoriedad en el sector pertinente del público “que habitualmente ... demanda esos servicios ... en el país originario del registro”. Como resulta patente, en esta parte la sentencia en estudio contraviene formalmente la referida norma, al exigir, para tener por concurrentes los elementos de fama y notoriedad, un conocimiento de un sector más amplio del público que el fijado en la ley. Décimo: Que todo lo que se viene reflexionando permite concluir, al contrario de lo estimado por los jueces del grado, que el conocimiento de la marca de la oponente en Francia sí se encuadra en los conceptos de fama y notoriedad que trata el artículo 20 letra g) de la Ley N° 19.039 y, en esas circunstancias, presentándose todos los elementos de la mencionada causal de irregistrabilidad, han incurrido en una errónea aplicación de esa disposición los jueces del grado al concluir lo contrario y admitir a registro la marca pedida, motivo por el cual el fallo en estudio deberá ser anulado y

enmendado en la correspondiente sentencia de reemplazo. Undécimo: Que, atendido lo previamente declarado, no se emitirá pronunciamiento respecto de las demás infracciones denunciadas, por resultar innecesario. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, y 17 bis B de la Ley 19.039, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 310 en representación de la oponente Wonderbox SAS, contra la sentencia de veinticinco de abril del año dos mil diecisiete escrita a fojas 305, la que se anula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación, en forma separada, pero sin previa vista. Regístrese. Redacción a cargo del Ministro Sr. Cisternas. Rol N° 28.040-17. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., y los Abogados Integrantes Sr. Jaime Rodríguez E., y Sra. Leonor Etcheberry C. No firma el Ministro Sr. Künsemüller y la Abogada Integrante Sra. Etcheberry, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal y ausente, respectivamente.

### Comentario.

Por sentencia reciente de fecha 11 de octubre de 2017, la Excma. Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo presentado por WONDERBOX SAS, en contra de la sentencia del Tribunal de Propiedad Industrial, que revocó el fallo del Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INAPI) que había rechazado la marca WONDER BOX en base a su marca registrada en el extranjero WONDERBOX, otorgando su registro. Al acoger el recurso, la Excma. Corte Suprema anuló el fallo del Tribunal de Propiedad Industrial y en la sentencia de reemplazo confirmó el fallo de primera instancia.

Los hechos son los siguientes: SMARTBOX SPA., solicitó con el número 1.155.734, la marca WONDER BOX, para distinguir distintos servicios de la clase 35. Respecto de la misma se opuso WONDERBOX SAS, fundando su demanda en su calidad titular de la marca WONDERBOX, registrada en el extranjero, tanto en su país de origen, Francia, como en otros países, la que goza de fama y notoriedad. La demandante acompañó certificados de registros de la marca en el extranjero y publicidad en relación con la misma.

Dicho fundamento se encuentra legalmente sustentado, dado que nuestra legislación, tanto por formar parte Chile de acuerdos internacionales como por haberse incorporado a la legislación interna, reconoce, para efectos de impedir el registro de una marca, derechos adquiridos en el extranjero.

En efecto, la letra g), del artículo 20 de la Ley 19.039, dispone que se prohíbe el registro de *“Las marcas iguales o que gráfica o fonéticamente se asemejen, en forma de poder confundirse con otras registradas en el extranjero para distinguir los mismos productos, servicios o establecimientos comerciales o industriales, siempre que ellas gocen de fama y notoriedad en el sector pertinente del público que habitualmente consume esos productos, demanda esos servicios o tiene acceso a esos establecimientos comerciales o industriales, en el país originario del registro.”* Esta norma se encuentra en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de París que establece que *“Los países de la Unión se comprometen, bien de oficio, si la legislación del país lo permite, bien a instancia del interesado, a rehusar o invalidar el registro y a prohibir el uso de una marca de fábrica o de comercio que constituya la reproducción, imitación o traducción, susceptibles de crear confusión, de una marca que la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida como siendo ya marca de una persona que pueda beneficiarse del presente Convenio y utilizada para productos idénticos o similares”*.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, INAPI, acogió la demanda. Ello, por considerar que la marca solicitada infringía la referida letra g) del inciso 1° del Art. 20, de la Ley 19.039, toda vez que, de acuerdo con los documentos que se habían acompañado, estimó el INAPI que, se pudo acreditar fehacientemente que el demandante había sido el creador y titular de registros previos y vigentes de la marca WONDERBOX en el extranjero para distinguir servicios de la misma clase 35 y por haberse

acreditado la fama y notoriedad de la marca del actor a través de publicidad en periódicos y revistas extranjeras. Todo ello, considerando la identidad gráfica y fonética de los signos.

El solicitante apeló de dicha resolución. El Tribunal de Propiedad Industrial acogió la apelación otorgando el registro de la marca. Lo señalado, por considerar que si bien se acompañaron fotocopias de insertos publicitarios de revistas francesas de los años 2013 a 2015, ello no acredita en la especie, que el signo en que se funda sea efectivamente notorio en el país del registro o que el uso para distinguir servicios idénticos o similares haya sido continuo, permanente y relevante con precedencia a la época de la presentación en Chile de la solicitud de la marca impugnada, preguntándose, previo a llegar a esa conclusión, si *¿Los impresos o folletos publicitarios acompañados circularon en el mercado? Y si ¿Se cumple con el requisito universalmente aceptado de entender famosa y notoria una marca únicamente cuando es conocida más allá de los círculos en que habitualmente se consume?*

Contra dicha resolución del Tribunal de Propiedad Industrial el demandante dedujo recurso de casación en el fondo, basado en la infracción a los artículos 16 y 20 letra g) inciso 1°, ambos de la Ley 19.039 y en el artículo 6 bis del Convenio de París. La Excma. Corte Suprema, acogió el recurso y entre sus considerandos es necesario destacar que comenzó con el estudio de la letra g), del Art. 20 de la Ley 19039, cuestionando la pregunta que se formula el fallo recurrido en cuanto a si en este caso *“¿Se cumple con el requisito universalmente aceptado de entender famosa y notoria una marca únicamente cuando es conocida más allá de los círculos en que habitualmente se consume?”, en circunstancias que el Art. 20 letra g), al contrario de lo que demanda el fallo, nada más requiere acreditar que la marca goce de fama y notoriedad en el sector pertinente del público “que habitualmente...demanda esos servicios... en el país originario del registro”*. Agregando que *“como resulta patente, en esta parte la sentencia en estudio contraviene formalmente la referida norma, al exigir, para tener como concurrentes los elementos de fama y notoriedad, un conocimiento de un sector más amplio del público que el fijado por la Ley”*.

Este fallo de la Excma. Corte Suprema no solo confirma lo dispuesto en el Art. 19, del Código Civil, en cuanto a que, cuando el sentido de la Ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu, sino que además, reconoce que tanto el Art. 20 letra g), inciso 1° de la Ley 19.039, como el Art. 6 bis del Convenio de París, en ambos casos en materia marcaria, consagran el principio universalmente aceptado del respeto internacional de los derechos adquiridos en el extranjero, rechazando, en base a los mismos, la marca solicitada en Chile.

#### V.- Carlos Zambrano Jechán<sup>5</sup>.

**Rol:** 94-2014

**Partes:** Bugueño Olivares y otros c. A.F.P. CUPRUM S.A.”

**Tipo Recurso:** Recurso de protección.

**Tipo Resultado:** Rechazado con costas.

**Fecha Sentencia:** 02/05/2014

Antofagasta, a dos de mayo de dos mil catorce.

#### VISTOS:

Que a fs. 15 comparece José Antonio Galleguillos Garmendia, abogado, con domicilio en calle Arturo Prat 548 oficina 601 de esta ciudad, en representación de Solange Ester Bugueño Olivares, y en favor de Nimet Mercedes Bugueño Olivares y Sabrina Alicia Bugueño Oliavres, todas dueñas de casa y de su mismo domicilio, interponiendo recurso de protección de garantías constitucionales en contra de A.F.P. CUPRUM S.A., del giro de su denominación, representada por Ignacio Alvarez Avendaño, ingeniero comercial, ambos indistintamente con domicilio en calle Bandera 236 piso Comuna de

5 \* Ayudante ad-honorem de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Santiago y Baquedano 532 de esta ciudad, por considerar que ha incurrido en un acto arbitrario e ilegal que vulnera el derecho que le reconoce el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República al negarle en los hechos la entrega de los fondos ahorrados por el causante Jorge Namur Bugueño Olivares.

A fojas 42, comparece Fernando Yung Moraga, abogado, en representación de la recurrida A.F.P. CUPRUM S.A., ya individualizada, quien pide el rechazo de la acción interpuesta, con costas.

A fojas 70 se trajeron los autos en relación.

#### **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que, el recurrente ha interpuesto la presente acción fundada en que el referido señor Jorge Namur Bugueño Olivares falleció intestado el 09 de septiembre de 2007 en Argentina, siendo su último domicilio en Chile el de calle Los Dones 4612 Población Pablo Kruegger de esta ciudad, tal como se señala en la resolución del Servicio de Registro Civil e Identificación que concede la posesión efectiva a la viuda del causante y madre de las recurrentes, mediante resolución exenta N°2256 de 21 de septiembre de 2009.

Entre los bienes que integran la masa hereditaria se encuentran \$53.383.496.- depositados en la cuenta de capitalización individual que mantenía el causante en la institución recurrida.

Luego, en el año 2011 la viuda y causahabiente del señor Bugueño, doña Alicia Olivares Ramírez falleció intestada, otorgándose a las recurrentes la posesión efectiva de su herencia quedada al fallecimiento de su madre, mediante resolución exenta N°726 de 15 de abril de 2011.

Con ambas resoluciones con fecha 29 de enero del presente año se efectuó petición a la recurrida de que hiciera entrega a las recurrentes de los fondos de la cuenta de capitalización individual de don Jorge Bugueño Olivares, sin embargo la A.F.P. en contra de la que se recurre le respondió por vía epistolar que previo a pronunciarse sobre el pago de los fondos debían acompañar certificado otorgado por el Registro Civil de la República Argentina que acreditara que el señor Bugueño no había contraído matrimonio en ese país y no tuvo hijos, el que debía entregarse legalizado.

Es dicha exigencia la que se constituye, en concepto de las recurrentes en un acto ilegal y arbitrario que las priva de bienes, el saldo previsional, que forman parte de su herencia, vulnerando de este modo su derecho de propiedad.

Señala el recurso que, de acuerdo a la normativa vigente, la tramitación de la posesión efectiva de las herencias intestadas ha de realizarse ante el Servicio de Registro Civil e Identificación y que es precisamente ese Servicio quien ha de calificar la calidad de herederos de los peticionarios, agregando que se cumplió con los requisitos legales en el caso de ambas sucesiones, y que dicha institución concedió las posesiones efectivas y agrega que desde el momento del otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de su hermano, nadie ha concurrido a reclamar su calidad de heredero, ejercitando las correspondientes acciones, de modo que ha de entenderse que se mantiene inalterable la resolución que consideró como heredera a la madre de las actoras.

Agrega que no cabe que un tercero como es la recurrida pretenda por esta vía dejar sin efecto un acto legítimamente efectuado por la entidad a quien la ley ha encargado esta materia, extralimitándose a la normativa en la materia.

**A mayor abundamiento, cita la normativa de la Ley N°22.255** y el “Compendio de Normas del Sistema de Pensiones” de la Superintendencia del ramo, que en el numeral 2 del capítulo II de la letra G del Título I inserto en el Libro III establece los requisitos para retirar los ahorros: “Los fondos destinados a herencia se pagarán a los herederos del afiliado fallecido previa presentación de la Resolución emanada del Servicio de Registro Civil e Identificación o del auto de posesión efectiva debidamente inscritos en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, del departamento correspondiente”

Así las cosas, la recurrida ha entrado a irrogarse facultades entregadas por ley a otro organismo, vulnerando además las instrucciones que su fiscalizador ha impartido en la materia.

Por consiguiente solicita que se acoja la presente acción de protección por haberse vulnerado el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental.

Por lo expuesto considera que se ha mermado el patrimonio de sus representadas, vulnerando la ley del contrato, de modo que el actuar es caprichoso y no amparado por norma alguna, por lo que pide que se acoja la presente acción y se ordene a la recurrida que deje sin efecto los descuentos efectuados y traslade íntegramente los fondos generados por vía de este seguro, con costas.

**SEGUNDO:** Que, informando la A.F.P. recurrida, reconoció que don Jorge Nambur Bugueño Olivares se afilió a ella en el año 1983 y cotizó ininterrumpidamente hasta 1997, época en que dejó su domicilio en Chile para radicarse en Argentina. Señala que al fallecer existen antecedentes de que no sólo tenía su domicilio en Argentina, sino que además había contraído matrimonio y que tuvo descendencia en dicho país.

Considera que su actuar, al pedir los antecedentes que refieren las actoras, se enmarca dentro de la legislación habida consideración de la diferencia de los efectos en el evento de existir o no herederos, agrega que el lugar de fallecimiento también reviste importancia, lo que llama a su representada a actuar con cautela considerando su calidad de custodio de los fondos del causante.

Señala que de existir cónyuge, la misma podría ser beneficiaria de pensión de sobrevivencia, de conformidad al Decreto Ley 3.500, situación que también se produciría en el evento de haber descendencia beneficiaria de pensión, cuestión que debe considerarse a la luz de lo dispuesto por el D.L. 3-500 y que sólo en caso de no haber beneficiarios de pensión de sobrevivencia procedería entregar el saldo de la cuenta para acrecentar la masa hereditaria. De este modo, debe hacer una revisión exhaustiva para determinar la procedencia de la pensión de sobrevivencia.

Al recabar antecedentes relata los hechos que pudo constatar, referidos por la actora y agrega que la defunción se inscribió en Chile, quedando constancia que el señor Bugueño estaba casado y se entregó un instructivo de cómo pedir la posesión efectiva.

Por lo anterior justifica su solicitud de información de otros herederos, a fin de resguardar los intereses de estos pues considera que los dineros que mantiene le corresponde negarlos a las recurrentes pues carecen de titularidad y deben ser pagados mediante pensiones de sobrevivencia a sus legítimos herederos.

Luego, relata las razones legales por las cuales el matrimonio celebrado por el difunto señor Bugueño en Argentina tiene pleno valor en Chile, y por ende produce plenos efectos sucesorios aunque sea ignorado por el órgano administrativo.

Agrega que la posesión efectiva fue otorgada careciendo el ente otorgante de antecedentes indispensables para declararlo en forma apropiada, validarlo de modo que ello legitima la decisión de la A.F.P. recurrida, pues dado que la resolución del Registro Civil entra en evidente contradicción con los antecedentes que posee, entonces le es inoponible pues las disposiciones del Decreto Ley 3.500 son especiales frente a las normas del Código Civil.

Por otro lado, considera que la presente acción carece de fundamento porque las actoras no tienen el dominio sobre el saldo de la cuenta de ahorro previsional que el causante mantenía en esa AFP, pues lo que tienen es sólo el derecho real de herencia sobre la masa quedada al fallecimiento de su hermano y no el derecho de dominio que define el art. 538 del Código Civil, agrega que el dominio de la cosa singular debe estar consolidado en el patrimonio de la persona y en este caso hay dudas sobre el mismo y, por otro lado, el derecho real de herencia es diverso del derecho real de dominio, teniendo ambas regulaciones jurídicas diversas y el derecho protegido en el artículo 19 N°24 de la Constitución es el de dominio, no el de herencia.

Finalmente, considera que las recurrentes carecen de la calidad de verdaderas herederas, sólo pueden considerarse como herederas putativas y con la resolución que les concede la posesión efectiva pueden adquirir por prescripción el derecho real de herencia, pero no han transcurrido los 5 años de prescripción que les otorgaría el dominio a las recurrentes, sin perjuicio que no hay certeza si dicho plazo se ha interrumpido o no.

Por todas estas razones es que solicitó za las supuestas la información que requería para proceder de acuerdo a la ley y lo hizo en carta de 4 de febrero de este año.

Por todo lo señalado pide se rechace el recurso de protección interpuesto.

**TERCERO:** Que frente a esta situación ha de tenerse presente que confluyen en la resolución del asunto tres tipos de normas, las civiles, las previsionales y las del Derecho Internacional privado.

**CUARTO:** Que, efectivamente, de conformidad a lo establecido en el D.L 3.500 las personas a lo largo de su vida laboral generan con ahorro previsional obligatorio que se entera en una cuenta personal que está destinada a reunir un capital capaz de cubrir una pensión de vejez al titular cuando éste alcance a lo menos la edad mínima exigida por la ley para hacerse acreedor al derecho a pensionarse, ahorro que hasta ese momento podía haber servido para el pago anticipado de pensiones de invalidez o sobrevivencia.

**QUINTO:** Que en caso de que el ahorrante previsional fallezca genera pensión en favor de su viuda o de la madre de los hijos no matrimoniales, de los hijos hasta los 18 años, hasta los 24 si cursan estudios regulares, del cónyuge inválido o de los ascendientes o descendientes que fueran cargas familiares reconocidas por el afiliado y que a falta de estos asignatarios de pensión el saldo de la cuenta de ahorro pasaría a integrar la masa hereditaria del fallecido, a menos que ya estuviere pensionado por la vía de la contratación de una renta vitalicia o de un sistema basado en un retiro programado temporal y una renta vitalicia diferida encontrándose en la etapa pactada de retiro temporal y respecto del saldo del fondo asignado a tal fin aún no utilizado en el pago de las cuotas pactadas de retiro temporal.

Por consiguiente el solo hecho del fallecimiento del ahorrante no genera derecho real de herencia, a menos que además se cumpla el requisito copulativo de no existir beneficiarios de pensión de sobrevivencia.

**SEXTO:** Que desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado se plantea en el caso el problema de lo que ocurriría con la existencia de una eventual cónyuge en la República Argentina, así como de hijos del causante en dicha República y que el artículo 955 del Código Civil es una norma atributiva que otorga la competencia para regir la sucesión de los chilenos domiciliados en el extranjero a la ley del lugar del último domicilio del causante, en este caso a la ley de la República Argentina, de modo que si ésta estableciera derecho a una pensión de viudez o de orfandad en favor de la viuda o hijos esto sería plenamente aplicable en la especie, y si la legislación argentina no estableciera ese derecho, éste asistiría igualmente a la viuda y a los eventuales hijos asignatarios de pensión de sobrevivencia en los términos del D.L. 3.500, por cuanto, como lo ha señalado la doctrina de los tratadistas del Derecho Internacional Privado, la aplicación de la ley extranjera, cuando una norma atributiva chilena ordena su aplicación, tiene como limitación el orden público nacional y la necesidad de evitar el fraude a la ley, habiendo señalado la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal que las normas que regulan la sucesión serían de orden público lo que en el punto haría improcedente preterir a la viuda y a los eventuales hijos del beneficio de pensión aunque la ley llamada a regular el caso, en la especie la argentina, norma aplicable para regular la sucesión de un chileno domiciliado en el extranjero por disposición del artículo 955 de nuestro Código Civil, no reconociera este derecho a las señaladas personas quienes frente a nuestro Derecho tendrían derecho al beneficio por ser nuestro ordenamiento sucesorio un conjunto de normas de orden público lo que excluye la aplicación de la ley extranjera cuando ésta lo vulnera, lo que haría que los fondos previsionales del fallecido existiendo asignatarios de pensión, no pudieran considerarse parte de la masa hereditaria hasta que el derecho de esos asignatarios se extinga.

**SEPTIMO:** Que del examen de la documentación que rola en el expediente del recurso aparece a fojas 35 certificado de defunción debidamente legalizado de don Jorge Namur Briceño Olivares, hecho acaecido el 09 de Septiembre de 2007, otorgado por la autoridad de San Miguel de Tucumán, República Argentina en cuyo acápite correspondiente al estado civil del fallecido, aparece como “casado”, a lo que se suma a fojas 32 la solicitud de la recurrente Nimet Briceño Olivares hecha al Servicio de Registro Civil e Identificación en la ciudad de Santiago para que se proceda a la inscripción de la defunción de don Jorge Bugueño Olivares, al que se anexa a fojas 31 copia del Registro de defunción en que aparece registrada la sepultación del Señor Briceño y el Acta levantada con fecha 14 de Septiembre de 2007 por personal del Ministerio de Salud de Chile que rola a fojas 33 y 34 de autos, aparece como estado civil del fallecido el de “casado” sin señalar en ninguno de los documentos la identidad del cónyuge sobreviviente.

**OCTAVO:** Que de lo antedicho se desprende claramente que a la luz de lo prescrito por el artículo 66 del D.L. 3.500 el saldo de la cuenta de ahorro previsional del fallecido no constituiría herencia, sino un saldo destinado a pagar una pensión de sobrevivencia a la viuda y o a eventuales hijos del fallecido.

**NOVENO:** Que por consiguiente las recurrentes no tendrían la calidad de herederas de su hermano fallecido en la República Argentina en tanto no puedan acreditar que el causante no tenía la calidad de casado de conformidad a las leyes de ese país así como acreditar la inexistencia de otros asignatarios de pensión de sobrevivencia que puedan acreditar el derecho a impetrar el derecho a pensión de esas personas, a menos que puedan acreditar que el derecho de estas personas ha caducado o prescrito y en tal caso que soliciten que se tenga por parte de la masa hereditaria del causante su saldo de cuenta previsional antes de que transcurra el plazo que hace que la herencia vacante pase al Fisco, según lo dispuesto en los artículos 983 y 995 del Código Civil.

**DÉCIMO:** que en razón de lo señalado las recurrentes no pueden alegar la existencia de un derecho de dominio sobre el saldo de la cuenta previsional de su hermano fallecido así como tampoco podrían sostener que les asiste respecto de dichos fondos un derecho real de herencia, en tanto no se acredite la inexistencia de asignatarios de pensión de sobrevivencia en los términos del D.L. 3.500 de 1980, debiendo recaer en las recurrentes la carga de establecer fehacientemente la inexistencia de dichos asignatarios legales de pensión.

**UNDÉCIMO:** Que por tanto al no asistir a las recurrentes el derecho de dominio sobre los fondos que constituyen el saldo de la cuenta de capitalización individual de su hermano don Jorge Namur Bugueño Olivares, hecho acaecido el día 9 de Septiembre de 2007 en la República Argentina resulta improcedente el recurso de protección interpuesto por el Abogado don José Antonio Galleguillos Garmendia en representación de las hermanas del fallecido en contra de la AFP CUPUM S.A. fundado en que dicha Administradora habría vulnerado el supuesto derecho de dominio que asistiría a las recurrentes respecto del saldo de la cuenta de capitalización individual de su hermano Jorge Namur Bugueño Olivares, no habiendo por tanto la Administradora vulnerado un derecho de dominio aún no establecido ni exigible sobre dichos fondos, no existiendo infracción alguna a lo establecido en el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental, careciendo por tanto de fundamento el recurso intentado.

En razón de estas consideraciones y teniendo presente lo establecido en los artículos 582, 951, 954, todos del Código Civil, 66 y siguientes del D.L. 3.500 de 1980, 19 número 24 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de las Garantías Constitucionales, se declara que **se rechaza con costas** el Recurso de Protección interpuesto por el Abogado don José Antonio Galleguillos Garmendia en representación de doña Solange, de doña Nimet y de doña Sabrina, todas de apellidos Bugueño Olivares en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones CUPRUM S.A.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Rol 94-2014

**Comentario.**

Notas sobre el estatus jurídico-conflictual de la distribución del fondo ahorrado en la cuenta de capitalización individual por un afiliado a una administradora de fondos de pensiones muerto en país extranjero, respecto de sus herederos extranjeros.

**1.- Introducción**

La autonomía o dependencia que recibe la regulación de derechos subjetivos con relación al subsistema atributivo de un determinado ordenamiento supone, ante todo, un descubrimiento del significado normativo que abarcan tales derechos respecto de la extensión que cabe reconocer, a su vez, en las categorías jurídicas que integran el plexo de normas conflictuales de semejante subsistema. La racionalidad con que la dogmática del derecho internacional privado suele colmar dicho significado –y acusándola en varias de sus técnicas–, a menudo coincide con la detección de la función socioeconómica que los institutos jurídicos desempeñan empíricamente del modo en que los particulares se sirven de ellos, tanto como por la finalidad o meta normativa de la que fueron impresos como regulación jurídica<sup>6</sup>.

En lo que aquí importa, interesa establecer de qué modo debe ser tratada la suerte de los fondos previsionales ahorrados por un cotizante de acuerdo a la reglas que rigen la cuenta de capitalización individual, ante la verificación de su muerte en país foráneo, respecto de sus herederos extranjeros, preguntándose si existe motivo para que la distribución de dichos ahorros sean alcanzados por los efectos atributivos del sistema conflictual; dilema ínsito en el asunto que ha tenido a la vista la Corte de Apelaciones de Antofagasta al dictar la sentencia de 2 de mayo de 2014 de Rol N° 94-2014, confirmada por la Corte Suprema. Pues, como en toda problemática multinacional, precisamente por haber intervenido un elemento que extranjeriza la relación jurídica respectiva, la aplicación irreflexiva de normas jurídicas, concita como mínimo un déficit argumentativo en el contexto de elección judicial del derecho aplicable, tanto para considerar como para apartarse de la utilización de reglas de colisión. La solución justa, en cambio –sirva está afirmación de rasero–, se plantea racionalmente como punto medio entre el fenómeno de imperialismo normativo y el fetichismo internacional.

Que sean las consecuencias patrimoniales de la muerte de una persona las que aquí funjan como hecho bruto observado y supuesto normativo de varias reglas del ordenamiento jurídico chileno, prefigura en abstracto y sustraídos por ahora de los hechos de la causa, solo dos opciones para determinar el derecho objetivo de potencial aplicación: o la solución se conforma a reglas especiales y materiales inscritas en el Decreto Ley N° 3.500 del año 1980 que disciplinan la distribución del fondo bajo la repartición de pensiones de sobrevivencia de las que son beneficiarias personas del núcleo familiar del cotizante ya muerto; o bien, se regula bajo reglas materiales nacionales o extranjeras enviadas por la norma atributivo-sucesoria del artículo 955 del Código Civil (en adelante también, el “Código”). Ambas aproximaciones, como es sabido, dependen de la precisión descriptiva que admita su cualificación jurídica, su definición funcional, en contraste con la pluralidad de normas jurídicas concurrentes a la elección del foro.

En este entendido, la sentencia en comentario es interesante, tanto por lo que expresa como fundamentos sobre los que arriba a la aplicación de normas previsionales nacionales en lugar de aplicar el derecho de atribución de la sucesión internacional, aun cuando se constata por el fallador –aquí lo interesante– la dirección específicamente sucesoria y multinacional del asunto. Con ello, la Corte, conjunto con suscribir teorías inadecuadas para excluir la puesta en movimiento del sistema de atribución, les ha dado a las cosas el lugar al que están llamadas a ocupar conforme con su título (puramente) nominal, a costa de poder considerarlas según su desempeño social y normativo.

<sup>6</sup> J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, Curso de Derecho Internacional Privado (Madrid, Civitas, 1996). pp. 341-349.



## 2.- Los hechos

Pero para dar un contexto de esta solución de jurisprudencia, y aclarar lo que se lleva dicho, es preciso ofrecer los hechos tal como fueron establecidos en los considerandos 1° y 2° de la sentencia en estudio.

Con fecha 9 de septiembre de 2007, en la República de Argentina, falleció de forma intestada don Jorge Nambur Bugueño Olivares, otorgándose, mediante resolución administrativa, la posesión efectiva de su herencia, a su madre, doña Alicia Olivares Ramírez. Entre los bienes que integran la masa hereditaria se encuentran dineros depositados en la cuenta de capitalización individual que mantenía el causante con la sociedad administradora de fondos de pensión CUPRUM S.A. (en adelante también, “la AFP”). Tiempo después, el año 2011, doña Alicia Olivares Ramírez falleció intestada, otorgándose a las hermanas del primer causante e hijas de la segunda causante –las señoras Bugueño Olivares–, mediante resolución administrativa, la posesión efectiva de la herencia que su madre dejó.

Con el mérito ambas resoluciones del Servicio de Registro Civil e Identificación, las hermanas Bugueño Olivares efectuaron petición a la AFP de que se les hiciera entrega de los fondos de la cuenta de capitalización individual del cotizante fallecido. Sin embargo, la institución respondió que previo a pronunciarse sobre la dación de los fondos, las señoras Bugueño Olivares debían acompañar certificado otorgado por el Registro Civil de la República Argentina que acreditara que, el difunto no había contraído matrimonio ni dejado descendencia en ese país, el que debía entregarse legalizado.

En concepto de las señoras Bugueño Olivares, dicha exigencia que, a la sazón, entrababa la entrega de dineros solicitada a la AFP, constituía un acto ilegal y arbitrario que las privaba del saldo previsional en la cuenta de capitalización individual ahorrada en vida por don Jorge Bugueño y que forman parte de su herencia, vulnerando de este modo su derecho de propiedad; asunto por el cual interponen acción de protección. Para sostenerlo, afirman que la tramitación de la posesión efectiva de la herencia intestada ha de realizarse ante el Servicio de Registro Civil e Identificación y que es precisamente ese Servicio quien debe calificar la calidad de herederos de los peticionarios, agregando que, en el caso de autos, se cumplió con los requisitos legales respecto de la defunción del causante, como de la madre de las recurrentes.

Agregan además que, desde el momento del otorgamiento de la posesión efectiva de la herencia quedada al fallecimiento de su hermano, nadie ha concurrido a reclamar su calidad de heredero de mejor derecho que las recurrentes, ejercitando las correspondientes acciones legales, de modo que ha de entenderse que se mantiene inalterable la resolución que las consideró como asignatarias a título universal. De este modo, agregan, no cabe que un tercero como es la recurrida pretenda dejar sin efecto actos legítimamente efectuados por la entidad administrativa.

Evacuando informe, la AFP recurrida señaló que al fallecer el cotizante, existían antecedentes documentales de que este no sólo tenía su domicilio en Argentina, sino que además había contraído matrimonio en dicho país. Considera que su actuar, al pedir los antecedentes que refieren las actoras se enmarca dentro de la legislación que rige su objeto societario, habida consideración de la diferencia de los efectos en el evento de existir o no herederos de mejor derecho. De existir cónyuge sobreviviente en Argentina, esta podría ser beneficiaria de pensión de sobrevivencia de conformidad con el Decreto Ley N° 3.500, y que sólo en caso de no haber beneficiarios de las pensiones antedichas, procedería entregar el saldo de la cuenta capitalizada con el objeto de acrecentar la masa hereditaria. Por lo anterior, justifica su solicitud de información de otros herederos requerida a las recurrentes, a fin de resguardar los intereses de esta potencial beneficiaria.

## 3.- La forma en que consideró el asunto la Corte y la extensión del concepto de sucesión en la norma de conflicto sucesoria

La Corte entendió que el caso que está llamado a resolver connota un auténtico asunto privado de carácter internacional, por reconocer que a su resolución concurren normas de colisión necesarias para

determinar el estatus de la forma de distribución del fondo de la cuenta de capitalización individual ahorrado por el causante-afiliado. En el considerando 3° dice:

*“Que frente a esta situación ha de tenerse presente que confluyen en la resolución del asunto tres tipos de normas, las civiles, las previsionales y las del derecho internacional privado”.*

A su turno, el tribunal de alzada constata de modo puramente hipotético, el efecto atributivo que entrañaría la aplicación de la regla de colisión del artículo 955 del Código. Este consiste, como es sabido, en que, por haberse verificado la muerte del causante en la República Argentina, las normas sustanciales sucesorias de dicho Estado son las que han de regir la plenitud de la sucesión abierta del causante de autos, dispuesta unitariamente como universalidad jurídica. A ello habría que agregar que dicha atribución es exhaustiva y unitaria, en el sentido que las normas enviadas están destinadas a regular todas las relaciones jurídicas ínsitas en el patrimonio del difunto, salvo que concurran reglas del ordenamiento jurídico chileno de carácter sucesorias que exceptúen el principio de unidad ínsita en la norma de colisión, materializando así la fragmentación de la *successio per universitatem*<sup>7</sup>.

Lo que inmediatamente vale poner de relieve, es que al momento en que se hace el examen de prospección normativa, el sentenciador sugiere que el envío que cabría reconocer por aplicación del sistema de atribución sucesorio involucraría también la normativa previsional argentina. Con ello, es del todo lícito entender que el fallador ha cualificado el asunto previsional cuyo supuesto es la muerte del cotizante, como uno de índole sucesoria, y entonces apto de ser reglamentado por la norma de conflicto dispuesta en esta materia. Así, en el considerando 6° señala la Corte:

*“[...] que el artículo 955 del Código Civil es una norma atributiva que otorga la competencia para regir la sucesión de los chilenos domiciliados en el extranjero a la ley del lugar del último domicilio del causante, en este caso a la ley de la República Argentina, de modo que si ésta estableciera derecho a una pensión de viudez o de orfandad en favor de la viuda o hijos esto sería plenamente aplicable en la especie”.*

En efecto, al incluir en su razonamiento las normas previsionales argentinas (aquellas aptas para determinar pensiones de viudez o de orfandad) dentro del derecho aplicable determinado conforme al artículo 955 del Código, la Corte, (deliberadamente o no), ha incorporado dentro del campo de extensión del concepto de sucesión, también las incidencias previsionales que contienen las reglas sustanciales argentinas y que tienen por supuesto normativo la muerte de un determinado sujeto. Dicho en otras palabras, ha cualificado jurídicamente el devengo de pensiones de sobrevivencia que a menudo los estatutos previsionales de los sistemas jurídicos del orbe disponen ante la muerte de su cotizante, bajo una dirección conceptual eminentemente sucesoria. Fuerza concluir así, pues, en caso contrario, tales normas previsionales extranjeras no podrían ser reconocidas por un tribunal chileno como derecho válidamente aplicable<sup>8</sup>.

Lo anterior se corresponde con el campo de aplicación amplísimo con que ya a la época, la Corte Suprema había entendido el concepto general de sucesión del que se vale el legislador nacional. Esta delimitación quedó asentada en una importante sentencia de casación dictada el año 2004 y que introdujo cuestiones significativas en el modo de entender las normas que configuran el sistema de derecho internacional privado de la sucesión por causa de muerte<sup>9</sup>, aludiendo a nociones propias de la dogmática de esta sede. Para los efectos de determinar su intelección, el tribunal puso énfasis en la ubicación de la regla:

*“[...] resulta obvio que todo ese contexto normativo es propio del derecho sucesorio, desde que, en especial, [el título] regla la sucesión intestada [...], las asignaciones testamentarias, y, en general, dice relación con las*

7 Véase, F. K. von Savigny, Sistema de Derecho Romano Actual. Tomo VI (Madrid, F. Góngora y Compañía, 1879), pp. 297-298.

8 H. L. A. Hart, El Concepto de Derecho (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963). pp. 125 y ss.

9 Para una reconstrucción dogmática de este conjunto normativo, véase, C. Zambrano Jechan, Sistema de Derecho Internacional Privado Chileno de la Sucesión por Causa de Muerte. Memoria para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago, Universidad de Chile, 2017).

*obligaciones, derechos y acciones que de dichas instituciones puede derivarse. De este modo, en lo atinente a dichas materia el legislador determina la normativa legal aplicable a la sucesión en los bienes de una persona difunta, entendiendo como tal a la referida a la regulación de la transmisión del dominio del conjunto de bienes que formaban parte del patrimonio del causante, a la asunción de las cargas, a los derechos que sobre ellos es posible establecer y a las acciones a que su respecto pueden ejercitar aquellas personas a quien la ley o el testador ha llamado a suceder a cualquier título*<sup>10</sup>.

En estos términos amplísimos y formales, bastaría solo para someter a la regulación sucesoria una determinada situación, con tal que admita su configuración como relación jurídica integrante del patrimonio del difunto, sin importar la dirección que asuma según sus propias directrices, principios o propósitos normativos. La sucesión así expresada, con una connotación evidentemente proveniente de la teoría subjetiva del patrimonio<sup>11</sup>, extiende la aplicación de la norma de conflicto sucesoria a toda situación jurídica cuya verificación suponga, como presupuesto, la muerte del sujeto que se encontraba en una posición activa de ella y cuyo objeto sea su transmisión patrimonial a terceras personas que concurren en calidad de herederos<sup>12</sup>.

Lo que parece un contrasentido, sin embargo, es que habiendo evidenciado el potencial amplísimo de la categoría de sucesión a los efectos de localizar la repartición del fondo previsional ahorrado respecto de causahabientes extranjeros bajo la órbita de las normas extranjeras sucesorias y previsionales, la Corte de Apelaciones de Antofagasta no haya sido finalmente congruente con este postulado. En el considerando 8°, se aprecia el descarte la norma de conflicto sucesoria, en favor de la preterición de la aplicación de las normas previsionales nacionales, bajo las cuales se rechazó la acción de protección:

*“Que de lo antedicho se desprende claramente que a la luz de lo prescrito por el artículo 66 del D.L. N° 3.500 el saldo de la cuenta de ahorro previsional del fallecido no constituiría herencia, sino un saldo destinado a pagar una pensión de sobrevivencia a la viuda y o a eventuales hijos del fallecido”.*

Si el tribunal entiende primero que la distribución de fondos a que da lugar la muerte de un cotizante en un sistema de previsión puede ser calificado jurídicamente como una cuestión típicamente sucesoria, ¿cuáles son los fundamentos para decidirse por la separación de ambos estatutos, planteando una radical diferencia entre normas sucesorias y previsionales, y luego recurrir a estas últimas –las normas nacionales y previsionales–, en forma autónoma?

#### **4.- El recurso a la norma sustancial nacional bajo enunciación de teorías que obstaculizan el derecho extranjero válidamente reconocido**

La respuesta a la pregunta recién planteada se encuentra esbozada parcialmente en el mismo considerando 6° en que la Corte razona hipotéticamente bajo las consecuencias que tendrían un supuesto envío proyectado, decidiéndose finalmente por no aplicar la regla de colisión. Plantea:

*“[...] si la legislación argentina no estableciera ese derecho [pensión de viudez o de orfandad], éste asistiría igualmente a la viuda y a los eventuales hijos asignatarios de pensión de sobrevivencia en los términos del D.L. N° 3.500, por cuanto, como lo ha señalado la doctrina de los tratadistas del derecho internacional privado, la aplicación de la ley extranjera, cuando una norma atributiva chilena ordena su aplicación, tiene como limitación el orden público nacional y la necesidad de evitar el fraude a la ley, habiendo señalado la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal que las normas que regulan la sucesión serían de orden público lo que en el punto haría improcedente preterir a la viuda y a los eventuales hijos del beneficio de pensión aunque la ley llamada a regular el caso, en la especie la argentina, norma aplicable para regular la sucesión de un chileno domiciliado en el extranjero por disposición del artículo 955 de nuestro Código Civil, no reconociera*

10 Corte Suprema, 8 de junio de 2004, Rol N° 1.062-2003 (cons. undécimo).

11 G. Figueroa, *El Patrimonio* (Santiago, Ed. Jurídica, 1997). pp. 29 y ss.

12 Famosamente, la teoría de la sucesión internacional de Antonio Boggiano discurre sobre la distinción entre causa de la sucesión y objeto de la sucesión, véase, A. Boggiano, *Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales* (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000) pp. 537 y ss.

*este derecho a las señaladas personas quienes frente a nuestro Derecho tendrían derecho al beneficio por ser nuestro ordenamiento sucesorio un conjunto de normas de orden público lo que excluye la aplicación de la ley extranjera cuando ésta lo vulnera, lo que haría que los fondos previsionales del fallecido existiendo asignatarios de pensión, no pudieran considerarse parte de la masa hereditaria hasta que el derecho de esos asignatarios se extinga”.*

La fundamentación que precede no es la más adecuada. En síntesis, la Corte haciendo pie en la teoría del orden público internacional y en el fraude a la ley, descarta la aplicación de la regla del artículo 955 del Código con arreglo a la cual podía resolver el asunto que previamente había decidido tratar como sucesión internacional. Luego, con ello en mente, el tribunal solo considera las disposiciones del Decreto Ley N° 3.500, específicamente su artículo 66, que reglamenta las modalidades en que pueden los beneficiarios hacer efectiva las pensiones de sobrevivencia con cargo a la cuenta de capitalización individual del afiliado-causante, excluyendo los fondos ahorrados de la herencia en caso de existir tales beneficiarios de pensiones expresamente mencionados en el artículo 5° del texto. Dispone el inciso final del artículo 66 del Decreto Ley N° 3.500:

*“Si no quedaren beneficiarios de pensión de sobrevivencia, el saldo remanente en la cuenta de capitalización individual del afiliado incrementará la masa de bienes del difunto”.*

Pues bien, no es necesario profundizar en un estudio exhaustivo de la teoría del orden público internacional para detectar la contradicción en la que incurre el fallador en el rebuscado razonamiento del considerando 6°. Afirma la Corte que el derecho sucesorio chileno está adscrito a la categoría de orden público (internacional) sin señalar que precisas normas y principios de la *lex fori* se ven manifiestamente desafiados por la eventual aplicación del derecho extranjero, y que el juez del foro estaría llamado a defender. Esta falta de identificación de precisas normas y principios en que se asienta el orden público conduce al absurdo de sostener la inaplicabilidad de modo general –*erga omnes*– del artículo 955 del Código. Por otra parte, el argumento rebaja el carácter imperativo de la norma de conflicto sucesoria, según la concibe sobre la base de la apertura sucesoral el artículo 145 del Código de Bustamante, al estatus de una norma meramente dispositiva<sup>13</sup>.

Lo mismo acontece con la enunciación de la teoría del fraude a la ley esgrimida en el fallo. Sin que se necesite abundar en esto, es claro que la resolución alcanzada de no conceder la aplicación del derecho extranjero no puede fundamentarse en el fraude a la *lex fori*, toda vez que es este derecho cuya aplicación, en la especie, pretendían las actoras: el derecho sucesorio que el mismo sentenciador consideró de orden público. ¿Cómo entonces el pedido podría encerrar alguna forma de fraude a la *lex fori*, si ni siquiera se pidió aplicación de *lex causae*? De allí que no es posible contar con el recurso a esta teoría como un razonamiento judicial adecuadamente estructurado y útil para resolver el asunto sometido a la decisión de la Corte.

Una vez que se ha detectado y desactivado las razones de por qué el tribunal ha rehuído de la aplicación de la regla de conflicto y aplicado las previsionales según las cuales, mientras existan beneficiarios de pensiones de sobrevivencia, el fondo de la cuenta del causante no pasa a integrar el caudal de la herencia, impera preguntar: ¿significa todo esto, pese a la errónea argumentación del fallo, que la decisión del tribunal no es acertada?

No necesariamente.

13 La norma de conflicto sucesoria determina unitariamente el derecho aplicable a todo el fenómeno sucesorio compuesto por momentos –no todos– que se configuran, a su vez, mediante normas de orden público. Luego, es de toda razón suponer que, respecto de aquellos momentos, la aplicación de la norma de atribución es imperativa.

## 5.- El sentido de las ventajas parasucesorias y su exclusión del campo aplicativo de la *lex successionis*

La omisión de literatura de nuestro medio sobre un tratamiento analítico de la sucesión internacional ha dejado de lado la cuestión por cómo tratar casos que refieren o asemejan referir a dicha forma de relación extranjerizada, develando la tendencia a omitir razonamientos destinados a precisar los fines y funcionamiento de las instituciones jurídicas que le rodean. La experiencia en otras latitudes es distinta: se intenta solucionar por anticipado en textos legales sistemáticos, categorías jurídicas de mejor definición, subordinadas a otras más generales. Aquello facilita la calificación judicial porque la creación de nuevas tipologías que nominalizan la aparición de relaciones jurídicas pone en contraste sus diferencias funcionales y significados.

De modo ejemplar, las pensiones de sobrevivencia en el seno de las normas conflictuales de la Unión Europea reciben expresa exclusión del derecho de atribución sucesoral fijado en el Reglamento 650/2012 toda vez que, los planes de pensiones y la regulación de los contratos de seguro aparejan expresamente su transmisión o creación por un título distinto a la sucesión (art. 1°)<sup>14</sup>. Esta solución, afianzada ya en la cultura jurídica europea, tiene antecedentes en el derecho español que consagra la exclusión del campo de la *lex successionis* a las “ventajas parasucesorias”. Con este *nomen iuris* se alude a cuestiones relacionadas con la sucesión *mortis causa* por compartir un mismo antecedente común de ser creados o transmitidos por la causa de muerte de una persona, pero que funcionalmente deben ser tratados bajo efectos paralelos a los que entrañan la regulación de los derechos sucesorios<sup>15</sup>.

En el caso de las pensiones de sobrevivencia, es innegable que estas sirven primordialmente a la satisfacción de necesidades derivadas de la contingencia en que consiste la muerte del cotizante, sin exclusiones injustas basadas en la nacionalidad de los beneficiarios. En sistemas previsionales donde los principios de solidaridad, universalidad, unidad y participación social tienen correspondencia en la realidad como directrices normativas de auténticos sistemas de seguridad social, las pensiones de sobrevivencia que presta, se avienen con su integración en la categoría especial de ventaja parasucesoria. Pues, alcanzado el sistema esta fisonomía, el acceso a las prestaciones que el sistema previsional otorga, son gozadas generalizadamente como un derecho público subjetivo a la protección frente a contingencias<sup>16</sup>. En este contexto, la contribución comporta una transferencia dominical de recursos al sistema de protección social, por lo que no ha de haber fundamento jurídico para que el monto a que dicha contribución ascienda se transmita, *stricto sensu*, por causa de muerte. En su lugar, la muerte del cotizante devenga pensiones para cubrir el estado de necesidad de sus beneficiarios del núcleo familiar del fallecido, regidas por su propia ley.

Pero en el sistema nacional que configura el Decreto Ley N° 3.500, el fondo ahorrado por concepto de capitalización individual del afiliado es de dominio del cotizante<sup>17</sup>, y la necesidad de la imposición estatal de capitalizar en una cuenta delegando su administración en una sociedad anónima trasluce —antes que una contribución social cuya actualización conduce a la pérdida del dominio sobre lo cotizado—, la vigencia de una regla de indisponibilidad de inspiración paternalista por la cual se evita la toma de decisiones por parte del propietario-cotizante respecto de parte de su patrimonio, en contextos en que les imposible elegir por sí mismo en tanto dueño —por falta de suficiente información sobre situación futura e instrucción sobre la rentabilidad de sus bienes—, lo que le resultará conveniente en términos pecuniarios<sup>18</sup>. De esta manera, ante el escenario de abstracción de relaciones jurídicas

14 P. Blanco-Morales Limones y A. Luísa Balmori, “Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico”, JURISMAT, N° 2, 2013. p. 38.

15 E. Castellanos Ruiz, “Capítulo XXIII: Sucesión Hereditaria”, en Derecho Internacional Privado. Volumen II, ed. por A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (Granada, Comares, 2007). p. 329.

16 W. Beveridge, Resumen del Informe de Sir William Beveridge sobre Seguros Sociales y Servicios Congéneros (Santiago, Ercilla, 1943). p. 44

17 Véase ejemplarmente, Corte de Apelaciones de Santiago, 11 de octubre de 2017, Rol N° 46.580-2017.

18 G. Calabresi y A. D. Melamed, “Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: Una vista de la catedral”, Estudios Públicos, N° 63, 1996. pp. 372-377.

que acarrea la internacionalización, la distribución de dineros allí acumulados pudiesen conectarse al contenido conceptual de la sucesión, precisamente porque su operación consiste en la continuación de personalidad del dueño en esas relaciones jurídicas reales que representa su vínculo con el fondo individual.

Mi impresión es que, en este caso, ante la omisión legislativa sobre exclusiones del contenido aplicativo de la norma de conflicto sucesoria, la necesidad de ejercitar una calificación jurídica sobre la suerte de los fondos previsionales quedados después de la muerte del afiliado-causante resultaba imperiosa. Dado ya que el difunto supuestamente había dejado una cónyuge sobreviviente en el extranjero, y al haber sido este factor el principal motivo que tuvo la Corte para considerar la situación de manera extranjerizada, debió al menos evaluar el desempeño con que se ha venido a reglamentar la dinámica de la cuenta individual, a fin de integrar a su elección –sin sesgos nominativos de su propio ordenamiento, ni del sentido común que esta forma de encarar las cosas irroga–, el plexo de normas que le sirven de potencial derecho aplicable a la distribución del fondo.

En lugar de una conceptualización basada en el *nomen iuris* de las instituciones, el tribunal debió haber conceptualizado la dirección funcional y normativa que en el seno de nuestro ordenamiento jurídico cuenta el funcionamiento mismo del fondo capitalizado por el causante de autos. De otro modo, se hace imposible darle consistencia normativa al estatus del capital ahorrado por el afiliado-causante y conectarlo al derecho que corresponde de conformidad con su naturaleza jurídica. Si el fondo sirve a necesidades sociales tal como acontece en sistemas comparados, la distribución admite su tratamiento como ventaja parasucesoria, pues los principios normativos que la protección social allí cumple hacen imposible afirmar que la muerte del cotizante transmite o crea pensiones a título de sucesión, por más amplio concepto que sobre la categoría se posea. Pero, si de conformidad con las reglas chilenas, el fondo perteneció hasta el último momento de su vida al causante y si no sirvió el destino de su cotización a servir necesidades colectivas, ¿porque habría de ser distribuido como ventaja parasucesoria respecto de herederos extranjeros? ¿Es el mero nombre de la normativa que la rigió una razón auténticamente jurídica para tratarla de este modo?

Dado que nada de ello fue lo que se fundamentó para aplicar el Decreto Ley N° 3.500, y demostrado los yerros que sí tuvo la oportunidad de expresar en su sentencia, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, pese a dictar una decisión que pudiere ser acertada, no es justa por carecer de razones que la sustraigan del teñido irreflexivo del imperialismo normativo, dejando la declaración de ilegalidad sobre el acto reprochado prácticamente sin motivación jurídica. Empero, este padecimiento no conforma una situación ni más, ni menos virtuosa que la extensión de deferencia de modo irracional con el derecho extranjero. Y, sin embargo, ambas circunstancias, de déficit y exceso sobre la consideración del derecho foráneo ante la aparición de relaciones multinacionales, expresan la necesidad de regular las normas sobre sucesión en materia conflictual de manera más precisa, suplementando el trabajo de Bello.

## Sentencias destacadas

### **1.- Recurso de queja inadmisibile en arbitraje comercial internacional.**

**Rol:** 3390-2017

**Materia:** Arbitraje comercial internacional

**Tipo Recurso:** Recurso de queja.

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Santiago.

**Fecha Sentencia:** 12/04/2017

Santiago, doce de abril de dos mil diecisiete.

Vistos y teniendo presente:

1.- Que el artículo 545 inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales establece los requisitos básicos de admisibilidad que debe contener todo recurso de queja, particularmente lo relativo a la obligación de interponerse en contra de resoluciones que no sean susceptibles de recurso alguno.

2.- Que del análisis del recurso se desprende que la causa en la que se enmarca corresponde a materia de arbitraje comercial internacional que tiene una regulación especial contenida en la Ley 19.971, normativa que en su artículo 34 establece expresamente que en contra del laudo procede el recurso de nulidad.

3.- Que, en concordancia con lo anterior, el Acta del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago dispone en su artículo 18 que en contra de la sentencia definitiva sólo procederá el recurso de nulidad contemplado en el artículo 34 de la ley antes dicha, por lo que no proceden en el presente caso el recurso de queja ni el de casación en la forma.

4.- Que conforme lo expresado en los apartados precedentes, y teniendo, además, particularmente presente que se trata de una normativa especial, en contra del fallo procede el recurso de nulidad, por lo que no se cumple el requisito de admisibilidad a que se hace referencia en el considerando 1.- de la presente resolución, razón por la cual el presente recurso no será admitido a tramitación. Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545, 548 y 549 letra a) del Código Orgánico de Tribunales se declara inadmisibile el interpuesto en lo principal del escrito de fojas 43, por Carlos Garcés Voisenat. A fojas 50: estese a lo resuelto. Archívese.

N° Civil-3390-2017.

Pronunciada por la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Carlos Gajardo Galdames y conformada por el Ministro señor Leopoldo Llanos Sagristá y por la Abogada Integrante señora María Cecilia Ramírez Guzmán.

### **2.- Recurso de queja inadmisibile en arbitraje comercial internacional.**

**Rol:** 13.472-2015

**Materia:** Arbitraje comercial internacional

**Tipo Recurso:** Recurso de queja.

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Santiago.

**Fecha Sentencia:** 20/07/2017

C.A. de Santiago

Santiago, veinte de julio de dos mil diecisiete. Vistos y teniendo presente:

1° Que en estrados se llamó a las partes a debatir acerca de la procedencia del presente recurso de queja. La recurrente sostuvo que esta Corte es competente para conocerlo, toda vez que las partes del juicio son chilenas, en que el conflicto ha tenido lugar en el país y que el tribunal está constituido en Chile, por tanto se debe aplicar la ley nacional. Para el recurrido en cambio, el presente recurso de queja debe ser declarado improcedente, por estimar que las partes se han sometido a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, al existir garantías de instituciones extranjeras y que la jueza es brasileña, siendo imposible, en consecuencia, aplicar sobre ella sanción alguna.

2° Que el artículo 545 inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales establece los requisitos básicos de admisibilidad que debe contener todo recurso de queja, particularmente lo relativo a la obligación de interponerse en contra de resoluciones que no sean susceptibles de recurso alguno.

3° Que del análisis del recurso se desprende que la materia del juicio corresponde a un arbitraje comercial internacional, sometido a las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, a la que se sometieron las partes conforme lo señala el laudo.

4° Que, en nuestro país el arbitraje internacional se encuentra regulado en la Ley N° 19.971, que en su artículo 34 establece expresamente que en contra del laudo procede el recurso de nulidad, por lo que no se cumple el requisito a que hace referencia el considerando 2°, razón por la cual el presente recurso no puede prosperar.

5° Que, frente a lo anterior, no es posible acoger las alegaciones que a este respecto formuló la recurrente tendiente a considerar que estaríamos en un arbitraje doméstico por varias razones, una, que la jueza es extranjera, que se tramitó en idioma inglés, y se sometió a las normas de la Cámara de Arbitraje Internacional, todo lo cual fue expresamente aceptado por el recurrente, por cuanto respetó las normas de ese procedimiento y compareció en cada una de sus etapas, por lo que mal puede ahora desconocer su eficacia. Y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 545, 548 y 549 letra a) del Código Orgánico de Tribunales, se rechaza por improcedente, el recurso de queja interpuesto en lo principal del escrito de fojas 118, por los abogados de los demandantes en representación de Fundación Chile, Fondo de Inversión Privado Summit, Fondo de Inversión Privado Atacama I, Inversiones Capital Director Limitada, Asesorías e Inversiones NC Limitada, y María Patricia Pacheco Gómez. Regístrese, comuníquese y archívese. N° Civil-13472-2015

**3.- Tribunal Constitucional declara inadmisibile requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 5° y 34 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional.**

**Rol:** 3447-2017

**Materia:** Arbitraje comercial internacional

**Tipo Recurso:** Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Tribunal:** Tribunal Constitucional (2° Sala).

**Fecha Sentencia:** 24/05/2017

Santiago, veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete.

VISTOS Y CONSIDERANDO:



1°. Que, con fecha 18 de abril de 2017, Sociedad Administradora Río Claro S.A., ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 5° y 34, primera parte y N°1), de la Ley N°19.971, así como el inciso primero del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, para que surta efectos en el proceso sobre recurso de queja interpuesto en contra del Juez Árbitro Andrés Jama Linetzky, de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol C-3390-2017.;

2° Que, esta Sala admitió a tramitación el requerimiento deducido. En la misma oportunidad, suspendió el procedimiento en que incidiría la inaplicabilidad materia de autos y, para pronunciarse sobre la admisibilidad del requerimiento, confirió traslado por 10 días a las partes de la gestión judicial aludida y, asimismo, requirió que la Magistratura competente enviara copia de las piezas principales de los autos citados precedentemente;

3°. Que, teniendo en consideración el mérito del proceso, esta Sala ha llegado a la convicción de que no concurren los presupuestos constitucionales y legales para que la acción deducida pueda ser declarada admisible, toda vez que se configura en la especie la causal de inadmisibilidad N° 3° del artículo 84 de la Ley N°17.997. Lo anterior, pues los antecedentes que obran en autos dan cuenta que la reposición intentada carecía de amparo legal para su procedencia y, por consiguiente, ésta ya fue resuelta por la Corte de Apelaciones de Santiago. Y TENIENDO PRESENTE lo establecido en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política y en el N°3° del artículo 84 y demás normas pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, SE RESUELVE: Que se declara inadmisibile el requerimiento interpuesto en lo principal de fojas uno. Déjese sin efecto la suspensión de la gestión judicial pendiente decretada en estos autos. Redactaron la sentencia los Ministros que la suscriben. Notifíquese: Archívese. Rol N°3447-17-INA

#### **4.- Corte Suprema declara inadmisible recurso de casación en el fondo en arbitraje comercial internacional.**

**Rol:** 55.038-2016

**Materia:** Arbitraje comercial internacional

**Tipo Recurso:** Recurso de casación en el fondo.

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia.

**Fecha Sentencia:** 05/10/2016

Santiago, cinco de octubre de dos mil dieciséis.

#### **VISTOS Y TENIENDO PRESENTE:**

1º.- Que en este juicio arbitral sobre resolución de contrato de franquicia sustanciado de conformidad a la Ley N° 19.971 seguido entre Arce Holdings Corporation y Matriz Ideas S.A. ante el juez árbitro don Alberto Lyon Puelma, la parte de Arce Holdings Corporation recurre de casación en el fondo en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones de esta ciudad que desestimó el recurso de nulidad previsto en el artículo 34 del citado cuerpo legal que esa parte entabló en contra de la sentencia arbitral que acogió la demanda de resolución de contrato y desestimó la acción resarcitoria y las demandas reconconvencionales de ejecución forzada y de resolución de contrato con indemnización de perjuicios.

2º.- Que conforme a lo estatuido en el artículo 34 de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, el recurso de nulidad que fue deducido ante la Corte de Apelaciones de Santiago -y que ha originado el pronunciamiento que motiva la casación que se revisa- es el único medio de impugnación procedente contra el laudo arbitral y persigue la anulación del laudo arbitral cuando la

recurrente pruebe los presupuestos que prevé la letra a) del número 2 de la referida disposición y la Corte compruebe, de acuerdo a la letra b) del antedicho numeral, que según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público de Chile.

**3°.-** Que, a su turno, el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil establece que el recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables y contra sentencias interlocutorias, también inapelables, cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas -en lo que interesa para el presente caso- por Cortes de Apelaciones y siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley que haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

**4°.-** Que el recurso formulado en la especie persigue la invalidación de la resolución que se pronunció sobre un recurso de nulidad impetrado en contra de una sentencia arbitral pronunciada en un proceso tramitado bajo los preceptos de la Ley N°19.971, desestimando tal pretensión invalidatoria, decisión cuya naturaleza jurídica no corresponde a ninguna de las descritas en el fundamento anterior ni se aviene al sistema recursivo contemplado en el referido texto normativo, lo que torna improcedente el arbitrio interpuesto.

Por estas consideraciones y de conformidad además a lo que dispone el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se declara **INADMISIBLE** el recurso de casación en el fondo deducido en la petición principal de la presentación de fojas 140 por el abogado don Felipe Labbe Munzenmayer en representación de Arce Holdings Corporation en contra de la resolución de 28 de junio del año en curso, escrita a foja 127 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

N° 55.038-16.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Patricio Valdés A., Sr. Guillermo Silva G., Sr. Jorge Dahm O. y Abogados Integranes Sr. Álvaro Quintanilla P. y Sr. Rafael Gómez B.

## **5.- Exequátur de sentencia extranjera de divorcio pronunciada en Suiza.**

**Rol:** 8119-2017

**Materia:** Sentencia extranjera de divorcio pronunciada en Suiza.

**Tipo Recurso:** Exequátur

**Tipo Resultado:** Concedido.

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia.

**Fecha Sentencia:** 11/09/2017

Santiago, once de septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos: En estos autos comparece el abogado don Vinicio Cuevas Suárez, en representación de doña Rossana Marisol Larrondo Alcaino, chilena, domiciliada en Antofagasta, Chile, quien solicita se conceda el exequátur necesario para cumplir en Chile la sentencia dictada el 8 de octubre de 2012, por el Juzgado Cantonal de Primera Instancia en lo Civil del Distrito de Bellinzona, Suiza, que declaró el divorcio del matrimonio que contrajo con don Luciano Forlini, italiano, el 13 de diciembre de 2003 en la Circunscripción de Padre Hurtado del Servicio de Registro Civil de Chile, inscrito bajo el N° 152 del registro correspondiente al mismo año. La sentencia y su correspondiente traducción al español se encuentran incorporadas, en copias debidamente legalizadas. Se acreditó su calidad de firme y ejecutoriada, con la traducción del respectivo certificado, debidamente legalizado. Asimismo, se acompañó certificado de matrimonio de las partes. Habiendo sido designado el defensor de ausentes de turno para que representara los intereses del requerido, compareció en estos autos allanándose a la petición. La señora Fiscal Judicial de esta Corte informó favorablemente la referida solicitud.

Se ordenó traer los autos en relación. Considerando: Primero: Que entre la República de Chile y la Confederación Suiza no existe tratado sobre cumplimiento de resoluciones pronunciadas en los respectivos países, ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad, de modo que no corresponde dar aplicación a las normas de los artículos 242, 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, sino a la regla del artículo 245 del mismo cuerpo legal, que regula los trámites judiciales que han de cumplirse en Chile para que las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros puedan tener fuerza, ejecutarse o cumplirse en nuestro país. Segundo: Que el aludido precepto confiere a las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros la misma fuerza que si se hubieren dictado por tribunales chilenos, con tal que: 1°) no contengan nada contrario a las leyes de la República; 2°) no se opongan a la jurisdicción nacional; 3°) que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido notificada de la acción; y 4°) que estén ejecutoriadas en conformidad a las leyes del país en que hayan sido pronunciadas. Tercero: Que de los antecedentes acompañados es posible establecer lo siguiente: a) Doña Rossana Marisol Larrondo Alcaino y don Luciano Forlini, contrajeron matrimonio el 13 de diciembre de 2003 en la Circunscripción de Padre Hurtado del Servicio de Registro Civil de Chile, inscrito bajo el N° 152 del registro correspondiente al mismo año; b) Por sentencia de 8 de octubre de 2012, dictada por el Juzgado Cantonal de Primera Instancia en lo Civil del Distrito de Bellinzona, Suiza, se declaró el divorcio del matrimonio que celebraron las partes; c) El juicio fue iniciado por demanda interpuesta por don Luciano Forlini, petición a la cual se allanó doña Rossana Larrondo Alcaino, decretándose el divorcio por la causal mutuo acuerdo de las partes, regulando en forma completa los efectos del divorcio en lo que se refiere a sus relaciones mutuas, dejando constancia que no nacieron hijos. Cuarto: Que el inciso primero del artículo 83 de la Ley N°19.947 prescribe: “el divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción”, en este caso, a la jurisdicción de los tribunales de la Confederación Suiza, lo que, en la especie, se cumple plenamente. Quinto: Que atendida la naturaleza procesal del rito establecido para la tramitación de la presente petición, es inconcuso que el respeto irrestricto que debe exigirse es que el fallo extranjero se haya dictado con plena sujeción a las normas sustantivas que rigen la materia, debiendo observarse su total acatamiento. Sexto: Que lo resuelto en la sentencia objeto de este exequátur es homologable a aquél que en nuestra legislación se solicita de común acuerdo, pues no solamente la demandada se allanó a la solicitud de divorcio, sino que, además, acordaron regular los efectos del divorcio, y notificada de la presente gestión a quien representa sus intereses, el requerido nada manifestó en estos antecedentes. De este modo, dicha decisión que declara el divorcio entre las partes no contraviene las leyes nacionales sustantivas, desde que el artículo 42 de Ley de Matrimonio Civil previene que el matrimonio termina, entre otras causales, por la del numeral 4°, que dispone: “Por sentencia firme de divorcio” y -en lo pertinente para resolver la materia de autos- su artículo 55 inciso primero prescribe que: “el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que han cesado la convivencia durante un lapso mayor de un año”. En efecto, la causal sustentada en el fallo extranjero es homologable con la referida en nuestro ordenamiento jurídico de cese de la convivencia conyugal por un año, en el caso que se solicite el divorcio de común acuerdo por los cónyuges, puesto que dicha causal tiene un componente sustancial y otro de admisibilidad procesal. El factor material consiste en que la vida en pareja concluyó, y el segundo elemento referido al aspecto adjetivo es el transcurso del plazo, en el entendido que no podrá requerirse antes de un año por ambos cónyuges o de tres por uno de ellos. Es el primer presupuesto el que integra el núcleo fundamental de la causal y al que corresponde poner acento en el análisis en materia de exequátur y los aspectos concomitantes, pero los procesales deben ser aquilatados en su justa medida, siendo resorte de cada país contemplarlo con mayor o menor extensión o simplemente omitirlo. Así las cosas, la causal invocada para obtener el divorcio dice relación, en definitiva, con la figura de un “divorcio remedio” basado en el fracaso del matrimonio, situación que no difiere, en esencia, de la regulada en el artículo 55 de la Ley N°19.947, en la medida que el divorcio por cese de convivencia, lo que constata es el quiebre de la relación conyugal sin indagar en los hechos. Séptimo: Que, por otro lado, de los antecedentes no aparece que ambos cónyuges tuvieran domicilio en Chile en los años anteriores al pronunciamiento de la sentencia, de modo que no cabe entender que hayan actuado en fraude a la ley chilena; por ello tampoco concurre el impedimento previsto en el inciso

final del artículo 83 de la Ley 19.947. Por estas consideraciones y de conformidad con lo antes expuesto y disposiciones legales citadas, se acoge el exequátur solicitado para que se lleve a efecto en Chile la sentencia dictada el 8 de octubre de 2012, por el Juzgado Cantonal de Primera Instancia en lo Civil del Distrito de Bellinzona, Suiza, que declaró el divorcio del matrimonio que contrajeron las partes. El cumplimiento se pedirá al tribunal de familia correspondiente. Regístrese, dese copia autorizada y, hecho lo anterior, archívese. N° 8.119-2017.-

**6.- Exequátur sentencia dictada en argentina que reconoce calidad de heredera.**

**Rol:** 17.741-2017

**Materia:** Sentencia extranjera dictada en Argentina.

**Tipo Recurso:** Exequátur

**Tipo Resultado:** Concedido.

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia.

**Fecha Sentencia:** 13/01/2016

Santiago, trece de enero de dos mil dieciséis.

**VISTOS:**

En estos autos rol N° 17.741-2015 don Carlos Leonardo Muñoz Núñez, como mandatario y en representación de doña Lyliam Silva, uruguaya, empleada, viuda, domiciliada en Buenos Aires, Argentina, solicita se conceda el exequátur y se declare que puede cumplirse en todas sus partes la sentencia dictada en autos caratulados “Pipo, César Noel sobre sucesión ab intestato” en trámite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo civil de la ciudad de Buenos Aires, Argentina. La sentencia fue dictada con fecha 30 de diciembre de 1997 y establece como heredera universal de todos los bienes quedados al fallecimiento de don César Noel Pipo a su cónyuge doña Lyliam Silva de Pipo.

Fundamenta su solicitud en los artículos 242, 243 y 245 del Código de Procedimiento Civil y manifiesta que la aludida sentencia cumple con todas las exigencias que prevé la última norma citada para su cumplimiento en Chile, ya que no contiene nada contrario a las leyes de la República, no se opone a la jurisdicción nacional y está ejecutoriada de conformidad a las leyes del país donde se pronunció.

Solicita se conceda el exequátur y se ordene que se cumpla en Chile la sentencia referida, disponiendo se practiquen las inscripciones correspondientes.

El señor Fiscal Judicial, informando a fojas 10, expresa que entre Chile y Argentina no existe un Tratado sobre cumplimiento de resoluciones judiciales pronunciadas en los respectivos países, ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad, por lo que no procede aplicar las normas de los artículos 243 y 244 del Código de Procedimiento Civil, sino que corresponde darles la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos, siempre que cumplan las cuatro condiciones que enumera el artículo 245 del dicho Código.

Agrega que la resolución objeto del exequátur, al resolver sobre el reconocimiento de la calidad de heredero abintestato, corresponde al auto de posesión efectiva a que se refiere el artículo 878 del Código de Procedimiento Civil, que establece que se dará la posesión efectiva de la herencia “al heredero abintestato que acredite el estado civil que le da derecho a la herencia, siempre que no conste la existencia de heredero testamentario, ni se presenten otros abintestatos de mejor derecho.”

Añade que la sentencia de 30 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado Nacional en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires, declaró que por el fallecimiento de don César Noel Pipo le sucede en carácter de única y universal heredera su cónyuge, doña Lyliam Silva de Pipo. En los considerandos señala que se acreditó que el causante falleció el 04 de agosto de 1997, que contrajo matrimonio con doña Lyliam Silva el 28 de mayo de 1997 y que de su unión no hubo descendencia.

Concluye el señor Fiscal que, atendido lo expuesto, la sentencia cuyo exequátur se solicita cumple con los requisitos del N° 1 del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, cumple con los requisitos establecidos en los números 2° y 4° del artículo 245 del Código citado, puesto que el Tribunal argentino era competente para conocer de la causa, por encontrarse la solicitante a la época domiciliada en ese país. Y la sentencia se encuentra ejecutoriada.

Sin perjuicio de lo anterior, hace presente que respecto de los bienes situados en Chile el inciso primero del artículo 16 del Código Civil establece que ellos “están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.” Esta disposición debe concordarse con la del artículo 27 de la Ley 16.271 de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones en cuanto señala: “Art.27: Cuando la sucesión se abra en el extranjero, deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley. La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva si aquél no lo hubiere tenido.” En su artículo 149 el Código Orgánico de Tribunales reitera esta exigencia al disponer: “Art. 149. Cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiere tenido.”

Estima el señor Fiscal Judicial que de lo anteriormente expuesto se deduce que la resolución del tribunal argentino tiene valor en cuanto se reconoce la calidad de heredera de la compareciente.

Por lo razonado y por reunirse los requisitos legales, es de opinión que se conceda el exequátur para cumplir en Chile la sentencia de 30 de diciembre de 1997, dictada por el Juzgado Nacional en lo Civil de la ciudad de Buenos Aires, República Argentina, que declaró que por el fallecimiento de don César Noel Pipo le sucede en carácter de única y universal heredera su cónyuge doña Lyliam Silva Pipo.

Se trajeron los autos en relación.

#### CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que la resolución cuyo exequátur se solicita declara que por el fallecimiento de don César Noel Pipo le sucede, en carácter de única y universal heredera, su cónyuge doña Lyliam Silva de Pipo.

**SEGUNDO:** Que con Argentina no existen Tratados que regulen la fuerza que sus resoluciones judiciales han de tener en Chile; y no pudiéndose recurrir tampoco al principio de reciprocidad, por no existir antecedentes al respecto, es necesario aplicar el sistema establecido en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil.

**TERCERO:** Que, conforme a la norma citada, para que la resolución de un tribunal extranjero pueda cumplirse en Chile, es necesario que ella no contenga nada contrario a las leyes de la República y que no se oponga a la jurisdicción nacional.

**CUARTO:** Que el artículo 16 del Código Civil, en su inciso primero, establece que “Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.” Este precepto debe concordarse con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que dispone: “Cuando la sucesión se abra en el extranjero, deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley. La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiera tenido.”

Por su parte, el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales repite esta exigencia al señalar: “Cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la

posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiera tenido.”

**QUINTO:** Que el artículo 688 del Código Civil dispone: “En el momento de deferirse la herencia, la posesión efectiva de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda:

1º La inscripción del decreto judicial o la resolución administrativa que otorgue la posesión efectiva; el primero ante el conservador de bienes raíces de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado, junto con el correspondiente testamento, y la segunda en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas;” (y continúan otros incisos que no es necesario transcribir aquí).

**SEXTO:** Que la normativa citada, como puede apreciarse, deja entregado exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales chilenos decidir sobre el otorgamiento de la posesión efectiva de una sucesión que comprenda bienes situados en Chile. Esta última situación fáctica, es decir, la eventual existencia de bienes hereditarios situados en Chile, no fue manifestada por el solicitante y no consta a esta Corte. Sin embargo, en la búsqueda de una decisión acertada, íntegra y conveniente al caso, previendo la supuesta finalidad práctica que ha justificado el trámite materia de estos autos, se entiende que lo requerido por el solicitante se encuadra en lo dispuesto en las normas legales citadas y, en todo caso, de no ser así hasta ahora, tendrá que oportunamente procederse conforme a nuestro Derecho.

Así, siendo lo pedido en este exequátur que se cumpla en Chile la sentencia referida disponiéndose que se practiquen las inscripciones correspondientes, al no haberse solicitado la inscripción de bien alguno situado en Chile, procede acceder sólo a la inscripción de dicha sentencia en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas, conforme a lo dispuesto en los artículos 688 del Código Civil, 13 de la Ley 19.903 y 31 y siguientes del Reglamento sobre tramitación de posesiones efectivas intestadas, Registro Nacional de Posesiones Efectivas y Registro Nacional de Testamentos.

**SÉPTIMO:** Que, por otra parte, en los términos antes consignados, la resolución del 19º Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil de Buenos Aires, Argentina, que se pretende cumplir en estos antecedentes, para los efectos de que se pueda requerir la inscripción de la posesión efectiva de la herencia abintestato, no se opone a la jurisdicción chilena.

Y de conformidad con lo expuesto, lo dictaminado por el señor Fiscal Judicial, disposiciones legales citadas y lo establecido en los artículos 249 y 251 del Código de Procedimiento Civil, artículo 688 del Código Civil, artículo 13 de la Ley 19.903, artículo 31 y siguientes del Reglamento sobre tramitación de posesiones efectivas intestadas, Registro Nacional de Posesiones Efectivas y Registro Nacional de Testamentos y artículos 877 a 884 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve que: a.- Se hace lugar al exequátur solicitado en la petición principal de la presentación de fojas 5 y se autoriza que se cumpla en Chile la sentencia que reconoció a doña Lyliam Silva de Pipo el carácter de única y universal heredera de su cónyuge don César Noel Pipo, sólo para los efectos de solicitar la inscripción de la sentencia de 30 de diciembre de 1997 en el Registro Nacional de Posesiones Efectivas. b.- El cumplimiento de la sentencia extranjera deberá solicitarse ante el Tribunal que corresponda, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 251 del Código de Procedimiento Civil, 688 del Código Civil, 13 de la Ley 19.903 y 31 y siguientes del Reglamento sobre tramitación de posesiones efectivas intestadas, Registro Nacional de Posesiones Efectivas y Registro Nacional de Testamentos.

Regístrese y archívese.

Redacción del Abogado Integrante don Daniel Peñailillo Arévalo.

Rol N° 17.741-2015.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sres. Héctor Carreño S., Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D., Sr. Juan Fuentes B y Abogado Integrante Sr. Daniel Peñailillo A.

**7.- Rechaza exhorto internacional. Competencia judicial internacional de los tribunales chilenos respecto de una sucesión abierta en Argentina con bienes situados en Chile.**

**Rol:** 914-2015

**Materia:** Sucesión internacional

**Tipo Recurso:** Exhorto internacional

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia.

**Fecha Sentencia:** 11/06/2015

Santiago, once de junio de dos mil quince.

**Vistos:**

1.- Que del mérito de los antecedentes consta que en virtud del presente exhorto internacional remitido por la Sra. Jueza del Décimo Cuarto Juzgado Civil, Comercial y Minas de la ciudad de Mendoza, de la Primera Circunscripción Judicial de dicha provincia, de la República Argentina, en los autos rol N° 108.754 sobre sucesión de Jorge Aregall Álvarez, fallecido en Mendoza el 19 de marzo de 1989, se requiere al Conservador de Bienes Raíces y Comercio de Viña del Mar que el inmueble de propiedad del causante, inscrito a fojas 1541 vuelta número 1647 del Registro de Propiedad del año 1995, se inscriba a nombre de su hija de nacionalidad argentina Liliana Inés Aregall, D.N.I. N° 10.564.020, conforme al auto de adjudicación dictado a fojas 45 de dicho expediente con fecha 4 de abril de 1991, resolución que se encuentra ejecutoriada.

2.- Que por consiguiente mediante dicha solicitud se pretende cumplir en Chile una resolución dictada por un tribunal extranjero, por lo que en principio deben aplicarse las normas previstas en el artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, que establecen los requisitos para que puedan cumplirse en nuestro país las resoluciones pronunciadas por tribunales foráneos, cuando no existe tratado que regule la materia entre los respectivos países ni hay constancia sobre una posible situación de reciprocidad, como ocurre entre las Repúblicas de Chile y Argentina.

Sin perjuicio de ello, aun en el caso que se estimase -como lo postula la Sra. Fiscal Subrogante de esta Corte en su informe de fojas 21 y siguientes- que la presente carta rogatoria ha de regirse por las normas contenidas en el Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile, publicado en el Diario Oficial el 7 de agosto de 2009, en los procedimientos establecidos en ambos cuerpos normativos se exige para acceder a la ejecución de sentencias, entre otros requisitos, que no sea contraria al derecho público chileno, ello en tanto el artículo 245 del código adjetivo exige que la resolución que se pretende cumplir no sea contraria a las leyes de la República ni a la jurisdicción nacional y, por su parte, el artículo 20 letra f) del referido Acuerdo impone que no debe contrariar manifiestamente los principios del orden público del Estado en el que se solicitare el reconocimiento y/o ejecución.

3.- Que sentado lo anterior, cabe tener presente que si bien en principio la sucesión de los bienes de una persona se rige por la ley del domicilio en que se abre, según lo dispone el artículo 955 del Código Civil, esta regla reconoce una excepción en el artículo 149 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que *cuando una sucesión se abra en el extranjero y comprenda bienes situados dentro del territorio chileno, la posesión efectiva de la herencia deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que la pida si aquél no lo hubiera tenido*. Por lo demás, esta norma debe relacionarse y concordarse con lo previsto en el artículo 27 de la Ley 16.271 sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que exige que *cuando la sucesión se abra en el extranjero -cuyo es el caso de autos- deberá pedirse en Chile, no obstante lo dispuesto en el artículo 955 del Código Civil, la posesión efectiva de la herencia respecto de los bienes situados dentro del territorio chileno, para los*

*efectos del pago de los impuestos establecidos por esta ley. La posesión efectiva, en este caso, deberá pedirse en el lugar en que tuvo el causante su último domicilio en Chile, o en el domicilio del que pida la posesión efectiva, si aquél no lo hubiera tenido.*

4.- Que conforme a lo expuesto, para que pueda cumplirse en Chile una sentencia judicial extranjera que decreta la adjudicación de bienes hereditarios situados en territorio nacional respecto de una sucesión cuya apertura no se produce en el país, necesariamente ha de solicitarse y obtenerse en Chile la posesión efectiva de tales bienes, norma de orden público cuyo cumplimiento no ha sido acreditado en este caso y que, en consecuencia, impide dar curso a la presente carta rogatoria.

Y considerando lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil y lo informado por la señora Fiscal Judicial Subrogante de esta Corte Suprema a fojas 21 y siguientes, **se declara que no se da curso al presente exhorto.**

Regístrese y oficiese.

Rol N° 914-2015

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Héctor Carreño S., Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D. y Abogados Integrantes Sres. Álvaro Quintanilla P. y Juan Figueroa Valdés.

**8.- Rechaza exequátur de sentencia extranjera de quiebra ya que sólo busca ser utilizada como medio de prueba en juicio.**

**Rol:** 7320-2013

**Materia:** Quiebra internacional

**Tipo Recurso:** Exequátur

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia.

**Fecha Sentencia:** 01/12/2014

Santiago, uno de diciembre de dos mil catorce.

**VISTOS:**

1.- Que en estos autos el abogado don Andrés Álvarez Piñones en representación de Choon Sik Park, solicita se conceda el exequátur de la sentencia dictada por la División Civil N° 30 del Tribunal del Distrito de Suwon, Corea del Sur, con fecha 30 de diciembre de 1998, que declaró la quiebra de la sociedad anónima “Dong Seon Special Material Co. Ltd.”, y de la sentencia dictada por el mismo tribunal con fecha 7 de diciembre de 2001 “Decisión de la terminación de quiebra”, en que se declaró concluido el proceso de quiebra, indicando el solicitante que dichas sentencias se harán valer en el juicio seguido ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago, causa Rol C-4471-1998, caratulada “Dong Seon Special Material Co. Ltd., con Park”.

Precisa el solicitante que el propósito del presente exequatur es que se reconozca la validez de las sentencias extranjeras aludidas, junto a sus efectos constitutivos, a fin de hacerlas valer en el juicio ejecutivo que la sociedad declarada en quiebra sigue en contra del solicitante ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago, en la causa Rol C-4471-1998 ya referida, con el objeto de demostrar que los mandatos o poderes otorgados por esta empresa en el marco de dicho juicio se entienden revocados o terminados por efecto de la declaratoria de quiebra, que se extinguieron todos los derechos y obligaciones de la fallida y que se terminaron todos los litigios en que actúe la fallida.

En particular, señala que los mandatos que se busca dar por terminados son el mandato especial otorgado por “Dong Seon Special Material Co. Ltd.”, a Carlos Esteban Olivos Muñoz con fecha



10 de julio de 1998, el mandato especial otorgado por Olivos Muñoz a Alexis Leonardo Paiva Paiva de fecha 11 de enero de 2010 y mandato judicial otorgado por Olivos Muñoz a Belisario Fernando Prats Palma con fecha 12 de mayo de 2010. Y agrega el requirente que además se solicitará dar por terminado el litigio seguido ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago en la causa Rol C-4471-1998.

2.- Que para la adecuada inteligencia del presente asunto, cabe considerar que a través del instituto procesal del exequatur se pretende otorgarle eficacia a una sentencia extranjera que requiere ser cumplida en Chile, a objeto de registrar o ejecutar los derechos que surgen del veredicto judicial.

De acuerdo a dicha finalidad, la sentencia extranjera respecto de la cual se concede el exequatur opera como fuente y no como medio de prueba, esto es, como un elemento que no requiere de otra corroboración ni de intermediario alguno, sino que se basta a sí mismo y puede ejecutarse directamente ante el tribunal competente.

Por tanto, el procedimiento de exequatur no busca reconocer la autenticidad o la validez de una sentencia extranjera si ésta se pretende hacer valer por una de las partes en un juicio que ya se encuentra en tramitación a fin de demostrar la efectividad de sus alegaciones, pues en ese caso el fallo foráneo opera como medio de prueba y no como fuente, como se exige en el exequatur. En esta segunda hipótesis, la sentencia extranjera podrá ser utilizada como medio probatorio ante el tribunal competente, ciñéndose a las normas sobre legalización de documentos extranjeros, previstas en el artículo 345 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 17 del Código Civil, más nunca podrá ser visada para ser cumplida directamente en nuestro país.

3.- Que de acuerdo a las reflexiones anteriores y en mérito de los propios términos en que ha sido planteada la solicitud de exequatur, resulta evidente que ésta no se enmarca dentro de los propósitos para los cuales ha sido instaurado el exequatur, puesto que sólo se pretende que ésta Corte le de eficacia a una sentencia extranjera para hacerla valer en otro juicio seguido ante un tribunal nacional, aspecto que corresponde a un ámbito probatorio y no de ejecución, como lo exige este procedimiento especial.

4.- Que la señora Fiscal Judicial de esta Corte, en su informe de fojas 135, concluye en igual sentido que el expresado en los motivos que preceden, indicando que “no corresponde que estos antecedentes sean tramitados conforme a las normas de exequatur de los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues mientras aquellas disposiciones se ocupan de los requisitos y condiciones de las resoluciones judiciales dictadas por tribunales extranjeros para ser cumplidas o ejecutadas en Chile, en el caso de marras ningún cumplimiento se pretende, sino que simplemente se pretende hacer fundar, aparentemente, una excepción de forma o de fondo, en un proceso judicial actualmente vigente, tramitado ante el 9º Juzgado Civil de Santiago, autos rol C-4471-1998”.

5.- Que, por lo demás, revisados los antecedentes que constan en el proceso traído a la vista, rol C-4471-1998 del Noveno Juzgado Civil de Santiago, se constata que dicho juicio se encuentra en etapa de ejecución de la sentencia firme y ejecutoriada de fecha 29 de mayo del año 2000, que acogió la demanda de cumplimiento de contrato intentada por “Dong Seon Special Material Co Ltd.”, en contra del solicitante de este exequatur Choon Sik Park, condenando a este último al pago del precio de la venta de acciones de la primera en otra empresa, por la suma de U\$1.165.105, fallo respecto del cual incluso esta Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos por el demandado, mediante sentencia de 19 de marzo de 2008, dictada en el Rol CS 3134-06.

Asimismo, consta en dicho expediente que el ejecutado Choon Sik Park, en la etapa de cumplimiento de la referida sentencia, ha formulado tres incidentes de nulidad procesal basados en la declaratoria de quiebra de la ejecutante que consta en la sentencia extranjera cuyo exequatur solicita en autos, los cuales han sido rechazados por el tribunal mediante resoluciones de 28 de julio de 2009, 19 de diciembre de 2012 y 18 de junio de 2013. En particular, en el último de dichos incidentes, presentado el 13 de junio de 2013, se solicitó la nulidad de lo obrado en dicho proceso “por la inexistencia de la parte demandante” fundada en la quiebra de la misma, indicando expresamente que acompaña la sentencia extranjera que declara la quiebra de Dong Seon Special Material Co Ltda., en parte de

prueba, artículo que, como se dijo, fue desestimado por el juez a quo, decisión que fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago mediante resolución de fecha 28 de enero de 2014, que rola a fojas 608 del cuaderno de cumplimiento.

**6.-** Que, en consecuencia, resulta improcedente que estos antecedentes sean tramitados conforme a las normas de exequatur, puesto que sólo se pretende validar una sentencia extranjera con la finalidad de hacerla valer como medio de prueba en un juicio en etapa de cumplimiento ante un tribunal nacional, cuestión última que, por lo demás, el solicitante ya ha realizado en dicho proceso.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se declara que no ha lugar a la solicitud de exequátur de lo principal de fojas 70.**

Conforme a lo resuelto, se deja sin efecto también el exhorto internacional decretado a fojas 86, debiendo oficiarse al Ministerio de Relaciones Exteriores para su comunicación al tribunal exhortado, hecho archívense estos antecedentes.

Devuélvanse los autos tenidos a la vista.

Rol N° 7320-2013

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Guillermo Silva G., Sra. Rosa Maggi D., Sr. Juan Fuentes B. y Abogado Integrante Sr. Raúl Lecaros Z.

### **9.- Recurso de nulidad rechazado en Arbitraje Comercial Internacional**

**Rol:** 11.466-2015

**Materia:** Arbitraje comercial internacional

**Tipo Recurso:** Recurso de nulidad.

**Tipo Resultado:** Rechazado

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Santiago

**Fecha Sentencia:** 28/06/2016

Santiago, veintiocho de junio de dos mil dieciséis.

#### **Vistos y teniendo presente:**

**Primero:** Que a fojas 1 comparece el abogado don Marcelo Giovanazzi Retamal en representación de Arce Holdings Corporation y deduce recurso de nulidad contra la sentencia definitiva de 23 de julio de 2015, pronunciada por el juez árbitro don Alberto Lyon Puelma, en procedimiento sustanciado de conformidad a la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, seguido por la recurrente en contra de Matriz Ideas S.A. en los autos Rol N° 1634-2012 del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

El arbitraje cuyo laudo se recurre en estos autos, se inicia por demanda de la sociedad Arce Holdings Corporation por la cual solicita se declare la resolución del Contrato de Franquicia Maestra, por supuestos incumplimientos graves y negligentes de la demandada Matriz Ideas a las obligaciones del mismo y pide se condene a la demandada al pago de una indemnización de perjuicios evaluados en la suma de U\$32.699.563,54 o la cantidad que el tribunal determine.

Por su parte, la demandada solicitó el rechazo de la acción negando la existencia de los incumplimientos imputados y además, plantea que la resolución pretendida resulta improcedente desde que la demandada le habría puesto término de manera anticipada, con anterioridad a esta demanda. Seguidamente, acciona reconvenzionalmente la ejecución forzada de la obligación postcontractual de indemnidad en contra de Arce Holdings Corporation y, en subsidio, demanda la resolución de

contrato con indemnización de perjuicios alegando el incumplimiento de las diversas obligaciones contractuales que indica;

**Segundo:** Que el laudo arbitral cuestionado, en definitiva, define la contienda acogiendo la demanda de resolución de contrato y declarando, en consecuencia, resuelta la Franquicia Maestra por incumplimiento de obligaciones por parte de Matriz Ideas S.A.. Por otra parte, rechaza la demanda de indemnización de perjuicios y, asimismo, la demanda reconvenzional en todas sus pretensiones. Dispone finalmente que cada parte pagará sus costas;

**Tercero:** Que en contra del laudo referido en el motivo anterior, la demandante interpone recurso de nulidad, de conformidad a lo establecido en el artículo 34 de la Ley N° 19.971. En términos generales, el recurso de nulidad en lo que interesa para los efectos del presente arbitrio, tiene como fundamento sustantivo que el laudo es contrario al orden público de Chile, de conformidad a lo establecido en el numeral u) de la letra b) del N° 2) del precepto citado.

Refiere la impugnante, en suma, que el único motivo por el cual la sentencia rechazó la demanda de Arce Holdings en relación a la indemnización de perjuicios demandada a Matriz, fue el supuesto incumplimiento por parte de ella en relación a sus presumidas obligaciones de adquisición, retiro y comercialización de productos, desde las bodegas de Matriz una vez que éstos ya se encontraban en Colombia, limitándose a señalar que no las habría cumplido de manera “eficiente y ordenada”, acusando a Arce Holdings de ser la responsable de un serio desorden que habría producido mayores costos en la ejecución de la Franquicia Maestra. Adiciona que en virtud de lo anterior y encontrándose supuestamente ambas partes en incumplimiento de sus obligaciones contractuales la sentencia estableció, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1552 del Código Civil, que ninguna de ellas se encontraría en mora y que por ende no procedía la indemnización de perjuicios demandada.

Afirma que el incumplimiento contractual que el juez árbitro imputa a su parte y que le permitió liberar a Matriz de la indemnización de los perjuicios sufridos por Arce Holdings, es total y absolutamente artificial, siendo la demandada la única incumplidora de la Franquicia Maestra, violentando el orden público. Lo anterior, dice, desde que la obligación contractual supuestamente incumplida –de adquisición, retiro y comercialización de productos desde las bodegas de Matriz de manera ineficiente y desordenada– no fue pactada por las partes, no constituyendo, por ende, una obligación para Arce Holdings. Para comprobar lo anterior, basta una simple lectura a las estipulaciones de la Franquicia Maestra y con verificar que el fallo en ninguna parte indica en qué cláusula o párrafo de la Franquicia Maestra estaría contenida la obligación supuestamente infringida. Indica que el juzgador se limitó a señalar que la misma emanaría de la naturaleza del contrato, remitiéndose al artículo 1546 del Código Civil, sin dar mayores explicaciones o fundamentos.

Asevera que el juez árbitro, sólo tenía facultades para interpretar las obligaciones que un contrato impone a las partes, a contrario sensu, y en virtud de los principios y disposiciones que inspiran y regulan nuestro derecho contractual, incluyendo la autonomía de la voluntad, libertad contractual y fuerza obligatoria e intangibilidad de los contratos, los jueces no están facultados para crear o inventar obligaciones no pactadas por las partes en un contrato, o para dar a las obligaciones pactadas un sentido totalmente diverso a la intención que las partes han tenido al momento de obligarse cuando deben recurrir a su intención para interpretar alguna disposición que no sea clara, lo que no ocurre en la especie. Estima el impugnante que las personas sólo pueden resultar obligadas como consecuencia de su consentimiento, salvo que lo sean, en virtud, de otra fuente generadora de obligaciones, lo que no ocurre en la especie.

Estima la recurrente, por ende, que la sentencia es contraria al orden público, específicamente en su ámbito sustantivo, por cuanto vulnera, infringe y no respeta los principios y pilares fundamentales en los que se sostiene todo nuestro derecho contractual, que además se encuentra consagrado y protegido en nuestra Constitución Política de la República, consistentes en los principios de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la fuerza obligatoria e intangibilidad de los contratos.

Concluye solicitando anular la sentencia arbitral y declarar el estado en que queda el Juicio Arbitral, con costas; o bien en acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, dictar la sentencia de reemplazo que corresponda con arreglo a la ley, acogiendo totalmente la demanda de resolución de contrato e indemnización de perjuicios deducida por Arce Holdings en contra de Matriz, con costas;

**Cuarto:** Que, al formular sus observaciones, a fojas 78 y siguientes, Matriz Ideas S.A. expone, en suma, que la recurrente comete un error grave en su comprensión de la significación de orden público y del sistema de recursos contemplado en la Ley N° 19.971. Asevera que Arce Holdings está usando una noción expansiva e improcedente del concepto señalado para así presentar de modo encubierto un verdadero recurso de apelación. Adiciona que la contraria quiere revisar el fondo de lo resuelto en el arbitraje *sub lite*, pese a que ello no se encuentra permitido por el sistema de recursos contemplado en el compendio legal citado.

Indica que toda la argumentación utilizada por la impugnante para fundamentar la procedencia del recurso es contradictoria con el propio concepto de orden público que ella cita por cuanto el orden público en materia de arbitraje comercial internacional consiste en las “*nociones más básicas de moralidad y justicia del Estado*” y, por lo mismo que el arbitrio intentado solo procede en casos extremos y gravísimos. Nada de ello, dice, ha ocurrido en este caso. Aquí solo se trata de una discrepancia de Arce Holding con el razonamiento legal utilizado por el juez árbitro. Disconformidad que por lo demás, afirma, es totalmente infundada en Derecho Civil al no entender la recurrente el sentido y alcance del artículo 1546 del Código Civil.

Añade que Arce Holdings incluso formula dos peticiones improcedentes en el marco de la Ley N° 19.971 que son que esta Corte determine el estado en el que ha de quedar el arbitraje o que dicte una sentencia de reemplazo, cual recurso de casación. La petición de anulación, señala, carece de todo mérito y atenta contra el tenor literal y los principios subyacentes de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. Vulnera, asimismo, los mandatos del legislador nacional y la postura consolidada de este tribunal;

**Quinto:** Que, así como en otras ocasiones ha tenido oportunidad de consignar esta Corte, la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, vigente desde el 29 de septiembre del año 2004, estableció un tratamiento sistemático del arbitraje comercial internacional, teniendo como fundamento, según la historia fidedigna de su establecimiento, cuatro cuerpos legales, esto es: La Ley Modelo UNCITRAL, sobre arbitraje comercial internacional; La Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York); Decreto Supremo N°664 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 30 de octubre de 1975; La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá); Decreto Supremo N°364 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de 12 de julio de 1976; y El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a 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 este mecanismo arbitral las partes son libres de establecer las reglas del procedimiento al que ajustarán sus actuaciones, sólo con las limitaciones que la misma ley consagra.

El objetivo de la Ley Nro. 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, actuando así sólo en aquellos casos establecidos por la ley;

Sexto: Que este procedimiento, siguiendo la Ley Modelo UNCITRAL, estatuye como sistema de impugnación del laudo arbitral el recurso de nulidad, el cual tiene su fundamento sustantivo en la parte pertinente del artículo 34 de la misma, norma que establece en su numeral segundo que 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”.*

Estas causales son básicamente las mismas que establece la Ley Modelo, la cual a su vez las tomó de aquellas que contempla la Convención de Nueva York de 1958 para rechazar el reconocimiento y obligatoriedad de una sentencia arbitral extranjera, y que a su vez se identifican con los motivos de impugnación que recoge la Convención de Panamá de 1975.

Como se ha expresado por la doctrina, esta acción de invalidación estatuida en la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional constituye un mecanismo de vigilancia de las garantías procesales básicas o de los presupuestos elementales para la validez jurídica del arbitraje, sin que se trate, técnicamente, de una instancia. El control que se efectúa a través de este medio de impugnación se limita a revisar que no se hayan cometido los vicios descritos en el precepto reproducido, siendo de éstos aquel que tiene una raigambre más sustantiva la que permite anular el laudo por resultar éste contrario al orden público chileno. (“El Arbitraje Interno y Comercial Internacional”, Alejandro Romero Seguel y José Ignacio Díaz Villalobos, Lexis Nexis, 1° edición, 2007, pág. 273);

**Séptimo:** Que la acción de nulidad a la cual se ha hecho referencia constituye un 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 la Ley N° 19.971 pretende regular en nuestro ordenamiento jurídico de manera específica el arbitraje comercial internacional, procurando la intervención de los Tribunales sólo en aquellos casos expresamente establecidos por la ley. Así, el artículo 5° del compendio normativo citado estatuye que “*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*”. Luego, en el artículo siguiente, se indica el tribunal que cumplirá “*determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje*”, denominando a la Corte respectiva para conocer del recurso de nulidad;

Se ha dicho que estas específicas causales de nulidad “*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*”. (Obra citada pág. 255).

Debe además anotarse que por medio de este recurso de nulidad “*...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*”. (Ob. cit., pág. 272);

**Octavo:** Que, sentado lo anterior, procede analizar el vicio de anulación sobre el cual el impugnante construye el arbitrio en examen, esto es, aquel previsto en el punto ii) de la letra b) del artículo 34 de la Ley tantas veces citada, consistente en que el laudo arbitral es contrario al orden público chileno, por estimar la impugnante que el fallo contraviene dicho orden público, específicamente en su ámbito sustantivo, desde que violenta los principios y pilares fundamentales del derecho contractual y protegidos en la Carta fundamental, esto es, la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la fuerza obligatoria e intangibilidad de los contratos.

Al efecto debe apuntarse que los tribunales superiores han entendido que la Ley N° 19.971 incorpora al derecho nacional el estatuto de arbitraje internacional más difundido y uniforme entre los países que practican el comercio internacional. Por otra parte, esta normativa constituye un estatuto regulatorio que recoge diversos principios del derecho internacional privado, que caracterizan al arbitraje comercial internacional como un estatuto autónomo y diverso del arbitraje doméstico. Entre estos principios cabe destacar la presunción de validez del laudo y la consagración de que el límite de legitimidad y eficacia de un laudo está dado por el orden público internacional, que conceptualmente difiere del orden público nacional.

La misma ley, establece una presunción de validez de los laudos arbitrales y esta presunción tiene dos importantes efectos: por una parte establece que un laudo dictado en Chile sólo puede ser anulado por causales estrictas y taxativas, cuya concurrencia debe ser acreditada por la parte vencida y recurrente de nulidad, a menos que se trate de alguna causal que pudiera ser aplicable de oficio por la Corte que corresponda; en segundo lugar implica que el reconocimiento en Chile de un laudo dictado en el extranjero sólo puede ser denegado por causales igualmente estrictas y taxativas, cuya concurrencia también constituye una carga probatoria de la parte vencida, con la salvedad de las causales aplicables de oficio por la Corte. Sin perjuicio de la innovación que supone la presunción de validez de los laudos arbitrales, la ley deja a salvo el pleno respeto a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, al consagrar la excepción de orden público. Esta tiene por objeto evitar la dictación o reconocimiento de una sentencia que sea manifiestamente contraria a la ley nacional, por ejemplo si se vulnera el derecho de las partes a un trato igualitario y a un debido proceso, o si supone algún fraude o corrupción del tribunal arbitral;

**Noveno:** Que la noción de orden público –que no ha resultado ser pacífica y de hecho su inclusión en la Ley Modelo fue motivo de discusión– fue recogida por la Ley N° 19.971 tanto en su artículo 34, como en el 36, restringiéndolo al “orden público chileno”. Luego, tal inclusión supone distinguir entre el orden público nacional y el orden público internacional. La doctrina ha entendido que este último es el que se aplica en materia de arbitraje comercial internacional y que no abarca todas las normas imperativas de la ley local, sino solamente aquella que responde al principio jurídico más fundamental del ordenamiento en que se dicta o intenta reconocer el laudo. Lo anterior por cuanto se pretende evitar que se invoque para impedir la ejecución de un laudo sobre la materia.

La denominada excepción de orden público internacional viene a ser un límite extraordinario para la aplicación de la ley extranjera, mediante el cual se descarta aquella en razón del contenido material de la ley foránea, ya que de aplicarse podría ocasionar perturbaciones en el ordenamiento jurídico interno. Abordando este tópico Savigny postula que el orden público interno limita la autonomía de la voluntad, en tanto que el orden público internacional limita la aplicación del Derecho extranjero, pues tutela principios considerados de mayor importancia. De suerte que se podría decir que mientras el “orden público interno o relativo” es aquel que se aplica a todas las personas nacionales o domiciliadas, son inderogables por parte de los particulares, quienes no pueden renunciar a ellos o debilitarlos en virtud de un acuerdo. Por su parte el “orden público internacional o absoluto” es aquel que se impone a todos sin excepción porque mediante él se tutelan grandes intereses considerados esenciales por el legislador. No obstante, parte de la doctrina no cree que existan dos tipos de “orden público”, sino solamente uno que produce un único efecto, debiendo aplicarse como regla el derecho nacional y solamente como excepción el derecho internacional;

**Décimo:** Que, con todo, el establecimiento en el artículo 34 citado de una causal de nulidad basada en el orden público de Chile, hace referencia al denominado orden público internacional, lo que “*provoca que la anulación de laudos arbitrales por ese concepto se circunscriba a violaciones de extrema gravedad a los principios y reglas fundamentales del derecho de Chile. Estas graves infracciones pueden ser de orden procesal o sustantivo. A nivel procesal, el orden público relevante para estos efectos 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.*” (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol Nro. 9134-2007).

No puede dejar de apuntarse que en este especial tipo de arbitraje, el árbitro goza de plena libertad para la tramitación del asunto sometido a su conocimiento, e incluso tiene libertad para suplir la voluntad de las partes en todas aquellas materias de orden procesal, respecto de las cuales nada hayan dicho las partes. Así, de conformidad con la Ley Nro. 19.971, el árbitro puede conducir el arbitraje de la manera que lo estime más apropiado. El poder discrecional del árbitro incluye la facultad de determinar la admisibilidad, el valor probatorio, el peso y la producción de la prueba, según lo previsto en el mismo artículo 19 de la ley.

Asimismo, la ley contiene una serie de reglas adjetivas supletorias del silencio de los litigantes, que abarcan todo el espectro en el que se desenvuelve el procedimiento arbitral, desde su inicio hasta el pronunciamiento del laudo. De esta forma, la ley combina la libertad de las partes para elegir las normas aplicables al procedimiento arbitral, con un conjunto de reglas supletorias que no tienen carácter imperativo y que permiten al tribunal arbitral, conducir el arbitraje con independencia de las reglas locales, que regulan el procedimiento en un arbitraje interno.

De este modo, la Ley Nro. 19.971 otorga independencia al árbitro en cuanto a las resoluciones por él dictadas, a diferencia de lo que acontece en el nivel interno donde los tribunales ordinarios, tienen un amplio margen para la revisión de las resoluciones. En tal sentido se reconoce como principio básico de la institución del arbitraje, la limitada actuación de los tribunales estatales en el procedimiento arbitral, conocido como el “principio de intervención mínima”. El artículo 5° de la Ley, recoge lo anterior al señalar “en los asuntos que se rijan por la presente ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos que la ley así lo disponga”, y el artículo 34 que consagra a “la petición de nulidad como único recurso contra el laudo arbitral”.

El fallo precedentemente citado y reproducido en el Rol Nro. 1971-2012 se encarga, además, de precisar que “*A nivel sustantivo, en tanto, el orden público considerado para estos efectos incluye principios 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*”;

**Undécimo:** Que, luego y enfrentados al arbitrio en examen aparece que éste se funda en la supuesta inobservancia de los principios de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y la fuerza obligatoria e intangibilidad de los contratos en el fallo arbitral de que se trata; empero, de la lectura del reproche en comentario resulta que se pretende atacar más propiamente la forma en que el juzgador ha ponderado la prueba rendida y ha hecho aplicación de la normativa contenida en el Código Civil. En efecto, cuestiona la recurrente la circunstancia de haber arribado el juzgador a la conclusión que su parte ha incumplido un deber contractual –su obligación de adquisición, retiro y comercialización de productos desde la bodega de Matriz de manera eficiente y ordenada– que afirma, no fue pactada expresamente por los contrayentes en la Franquicia Maestra, sin embargo, la conclusión a la que llega, el árbitro la sustenta en el artículo 1546 del Código sustantivo, por estimar que se trata de una obligación que emana de la naturaleza del contrato y de la cual deviene que la actora no empleó en el cumplimiento de su obligación el grado de diligencia a que estaba obligada. Luego, entendiendo el sentenciador que ambas partes incumplieron sus obligaciones recíprocas e invocando los artículos 1557, 1538 y 1552 del compendio legal aludido, rechaza la pretensión del actor dirigida a la obtención de los perjuicios que dice haber sufrido.

Sentado lo anterior debe recordarse que el orden público es el núcleo, el aspecto central y más sólido y perdurable del orden social. Es el conjunto de aquellas características y valores de la convivencia que una sociedad considera como “no negociables” y se le identifica por lo mismo con la coexistencia ordenada, segura, pacífica y estabilizada de una sociedad. De manera que el fallo que se pretende írrito, para entenderse viciado por la causal invocada, debe haber contrariado un orden de la magnitud de que se viene hablando y no puede declararse sobre la base de un estándar disminuido o de menor exigencia, so pretexto que la decisión aqueja a una de las partes.

Por consiguiente y siguiendo en la misma línea de argumentación procede colegir que la referencia a que se hace mención en el libelo de nulidad que se analiza, en relación con la transgresión del orden público nacional, en la medida que no se enmarca dentro de aquel sentido que la doctrina y la jurisprudencia le han atribuido al concepto en derecho internacional privado y en la legislación chilena y comparada sobre arbitraje internacional y, no se ha demostrado en definitiva que se identifique con la figura específica que describe el artículo 34 tantas veces citado no puede ser suficiente para justificar el reproche por el cual se persigue un resultado tan gravoso como es la invalidación del laudo arbitral que se cuestiona;

**Duodécimo:** Que, como corolario, el denominado recurso de nulidad debe ser rechazado, por cuanto no resulta ser, la presente, la vía para procurar obtener la revisión del escrutinio que se ha efectuado de las probanzas aportadas al juicio arbitral, como tampoco la forma en la cual se ha aplicado el derecho para la solución del conflicto, máxime si, como sucede en el caso *sub judice*, se impugnan los argumentos que han servido a la resolución del pleito por no compartirlos y estimarlos demasiado escuetos en relación con la cuantía debatida.

Como se ha señalado, en el derecho comparado, no nos encontramos en este caso ante una segunda instancia y menos ante un recurso de casación como de ningún otro recurso que tenga por objeto revisar la conformidad a los hechos o al derecho, sino que se está en presencia de un proceso autónomo de impugnación en que el tribunal tiene una competencia específica y restrictiva, en la cual sólo debe limitarse a resolver y dejar sin efecto lo que constituye un exceso o una incorrección del laudo, a la luz de los únicos motivos tasados y restrictivos que legitiman la interposición de esta acción de nulidad en los términos de la Ley N° 19.971.

Por ello es que el laudo, una vez notificado es definitivo, inapelable y obligatorio para las partes. Así se asegura la cosa juzgada de la decisión arbitral, imposibilitando que ésta sea recurrible según la legislación aplicable al arbitraje;

**Décimo tercero:** Que por las razones anotadas, el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, el análisis del fallo impugnado, esta Corte arriba a la convicción que el laudo dictado por el juez árbitro recurrido, no ha incurrido en el vicio de invalidación que se invoca, razón por la cual la acción en estudio procede sea desestimada.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en la Ley N°19.971, **se rechaza** el recurso de nulidad interpuesto a fojas 1, deducido por el abogado don Marcelo Giovanazzi Retamal, en contra del laudo definitivo dictado por el juez árbitro don Alberto Lyon Puelma, con fecha veintitrés de julio de dos mil quince.

Regístrese y archívese.

Redacción de la Ministra señorita Romy Grace Rutherford Parentti.

Rol N° 11.466-2015.-

Pronunciada por la Novena Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Romy Grace Rutherford Parentti, e integrada por el Ministro señor Juan Antonio Poblete Méndez y el Abogado Integrante señor Mauricio Decap Fernández.



Santiago, treinta de noviembre de dos mil diecisiete.

Al escrito que antecede, estese al mérito de autos.

**VISTOS :**

En estos autos Rol 82.442-2016 de esta Corte Suprema compareció Luis Eugenio López López, abogado, en representación de Almendra y Miel S.A., solicitando se conceda autorización para cumplir en Chile el Laudo Arbitral dictado con fecha 4 de febrero de 2015 que condenó a Gonzalo Luis Gallego Davico a pagar a su representada la suma de 297.155,96 euros y USD \$45.000 que se desglosan de la forma y por el motivo que indica.

Fundamentando su pretensión señala que su representada es una empresa española que se dedica a la elaboración y comercialización de turrónes y dulces navideños, quien celebró con Agrícola Comercial e Inversiones El Camino S.A. un contrato de compraventa internacional y suministro de mercaderías, además de un contrato de fianza, todo con fecha 7 de octubre 2009. En virtud de dicha convención Agrícola Comercial e Inversiones El Camino S.A. se obligó a venderle almendras, recibiendo de su parte el pago anticipado de las mismas. Sin embargo esa sociedad no cumplió con sus obligaciones, a pesar de ser requerida en las oportunidades que la propia convención contempla.

Refiere que el demandado como accionista y director de la empresa vendedora y a la vez fiador del aludido contrato de compraventa internacional y suministro de mercaderías incumplido, se obligó personal y solidariamente, con renuncia expresa a los beneficios de división, excusión y orden que pudiera corresponderle.

Señala que dado el incumplimiento anotado, procedió a ejecutar la fianza estipulada como garantía en contra del avalista y fiador Gonzalo Gallegos Davico, quien no obstante las notificaciones pertinentes no cumplió lo estipulado, razón por la que inició el procedimiento arbitral ante la Corte de Comercio Internacional, de conformidad con la cláusula sexta del contrato de fianza.

Por último sostiene que el laudo arbitral cumple con los requisitos y condiciones prescritos en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que permiten su reconocimiento y ejecución en Chile.

Gonzalo Luis Gallego Davico evacuando el traslado conferido solicitó el rechazo del exequátur y después de realizar una serie de apreciaciones respecto de la titularidad en dominio de las sociedades involucradas en el supuesto contrato de compraventa internacional y de aseverar diversas irregularidades que dice concurren en la dictación de la sentencia materia de la presente gestión, se opuso en virtud de los siguientes argumentos:

a) El laudo es contrario a las leyes de la República y al orden público nacional en los términos que prevé el artículo 245 N° 1 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 36 letra b), ii) de la Ley 19.971, norma esta última que señala como motivo para denegar tal petición cuando el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del fallo serían contrarios al orden público de Chile, disposición esta última que debe vincularse con el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República. Explica que sin perjuicio de la autonomía y libertad de las partes en materias de derecho privado y especialmente en derecho comercial que las leyes conceden, lo cierto es que dicha libertad no puede contravenir normas de orden público internas del país en el cual se pretende ejecutar la sentencia, mucho menos cuando el contrato -como ocurre en la especie- no tiene el carácter de internacional. Sostiene que el procedimiento arbitral se ha llevado a cabo mediante un montaje de parte de la sociedad Almendra y Miel S.A. quien engañó y ocultó antecedentes relevantes al árbitro único y que eran necesarios para un cabal conocimiento de

los hechos, para así resolver en derecho conforme a una legislación diversa a la chilena. En este entendido, Gonzalo Gallegos Davico al someterse a una legislación extranjera y radicarse en España no tuvo posibilidad de ejercer sus derechos ante dicho tribunal, vulnerándose el derecho a la defensa y a un debido proceso, por cuanto de la lectura del laudo se puede apreciar que se ha lesionado este principio por los siguientes motivos:

- i) Se inició el proceso arbitral después de cuatro años de encontrarse desvinculado de Agrícola Comercial e Inversiones El Camino S.A., empresa perteneciente a la demandante, atendido que ambas forman parte del holding de propiedad de José Sirvent Baeza, de manera que no ha tenido la posibilidad de acceder a la información para una adecuada defensa;
- ii) Se le impuso la obligación de contestar la demanda mediante el depósito de su defensa en la Secretaría de la Corte en Madrid, España, sin otorgarle la posibilidad de hacerlo a través de exhorto u otra alternativa de correspondencia;
- iii) En el punto 25 del fallo arbitral se establece que el plazo para contestar la demanda era de 30 días, es decir, un término inferior al señalado en el ordenamiento jurídico local, que conforme a la tabla de emplazamiento alcanza a 41 días; iv) La decisión condenatoria se sustenta únicamente en la declaración de un testigo, Juan José Pardo López, jefe de compras de Almendra y Miel S.A., quien por aplicación del artículo 358 N° 5 del Código de Procedimiento Civil es inhábil para declarar.

Asimismo, al no tratarse de un contrato internacional, no resulta lícito, y por ende es contrario a derecho interno, someter las posibles controversias a una jurisdicción extranjera. Es así como de acuerdo a la doctrina, la convención celebrada por las sociedades en cuestión no reúne ninguno de los elementos de internacionalidad que provocan la posibilidad de regirse por más de un ordenamiento jurídico, lo que impide pactar cláusulas contractuales que tengan por objeto someter las controversias a una jurisdicción internacional;

b) Falta de la debida notificación e imposibilidad de ejercer la defensa ante el tribunal arbitral en España por aplicación de lo dispuesto en el artículo 245 N° 3 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 36 número 1, letra a), ii) de la Ley 19.971. Señala que si bien tanto en el contrato de compraventa privado como en el de fianza suscrito entre su parte y Almendra y Miel S.A. se convino que las controversias que se suscitaran con motivo del incumplimiento de la convención se someterían a arbitraje de la ICC con sede en Madrid, sometiéndose además a la legislación civil y comercial española - lo que es nulo por ser contrario al orden público del país, tal como se indicó- lo cierto es que la cláusula sexta de la convención exigía cumplir ciertas formalidades antes de someter la resolución de la controversia a arbitraje, lo que no fue cumplido por la demandante según explica, de manera que se advierte en este aspecto una irregularidad.

Por otro lado las supuestas notificaciones del juicio arbitral se habrían realizado mediante correspondencia internacional y no a través de exhorto como correspondía, la que por lo demás no fue recibida por su parte, sin que se haya procedido a notificarlo personalmente o por cédula. Asimismo, el laudo señala que se habrían enviado comunicaciones de las actuaciones y resoluciones libradas por el árbitro único al correo electrónico [gonzalogallegosd@gmail.com](mailto:gonzalogallegosd@gmail.com), desconociendo su parte el tenor y contenido de dichos mensajes, ya que ninguno de ellos aparece abierto ni leído. En

consecuencia -asevera- no existe constancia de que haya sido notificado y debidamente emplazado en forma legal conforme a las leyes procesales de Chile del procedimiento arbitral.

Seguidamente alega haberse visto impedido de hacer valer sus medios de defensa ante el tribunal arbitral en razón de los altos costos que esto implicaba. Este impedimento también se verifica al no haber participado de la audiencia o conferencia que consigna el laudo, sin que se le indicara la factibilidad de haber realizado dicho contacto, pues cuando se efectuó su parte no tenía teléfono de red fija para realizar una llamada de esa naturaleza y el teléfono móvil tampoco permitía llamadas hacia el extranjero. Por otro lado, en el punto 34 la sentencia se señala que el 18 de junio del 2014 el árbitro comunicó a las partes que la fecha para la conferencia telefónica tendría lugar el 24 de junio del 2014 a las 16:00 horas de Madrid. Dicha comunicación no fue recibida ni notificada mediante exhorto internacional y, en cualquier caso, tampoco podría haberse llevado a cabo ya que su parte se encontraba fuera de Chile;

c) Falta de ejecutoriedad del laudo en los términos del artículo 245 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, atendido que el mismo no se notificó personalmente ni por cédula mediante exhorto internacional. En efecto, el numeral 76 del laudo señala “De conformidad con el artículo 27 del Reglamento, el Árbitro Único envió a la Secretaría de la CCI el orden procesal número dos en el que declara el cierre del procedimiento el 23 de Diciembre de 2014, informándoles que a partir de esa fecha, las partes no podrían presentar ningún escrito, alegación ni prueba, en relación con las cuestiones a ser resueltas en el Laudo, salvo requerimiento a autorización del Tribunal Arbitral. En la misma comunicación, el árbitro único informó a las partes y a la secretaria de la CCI, de que sometería el proyecto de laudo arbitral a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI antes del 31 de diciembre de 2014 de conformidad con el artículo 33 del Reglamento. Dicha comunicación fue enviada a las partes y a la secretaria de la CCI por correo electrónico el 23 de diciembre de 2014, y además por mensajería internacional al Demandado. El Demandado la recibió el 30 de Diciembre de 2014”. Sin embargo el mero envío de dicha comunicación no acredita que la sentencia estuviera dictada a esa fecha sino únicamente que a partir de esa data las partes no podían presentar escrito alguno; y por otro lado por ser un considerando que dice relación con un hecho anterior a la dictación misma de la sentencia, no puede acreditar que está ejecutoriada. Luego no le consta que se haya cumplido con lo que señala el juez árbitro único, así como tampoco que no existan recursos pendientes para impugnarlo, ya que el documento fundante del exequátur es una mera fotocopia del supuesto fallo original legalizada por el Cónsul de Chile en España, sin que conste timbre, firma o registro que demuestre que fue efectivamente dictado por el árbitro único así como que haya sido aprobado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ni que cumpla o haya cumplido con el requisito de ser aprobada por un tribunal superior ordinario de España . En consecuencia, no consta el carácter de ejecutoriada de la sentencia porque para ello debió notificarse a su parte de la forma ya dicha;

d) Falta de aprobación del laudo arbitral por un tribunal superior ordinario del país donde se dictó conforme al artículo 246 del Código de Procedimiento Civil.

El fiscal judicial subrogante evacuando el informe requerido, fue de la opinión de rechazar la oposición de Gonzalo Luis Gallegos Davico, señalando que en la especie resultan aplicables los artículos 242

y siguientes del Código de Procedimiento Civil como normas generales y las contenidas en la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional que regula especialmente la situación de autos, de manera que un laudo arbitral en materia de comercio internacional expedido en el extranjero, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante u obligatorio, según imperativamente lo dispone el artículo 35 de la citada ley y su ejecución debe ajustarse a lo que dispone el artículo 36 de la misma; estas disposiciones priman por sobre las contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil que reglan en forma general el cumplimiento de las resoluciones judiciales dictadas en el extranjero. En consecuencia solo pueden ser resueltas las alegaciones configurativas de las excepciones que taxativamente enumera el artículo 36 número 1) letra a) de la Ley 19.971.

En el caso específico de la lectura del laudo aparece que el demandado fue debidamente emplazado, que no estuvo impedido de hacer valer su derecho a defensa, sino que decidió de forma voluntaria mantenerse rebelde en dicho procedimiento. De este modo no es posible alegar que se transgredió el principio del debido proceso, ya que se le comunicó la constitución del arbitraje y la demanda.

Por otra parte es dable sostener que el fallo está ejecutoriado, pues no se acreditó que existan recursos pendientes, que haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que se dictó, de manera que tampoco se configura la causal para denegar el reconocimiento del laudo establecida en el artículo 36, número 1), letra a) apartado v), de la Ley N° 19.971.

Por último, señala que el peticionario acompañó los antecedentes necesarios para fundar su solicitud, por lo que se cumple la exigencia del artículo 35 letra a) de la Ley 19.971.

Se ordenó traer los autos en relación.

#### CONSIDERANDO:

**PRIMERO:** Que con la finalidad de zanjar la controversia que deriva de la inteligencia de las normas legales que regulan la aplicación del fallo arbitral dictado en el territorio de un Estado extranjero y cuya ejecución se solicita en otro Estado distinto de aquel como es Chile, ha de admitirse, desde luego, que la solicitud ha de ser sometida al conocimiento de esta Corte, como quiera que toda sentencia pronunciada por tribunales extranjeros, incluyendo las arbitrales, requieren de exequátur para poder ser cumplidas en territorio nacional, y habrá de ser resuelta según lo dispuesto en el párrafo II del Título XIX del Libro I, artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y especialmente, atento a lo estatuido en la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, sin perjuicio de las normas que se han establecido en la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, promulgada como ley por el D.S. N° 664 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 30 de octubre de 1975.

**SEGUNDO:** Que resulta necesario consignar que diferentes elementos se han tenido en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia para otorgar carácter de internacional a los contratos: nacionalidad de las partes, su domicilio o residencia; lugar donde se desarrolla la negociación, la celebración del contrato y la ejecución de sus obligaciones e, incluso, sus aspectos posteriores, relacionados con los requisitos de los actos y sus efectos, como cualquier otro punto que vincule a las partes y les sea relevante. Sin perjuicio de lo anterior, resulta indispensable que sea posible la aplicación de distintos sistemas jurídicos, en especial por el desplazamiento de un Estado a otro para el cumplimiento de la prestación o que las partes se encuentren localizadas en el territorio de diferentes países. Se conjugan aspectos formales como materiales en la calificación de internacional de un negocio jurídico, siendo el de mayor importancia la concurrencia de distintos ordenamientos jurídicos en la regulación de sus elementos y la competencia de sus sistemas judiciales.

En este sentido la norma del artículo 1° de la Ley 19.971 ha precisado que el arbitraje es internacional en las siguientes situaciones: 1) si las partes, al momento de la celebración del compromiso tienen sus establecimientos en diversos Estados; 2) si el lugar del arbitraje, habiéndose éste determinado en el compromiso o con arreglo al mismo, está situado fuera del Estado en que las partes tienen

sus establecimientos; 3) si 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, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos, o 4) si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

Con el objeto de determinar el carácter internacional del arbitraje se indica en el precepto citado que: “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.”

En el caso en estudio se está en presencia de un contrato mercantil internacional, pues a pesar de que el demandado ha pretendido controvertir este último carácter, lo cierto es que no ha discutido la validez de las estipulaciones que tanto en el contrato de compraventa y suministro de mercaderías como de fianza expresamente contemplan el sometimiento a una legislación extranjera, según se lee de sus estipulaciones 13ª y 6ª, respectivamente, y si bien la negociación se celebró en Chile, lo cierto es que en ella intervinieron dos sociedades de distinta nacionalidad y residencia, que en virtud del contrato de fianza que se ejecutó el obligado es un ciudadano chileno, que vive en el país. Sin perjuicio de ello y aún más relevante, cabe sostener que no existe ningún impedimento para negar eficacia a las estipulaciones por las cuales las partes adscriben a la competencia de un tribunal extranjero, en tanto tal acuerdo constituye una ley para los contratantes, posibilidad que por lo demás se encuentra recogida no solo en la mencionada Ley 19.971 sino que también en el artículo 318 del Código Internacional Privado y el Decreto Ley 2349 de 28 de octubre de 1978 que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público.

**TERCERO:** Que en atención a lo expuesto y en lo que al presente análisis interesa, corresponde precisar de consiguiente que los artículos 35 y 36 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional que rigen el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales dictados en el extranjero, son normas especiales que priman respecto de las generales y cuyos preceptos por lo demás son similares a los establecidos en las disposiciones de la Convención de Nueva York y en la que la primera, por lo demás, se inspiró para su dictación, tanto que son el reflejo del artículo IV y V de esta Convención, respectivamente.

Los aludidos artículos estatuyen lo siguiente:

Artículo 35: Reconocimiento y ejecución.

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 7º o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuvieran redactados en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.

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

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7º 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 del país en que se haya dictado el laudo, o ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo 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, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, o v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o

b) Cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

**CUARTO:** Que en consecuencia de la lectura conjunta de la normativa transcrita cabe concluir que solo se podrá rehusar el reconocimiento y ejecución de la sentencia cualquiera sea el país en que se haya dictado, a instancia de la parte contra la cual se invoca, si ésta prueba ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución alguna de las situaciones que dicho precepto 36 refiere.

**QUINTO:** Que en definitiva corresponde a esta Corte, a la luz de los antecedentes allegados a los autos, examinar el cumplimiento de los requisitos previstos para que sea reconocido y ejecutado en Chile el laudo arbitral, según la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en relación con las normas pertinentes de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, puesto que el demandado alega que no se reúnen las condiciones copulativas que la ley establece.

**SEXTO:** Que como punto de partida debe anotarse que este procedimiento no constituye una instancia, por lo que no es dable promover ni resolver materias propias del mérito y de los hechos o del derecho ventiladas en la causa en que se dictó la sentencia arbitral extranjera, ni tampoco pueden ser resueltas alegaciones que puedan constituir defensas o excepciones que deban ser opuestas en la ejecución correspondiente del fallo y ante el tribunal que ha de conocer de ellas. Ello es así porque la finalidad del procedimiento de exequátur de acuerdo con el principio de la “regularidad internacional de los fallos” es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado de manera alguna a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que no constituye una instancia de revisión de lo allí resuelto.

**SÉPTIMO:** Que de las situaciones que se han transcrito en lo expositivo y que revisten el carácter de ser fundamento de las causales para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral según las normas citadas, el demandado ha invocado como motivos de reparo en su defensa cuatro

argumentos: a) causal contemplada en el artículo 36 b) ii de la Ley 19.971 en relación al artículo 245 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, alegando que el laudo es contrario a las leyes de la República y al orden público nacional atendido en primer lugar, que no pudo acceder a la información necesaria para asumir su defensa, dado el tiempo que había transcurrido desde que fue desvinculado de la sociedad vendedora; seguidamente sostuvo que se estableció un plazo inferior a la tabla de emplazamiento del Código de Procedimiento Civil para contestar la demanda, a lo que añade que debía evacuar dicho trámite en España; enseguida afirma que el fallo se sustenta en la declaración de un único testigo que conforme a la ley chilena se encuentra inhabilitado, para luego concluir que no se trata de un contrato internacional, lo que impide ser sometido a una legislación extranjera; b) causal contemplada en el artículo 36 N° 1 a) ii de la Ley 19.971 en relación al artículo 245 N° 3 del Código de Procedimiento Civil, sustentada en la falta de la debida notificación e imposibilidad del ejercicio al derecho de defensa por falta de emplazamiento a través de exhorto o notificación personal o por cédula, sumado al alto costo del juicio; c) artículo 245 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, toda vez que el fallo no se encuentra ejecutoriado, sin que exista constancia que no se hayan interpuesto recursos en su contra así como tampoco que realmente se emitió por el juez árbitro único o que haya sido aprobado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI; d) artículo 246 del Código de Procedimiento Civil, al no haberse aprobado el laudo por un tribunal superior ordinario del país en que se dictó.

**OCTAVO :** Que sin perjuicio de que ninguna de estas alegaciones se fundamentan en hechos que configuren alguna de las causales que hacen procedente enervar el reconocimiento del fallo y su cumplimiento pertinente, como lo ha informado el fiscal judicial subrogante al sostener que la sentencia pronunciada por el tribunal arbitral reúne todas las condiciones requeridas por el marco legal aplicable para dar curso a su respectivo reconocimiento y ejecución, ha de advertirse además lo que seguidamente se expresa.

**NOVENO :** Que, en efecto, el opositor al exequátur ha sostenido en sus dos primeras defensas que el reconocimiento o ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile y que se encuentra debidamente comprobado que no le han sido notificadas a su parte las actuaciones arbitrales y por ello no ha podido hacer valer sus derechos, fundadas ambas causales en una serie de alegaciones que miran, en primer lugar, a aspectos de fondo impropios de esta instancia, como lo es la inhabilidad de un testigo que sirve de sostén para la decisión arbitral y, por el otro, por haberse vulnerado el derecho de defensa durante la substanciación del juicio que dio lugar a la sentencia cuya ejecución se pretende en Chile (por no haber tenido acceso a la prueba; por no haberse procedido a la notificación en la forma que dice correspondía hacerlo; por el alto costo de asumir su defensa en un país extranjero y en último término porque el plazo para contestar la demanda era inferior al que estatuye la tabla de emplazamiento nacional). Sin embargo al respecto procede consignar que del mérito de los antecedentes allegados al proceso por el solicitante se constata que las partes libremente, tanto en el contrato de compraventa como en el de fianza, decidieron someter a arbitraje las controversias que se suscitaran a propósito de la suscripción de ambas convenciones, sujetándose para ello a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional a través de un solo árbitro designado con arreglo al mismo, estableciendo a continuación que el lugar de la celebración del arbitraje sería Madrid-España, quedando expresamente obligadas al laudo que se dicte. En consonancia con el aludido Reglamento -vigente a partir del 1 de enero de 2012- se procedió de la forma que prescriben los artículos 3, 4, 5 y 6 de esa regulación, tal como lo consigna el fallo que se pretende cumplir, reglamentación que dispone una manera diversa de notificación -que como se dijo fue aceptada por las partes- a lo que se agrega que en el laudo se consigna que el domicilio del demandado fue debidamente atestiguado por un notario público quien se contactó personalmente con él para remitirle la notificación de ejecución de la fianza. Luego, corresponde concluir que el demandado fue debidamente emplazado a través del mecanismo expresamente previsto para tal efecto en el reglamento en cuestión, por aplicación expresa de la cláusula pactada en los respectivos contratos de compraventa y fianza. Asimismo, en la sentencia se deja constancia de diversas actuaciones que demuestran la notificación de la pretensión de la sociedad Almendra y Miel

S.A. de acuerdo a lo pactado, de modo que el demandado se encontraba debidamente emplazado a la litis y en razón de ello y de acuerdo con las normas del procedimiento civil acordadas, debía formular su intención de defenderse, lo que en definitiva no hizo, habilitando al tribunal para resolver el litigio por sentencia en rebeldía.

De esta manera no resulta viable arribar a una conclusión diversa, toda vez que habiendo sido notificada válidamente la demanda correspondía que el demandado formulara su intención de defenderse en la forma que se indicó por el tribunal, con apego a la reglamentación contenida en los artículos mencionados. Tal proceder demuestra la falta de interés o desidia del sujeto pasivo para ejercer aquel derecho que le fue expresamente reconocido. Así, existió un emplazamiento eficaz como también una válida notificación de la demanda, tal como lo consideró el tribunal extranjero, lo que en definitiva redundaba en la existencia de un procedimiento justo y racional en que no se ha visto privado de la posibilidad de hacer valer sus medios de defensa, derecho salvaguardado por lo demás constitucionalmente, constatándose en cambio que lo que realmente dicha parte ataca es el fondo de la decisión adoptada por el juez extranjero así como la ponderación que hizo de las pruebas allegadas a dicho procedimiento, cuestiones estas que en los términos que ya se han expuesto no pueden ser revisadas dentro del procedimiento de exequátur por decir relación con los hechos y el derecho relativos a la causa en que se dictó la sentencia extranjera y por no constituir la presente acción una instancia que permita un análisis de esa naturaleza, según se explicó.

**DÉCIMO :** Que a mayor abundamiento en este acápite, de la lectura de los antecedentes de hecho que sustentan las causales de oposición en examen aparece que el demandado apunta a que no se le notificó vía exhorto o por cédula o personalmente y que no abrió el correo electrónico -sin desconocer que le pertenecía -, asertos que más bien pretenden justificar su posición de rebeldía que asumió ex profeso y de su voluntad en tal sentido, lo que evidentemente no constituye una manifestación de la vulneración que se alega. En consecuencia, debe entenderse que las razones que hayan impedido hacer valer los derechos de un litigante no pueden emanar de su simple voluntad de mantenerse rebelde, sino que deben fundarse en circunstancias que dificulten gravemente tal derecho, a lo que se añade que conforme al tenor de la normativa en que asila su oposición correspondía a su parte demostrar aquello que invoca.

**UNDÉCIMO :** Que por último en esta materia debe señalarse que la jurisdicción y competencia que tenía el juez árbitro para decidir la controversia fue derivada de la voluntad de las propias partes, manifestada libre y espontáneamente en las cláusulas compromisorias. Estos pactos de arbitraje reúnen los requisitos establecidos por el artículo 7° de la Ley 19.971 para tener validez en Chile, puesto que el artículo 113 inciso 2° del Código de Comercio faculta a las partes para sustraerse de las disposiciones de las leyes de la República, de manera que corresponde rechazar el reproche del oponente relativo a que el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral sería contrario al orden público chileno (artículo 36 N° 1 letra b, literal ii), por cuanto éste se funda en los mismos cuestionamientos que han sido precedentemente analizados y que esta Corte ha desestimado, sin que se visualice alguna infracción a las normas de derecho interno sobre la competencia ni sobre jueces árbitros, como tampoco resulta efectivo que la demandada haya sido juzgada en un procedimiento viciado o en que no fue emplazada, sino que lo ha sido por un árbitro designado de conformidad con el acuerdo de arbitraje contenido en las convenciones a que se hizo alusión.

**DUODÉCIMO :** Que a continuación el demandado sostiene que no se han acreditado ciertos aspectos formales del laudo referidos a que no se encuentra demostrado que esté ejecutoriado y respecto del cual no se ha obtenido el pase regio, empero debe precisarse que entre los requisitos a que se refiere el consabido artículo V Nro. 1 de la citada ley N° 19.971 se establece que: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia cualquiera que sea el país en que se haya dictado: a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento y ejecución: v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo”. A su vez, en el artículo 36 Nro. 1 letra a) acápite v) se



estatuye que se puede denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral. Si el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo.

De lo anterior resulta que de las sentencias arbitrales se exige que sean obligatorias para las partes al momento de exigirse el cumplimiento y que ellas no hayan sido anuladas o suspendidas por un tribunal del país en que fueron dictadas.

En el caso de autos el laudo arbitral cuyo reconocimiento y cumplimiento se ha solicitado se ventiló en un procedimiento regido por el Reglamento de Arbitrajes de la Cámara Internacional de Arbitraje y, conforme a sus dictados, las partes se obligaron a dar cumplimiento al mismo en tales términos. Es así como su artículo 34 N° 6 prescribe: “Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”. De dicha disposición se sigue que la sentencia dictada resulta irreformable en el sistema previsto por esa normativa, como quiera todavía que la oponente no interpuso algún recurso -pues nada dijo al respecto- mediante el cual hubiese enervado su ejecución sea por la vía de decretar la suspensión de su cumplimiento o bien mediante la declaración de nulidad de sus efectos, lo que permite afirmar con certeza que ha de entenderse que se encuentra justificada su obligatoriedad para quienes han sido partes del compromiso que se ha zanjado con el laudo arbitral cuyo reconocimiento y ejecución se persigue, dictado con fecha 4 de febrero de 2015.

**DECIMOTERCERO :** Que lo expresado tiene su correlato en el propio tenor del numeral 2° del artículo 35 de la Ley 19.971, que establece: “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”.

Como se aprecia la norma transcrita obliga únicamente a lo que ella consigna, y que apunta a que además del original del laudo o copia autorizada de éste y original o copia certificada del mismo, se acompañe la traducción debidamente certificada de dichos documentos. Con ello claramente se distingue entre el laudo y el acuerdo de arbitraje, como el hecho de estar redactados en el idioma oficial de Chile. Se trata de entonces de exigencias mínimas previstas por la ley justamente para no entorpecer el cumplimiento de los laudos arbitrales.

En el caso de autos ambos requisitos fueron íntegramente cumplidos por el solicitante, pues tanto el laudo como los contratos que contienen las cláusulas de arbitraje se encuentran redactados en idioma español, que es lengua oficial en Chile y consta a fojas 247 y 249 certificado de la Corte Internacional de Arbitraje que consigna que con fecha 9 de febrero de 2015 se notificó el laudo final a las partes. En consecuencia, resultaba suficiente acompañar el laudo y los acuerdos de arbitraje para cumplir con las exigencias propias en la materia.

**DECIMOCUARTO :** Que por último debe señalarse que siendo por naturaleza el laudo arbitral cuyo exequátur se impetra un instrumento público, su autenticidad, de acuerdo con lo que se previene en el artículo 17 del Código Civil, debe entenderse referida al hecho de haber sido realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tal instrumento se expresa.

Como pudo advertirse en su oportunidad, el impugnante objetó la autenticidad del laudo aduciendo que éste constaba de una copia legalizada por el Cónsul de Chile en España, sin timbre, firma o registro que dé cuenta de haber sido efectivamente dictada por el árbitro único. Sin embargo dicho reparo no puede ser admitido en el presente caso, atendida la circunstancia de haber sido pronunciado por un tribunal arbitral adscrito a la Cámara de Comercio Internacional, antecedente que permite reconocer al Secretario de la Corte Internacional de Arbitraje la condición de ministro de fe idóneo para certificar la autenticidad de dicho fallo.

**DECIMOQUINTO** : Que como corolario de lo que se viene exponiendo, ha quedado en evidencia que tratándose de la ejecución de un laudo arbitral, conforme al tenor de la Ley 19.971, cualquiera sea el país en que este se haya dictado es reconocido como vinculante en Chile si cumple con los presupuestos que contemplan los artículos 35 y 36 de esa normativa, los que por lo demás y como se dijo, constituyen una repetición de lo pertinente del Convenio de Nueva York y que en armonía con ella vienen a constituir una reglamentación interna más flexible. Un estatuto así concebido, como lo señalan los autores, condice con las exigencias del tráfico comercial internacional y la necesidad de una solución alternativa de las contiendas de este tipo, en que la aludida ley vino a mejorar, flexibilizar y modernizar aquella legislación contenida en nuestra codificación de antiguo, con el objeto de ponerla al día en relación a las exigencias que en la actualidad presenta dicha disciplina.

**DECIMOSEXTO** : Que todas estas argumentaciones llevan a aceptar la eficacia del fallo cuya autorización para su cumplimiento se solicita, lo que se dispondrá accediendo a lo pedido por el representante de la sociedad Almendra y Miel S.A.

De conformidad a lo expuesto y disposiciones citadas, **se acoge el exequátur** solicitado en estos autos y, en consecuencia, se autoriza que se cumpla en Chile la sentencia condenatoria de pago de dinero, dictada el 4 de febrero de 2015 por el juez árbitro único aprobado por la Corte Internacional de Arbitraje ICC, causa N° 20028/ASM, sede Madrid España, que condenó a Gonzalo Luis Gallegos Davico a pagar a la sociedad Almendra y Miel las siguientes sumas: a) 174.523 euros en concepto de pago principal de la mercancía no entregada; b) 17.452 euros por penalización por retraso superior a 40 días; c) 82.475 euros por daños y perjuicios, constituidos por el diferencial de precio pagado a otros proveedores de la demandante a consecuencia del incumplimiento; d) 45.000, dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por gastos administrativos y honorarios del árbitro; e) 22.705,96 euros por gastos expuestos por Almendra y Miel para su defensa y; f) intereses legales aplicables sobre las sumas mencionadas previamente desde la fecha de notificación del laudo arbitral.

El cumplimiento de la sentencia extranjera deberá solicitarse ante el Tribunal Civil que corresponda.

Regístrese y archívese.

Redacción a cargo de la ministra señora Rosa Egnem S.

Rol N° 82.442-2016.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sr. Patricio Valdés A., Sr. Héctor Carreño S., Guillermo Silva G., Sra. Rosa Egnem S. y Sr. Arturo Prado P.



# TEXTOS

---



“CONVENIO DE COOPERACIÓN ENTRE  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE,  
ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO Y MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS



FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE



En Santiago de Chile, a 02 de octubre de 2017, comparecen: La **FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE**, representada por su Decano don Davor Harasic Yaksic, chileno, cédula nacional de identidad N° 4.901.612-2, ambos domiciliados para estos efectos en calle Pío Nono N° 1, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, en adelante la «FACULTAD DE DERECHO»; la **ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**, representada por su presidente, don Eduardo Picand Albónico, chileno, cédula nacional de identidad N° 13.434.274-9, ambos domiciliados para estos efectos en calle Alonso de Córdova 5320, oficina 1901, comuna de Las Condes, ciudad de Santiago, en adelante la «ADIPRI»; y el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS**, representado por el Ministro de Justicia y Derechos Humanos, don Jaime Alfonso Campos Quiroga, chileno, cédula nacional de identidad N° 6.128.450-8, ambos domiciliados en calle Morandé N° 107, comuna y ciudad de Santiago, quienes acuerdan suscribir el siguiente Convenio de Cooperación, en adelante el «Convenio»:

**PRIMERO. Antecedentes.** La FACULTAD DE DERECHO, la ADIPRI y el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, teniendo en consideración que la actual legislación nacional relativa al Derecho Internacional Privado no regula de manera adecuada y moderna las relaciones privadas internacionales que surgen en una sociedad cada vez más globalizada y multicultural, especialmente en aspectos referidos a la competencia judicial internacional, el Derecho aplicable, el reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones, y la cooperación jurídica internacional, han acordado celebrar el presente Convenio, que se regirá por las disposiciones siguientes.

**SEGUNDO. Objeto del Convenio.** La FACULTAD DE DERECHO conjuntamente con la ADIPRI, acuerdan crear una comisión técnica de profesores y expertos de Derecho Internacional Privado para el estudio y elaboración de una propuesta técnica que pueda servir de base para la redacción de un Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado en Chile. A su vez, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS acuerda recepcionar el producto final del trabajo conjunto entre las dos partes ya antes mencionadas, para efectos de su evaluación y estudio, con el propósito de determinar la pertinencia, utilidad y eventual uso de dicho insumo para efectos de la redacción de un Proyecto de Ley sobre Derecho Internacional Privado.

**TERCERO. Actividades conjuntas.** Con la finalidad de llevar a cabo los objetivos planteados en este Convenio, la FACULTAD DE DERECHO y la ADIPRI, se comprometen a prestarse cooperación técnica académica necesaria para la creación de una comisión técnica de profesores y expertos, como también en el trabajo sucesivo de dicha comisión una vez constituida. A su turno, el MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS se compromete a considerar el trabajo final de dicha comisión para efectos de una eventual confección, en el futuro, de un Anteproyecto de Ley sobre Derecho Internacional Privado.

**CUARTO. Vigencia.** El presente Convenio tendrá una vigencia de un (1) año a contar de la fecha de la total tramitación del último acto administrativo que lo apruebe.

Al concluir la vigencia de este Convenio, las partes velarán porque las actividades que en virtud del presente instrumento se estuvieren realizando concluyan normalmente.

**QUINTO. Financiamiento del Convenio.** Las partes declaran que la suscripción del presente Convenio no irroga compromiso económico para ellas.

**SEXTO. Personerías.** La personería de don JAIME ALFONSO CAMPOS QUIROGA, consta en Decreto Supremo N° 1.492, de 19 de octubre de 2016, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

La personería de don DAVOR HARASIC YARSIC, consta en el Decreto Universitario N° 2.091, de 2015.

La personería de don EDUARDO PICAND ALBÓNICO consta en el Acta de Primera Asamblea General Ordinaria de Miembros Plenos de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, de 27 de octubre de 2014 (Persona Jurídica sin Fines de Lucro N° de Registro 187405).

El presente Convenio se firma en seis (6) ejemplares, quedando dos (2) en poder de cada una de las partes.”

# RECENSIÓN BIBLIOGRÁFICA

---





**I.- BASEDOW, JÜRGUEN. EL DERECHO DE LAS SOCIEDADES ABIERTAS. ORDENACIÓN PRIVADA Y REGULACIÓN PÚBLICA EN EL CONFLICTO DE LEYES. EDITORIAL LEGIS, BOGOTÁ, COLOMBIA, 1° EDICIÓN, TRADUCCIÓN DE TERESA PUIG.**

El libro que comentamos es la traducción al idioma castellano de la edición publicada en inglés por la Academia de Derecho Internacional de La Haya, en junio del año 2015 (volumen 9, 634 pp.), bajo el título “The Law of Open Societies Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Law”, que a su vez reúne las conferencias impartidas por el autor durante los cursos de verano de 2012 de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Su autor es el Prof. Dr. Dr.h.c.mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard Univ.), Director del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg y Miembro del Institut de droit international, una de las mentes y voces más brillantes y autorizadas que existen en la actualidad en nuestra disciplina. Las ideas y pensamientos que nos entrega el professor Basedow en su libro constituyen probablemente la cúspide de su Obra, lo que implica que sea un texto de lectura obligada.

El libro que comentamos es un fiel reflejo de la evolución que ha experimentado el Derecho internacional privado en la sociedad multicultural y postmodernista en que vivimos hoy, en donde la apertura de fronteras, personas, bienes, datos y servicios, en un espacio de Igualdad, Libertad y Justicia, han permitido que las sociedades y sus individuos se abran al mundo en la búsqueda y satisfacción de sus anhelos; sociedades que en el pasado eran esencialmente cerradas se han convertido hoy, sin prejuicios, en grupos y subgrupos sociales abiertos al mundo que planifican previamente sus relaciones transfronterizas ex ante, sin conformarse con la regulación de una adjudicación tardía.

Es cierto que, de un tiempo a esta parte, la inclinación de los juristas por abarcar estudios sistemáticos, explicativos y desde un ángulo realista, ha devenido en una ocupación científica creciente, aunque –huelga decirlo–, aun acompañada. Tales pretensiones interdisciplinarias son percibidas, cuando menos, como un producto epistémico altamente ventajoso para los efectos de dotar de significado material las instituciones jurídicas del mundo presente, y cuya modelación, a través de investigaciones empíricas o históricas, ciertamente traspasa los planes científicos de la dogmática tradicional, anclada aún en el infinito campo formal de lo normativo. El esfuerzo es doblemente loable cuando se constata –contra lo que la propia intuición pudiere brindar– un diagnóstico general de relativa demora del derecho internacional privado respecto a otras disciplinas jurídicas en hacerse receptivas a enfoques situacionales y globales, y con ello, en problematizar categorías de análisis que ha venido heredando de la teoría jurídica de otros sectores, aunque funcionalmente construidas en sus ambientes de origen para requerimientos sociales de épocas pasadas. El libro que comentamos es acreedora de estas y otras virtudes más, pues no solo entrega una reconstrucción erudita de nuestra disciplina con finalidades integrativas y enfoque de conjunto, acusando su autor enorme instrucción en contenidos de la teoría social, filosófica y jurídica; sino que también propone semejante tarea con pretensiones de exhaustividad, haciendo pie en supuestos, dificultades, tensiones y realidades de evidente asiento en la vida globalizada. Con ello, se ha querido demarcar un plan de investigación jurídica de largo horizonte, con notables correlaciones socioeconómicas, y dispuesto a plantear no tantas certezas para la dogmática, sino, antes bien, traslucir de modo crítico la enorme complejidad y conflictividad imbricada en las experiencias concretas de formas regulatoria destinadas a regir vinculaciones multinacionales y relaciones interestatales.

La Obra del profesor Basedow se cristaliza a través de este libro. Detecta y describe con particular profundidad múltiples formas de ordenación jurídico-privada en la que se formalizan relaciones sociales y económicas surgidas en el contexto interactuante de sociedades abiertas. Tales relaciones emergen de un contexto global que se deja caracterizar por la movilidad transfronteriza de la vida social de las personas, y con ello, en la entera vigencia de libertad de movimiento de bienes, capital, información y servicios entre Estados. Diagnóstico semejante –digamos, la radical transmutación en las bases sociales que experimentó el orbe a mediados del siglo XX– haría preferible recurrir a determinadas formas regulativas que satisfacen de mejor manera finalidades normativas del derecho internacional privado, en contraste con otras estrategias regulatorias emprendidas por los Estados frente al fenómeno de globalización. El ejercicio de análisis comparativo recaído en los diferentes modos de producción de las normas jurídicas a cargo de los actores públicos y privados, adscribirían importancia relativa en favor de la ordenación autonómica del contenido normativo de las relaciones internacionales, prefiriéndose así la distribución por los sujetos privados del riesgo inmanente a su vinculación, desde un comienzo. Esta tendencia, en fin, revelaría un cambio de orientación del modelo entre las interacciones de Estados e individuos, movilizadas por la expansión de las fuerzas que entraña la globalización.

Para sostener esta aguda aseveración, el profesor Basedow divide su libro en tres partes, cada una desarrollada a través de profusos capítulos y subdistinciones que defienden un estilo comparativo y analítico en diversas dimensiones. En lo general, se trata de cotejar el despliegue jurídico de la actividad normativa pública frente a lo privado detectando compatibilidades y tensiones. Y, en lo especial, se trata de situar cada institución jurídica de derecho internacional privado en su posición adecuada respecto de sus propios límites y efectos de instituciones colindantes, de modo de hacerla funcionar como mejor se adecue a las vinculaciones multinacionales privadas. Conviene, sin embargo, para no perder el estilo global de la obra, referirse a su división tripartita.

En la primera parte, se constata, con notable acuciosidad, el paso de las sociedades cerradas formadas al interior de los Estados nacionales como punto de partida, a la proliferación en el mundo de lo que da en llamar “sociedad abierta”. El concepto tiene rastro intelectual en las expresiones vitalistas de la filosofía de Henri Bergson, luego replicada en el liberalismo de Karl Popper, que describen, en general, formaciones sociales con instituciones políticas flexibles, que han reconocido individualidad en el ser humano y lo han desembarazado de presiones colectivas o autoritarias. La sociedad abierta se actualiza en el mundo de hoy a través de la apertura de fronteras que impone el mundo globalizado y sus signos: la circulación global de bienes y servicios, el movimiento de capital que comporta la inversión extranjera, el aumento de la migración y la proliferación de innovación tecnológica.

Regidas estas expresiones bajo un principio de entera libertad, han generado consecuencias deficitarias para la concentración del poder de producción normativa de los Estados, a la vez que han servido a la génesis de vinculaciones sin localización delimitada en el seno del Estado nacional; fuera, por lo tanto, de su competencia reguladora, y en tensión, como es de suponer, con la elección privada de factores de conexión. Frente a esta realidad, el agente estatal ha experimentado una notoria pérdida de influencia como regulador de barreras a la actividad mercantil internacional, en la aplicación extraterritorial de sus normas, manteniendo resguardo tutelar en normas internacionales mínimas. Este declive explica el paso a la unificación y armonización jurídica, coordinación mediante normas comunes de derecho de internacional privado y cooperación procesal entre Estados.

En la segunda parte, el autor describe manifestaciones expresas del fenómeno de ordenación privada las que concibe ancladas no solo en la coexistencia de soluciones legales diversificadas en los ordenamientos estatales, sino que también, afectadas por la generación espontánea de reglas de origen en diversos sectores de las economías. El pluralismo normativo, como es sabido, exhibe desajustes con las formas estructurantes de las economías promovidas por los Estados, y por ello, se pasa a revista a soluciones para superar la discusión a lo meramente público y privado. Para expresar esta tensión constante entre la autonomía y heteronomía jurídica, el autor describe hondamente tendencias reguladoras del comercio de exportación y el turismo de exportación. Pero sin duda, lo

que parece central, es el esbozo de una completa reconstrucción teórica del principio de autonomía conflictual especificándose sus reconocimientos dogmáticos en ordenamiento positivos, límites y principales objeciones que han fundamentado expresiones típicas de la elección por los particulares de la ley aplicable a la relación jurídica, a saber, la soberanía del Estado, el orden público, el efecto no vinculante de contratos externos a un ordenamiento jurídico y el principio de protección de la parte débil en términos de poder de la relación transnacional.

Se acompaña a todo ello, una batería de análisis en la que se viene a sustentar la libertad de elección de ley aplicable por los particulares y que reconoce presente desde la filosofía de la ilustración hasta expresiones de libertad como orbita tutelada por el discurso de los derechos humanos. Este enfoque general de la teoría es luego contrastado en materias de la así denominada parte especial del derecho internacional privado, incursionándose en nuevas orbitas donde el principio requeriría trazar límites. Así, se explora el autor sobre relaciones contractuales que implican terceras personas, el derecho internacional delictual, el derecho de propiedad, los títulos valores, la propiedad, el derecho de las personas, el derecho de familia, las sucesiones y el derecho procesal, y en general —a lo que dedica un apartado especial—, el derecho patrimonial europeo. Al momento de tratar materias vinculadas a la libertad de elección de ley, es bastante destacable, además, que el autor haya sumado a su investigación un exhaustivo referente a la elección indirecta de la ley aplicable, cuando es usual que sea omitida en estudios de menor extensión y directamente tachados por desvirtuar auténticas zonas de la autonomía privada. El Dr. Basedow, sin embargo, se ha inclinado a estudiar lo que denomina como conexiones deliberadas, tratando de dilucidar un campo operacional legítimo en relación a factores de conexión concretos y principios que la rigen y conectando sus límites a la teoría del fraude a la ley.

En la tercera parte de esta investigación, el profesor Basedow estudia las formas de manifestación de la regulación pública del Estado en torno a la actividad transfronteriza tanto en sus proyecciones internas, como en aquella que concreta su política exterior. En esta perspectiva general de la regulación pública, pone acento en los objetivos normativos propios de la heteronomía estatal no solo en la esfera de las relaciones internacionales entre sujetos particulares, sino que también —esto es novedoso— en las relaciones internacionales de los Estados y en el derecho internacional público. Prueba de aquello es que se materializan estas direcciones publicísticas a propósito del estudio de restricciones en el comercio exterior, los embargos internacionales y las leyes de bloqueo interestatales. Sin embargo, la perspectiva privatista luego es recuperada al estudiarse el grado de intervención del actor público ante relaciones privadas asimétricas. Para ello, el autor hace pie en el rasgo de debilidad que enfrenta uno de los sujetos partícipe de la vinculación, cuyo origen rastrea en supuestos de falta de información, o bien, en el dominio de mercado a que queda expuesto por el operar de sus fuerzas.

Todas estas consideraciones son analizadas en contraste a la contratación del trabajo y la protección del consumidor. Al revisar la materia laboral, el autor examina condiciones sustanciales que asume la regulación de relaciones laborales transfronterizas en conjunto a manifestaciones históricas que propiciaron regulación semejante. En ese entendido, se exponen diversas orientaciones técnicas de la reglamentación del trabajo multinacional, el grado de intervención que dejan traslucir esos enfoques y sus consagraciones dogmáticas en el modelo europeo y estadounidense. En general, el estudio comparativo entre perspectivas bilateralistas y unilateralistas es también emprendido a la hora de estudiar el modo protección al consumidor en el escenario multinacional. Sin embargo, sobre este último aspecto, el autor aparece más interesado en problematizar cuestiones conceptuales vinculadas a la definición misma de la noción de consumidor y las zonas donde resulta legítimo premunirse de aquella categoría.

Termina el autor proponiendo un estudio sistemático sobre las normas imperativas cuya razón de ser las entiende en el resguardo de principios fundamentales colectivos, sociales y de directrices éticas. Sobre este terreno, elabora una teoría de las normas distinguiendo razones y direcciones que darían lugar a la imperatividad al abrigo de diversas reglas integrantes del derecho internacional privado (las de orden público y las de policía). A esto se adiciona un originalísimo acápite dedicado al análisis sobre la observancia de las normas imperativas extranjeras como directivas destinadas a la

obtención de respeto de valores ínsitos en culturas foránea. Se alcanza a especificar, a título ejemplar, el respeto a las monedas extranjeras, la protección de bienes culturales extranjeros y la protección de la competencia en los mercados extranjeros.

El libro del professor Basedow no es simplemente un libro. Es, en verdad, el fruto de una vida entera entregada a la investigación científica, seria y profunda, del Derecho internacional privado en la sociedad actual, mostrándonos el cambio brutal que ha experimentado la sociedad durante los últimos 30 años producto de la globalización, el uso de internet y el desarrollo de las tecnologías de intercambio de información, invitándonos a repensar completamente los métodos y los objetivos que debe perseguir el Derecho internacional privado –tanto en su enseñanza como en la forma en que puede y debe utilizado por los operadores jurídicos–; disciplina que, además, está llamada a liderar la regulación de las relaciones privadas internacionales en sociedades abiertas y no cerradas en donde el respeto irrestricto a la identidad y diversidad cultural del ser humano constituye la piedra angular en la búsqueda de soluciones justas.

Solo queda agradecer la generosidad que ha tenido el profesor Basedow de autorizar la publicación de este libro que, sin lugar a dudas, por la profundidad de las ideas, pensamientos y propuestas que nos entrega, será un aporte importante para el desarrollo progresivo del Derecho internacional privado chileno y latinoamericano.

Eduardo Picand Albónico\*

---

\* “Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. Profesor Universidad de Chile”.

**II.- JÜRGEN BASEDOW, GIESELA RÜHL, FRANCO FERRARI Y PEDRO DE MIGUEL ASENSIO. ENCYCLOPEDIA OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, 4 VOLÚMENES, EDWARD ELGAR PUBLISHING, REINO UNIDO, 2017.**

La “Encyclopedia of Private International Law” constituye una obra monumental y de referencia obligada para cualquier investigación relacionada con el Derecho Internacional Privado. En poco menos de cuatro mil doscientas páginas reúne contribuciones de 195 especialistas provenientes de 57 países, las que ilustran el estado actual de la materia en forma comprensiva y a nivel global.

El contenido está distribuido en cuatro tomos. Mientras que los dos primeros contienen entradas temáticas ordenadas en forma alfabética, el tercero incluye 80 reportes nacionales y el cuarto ofrece al lector las versiones en inglés -a veces inéditas- de textos normativos relacionados con los reportes nacionales contenidos en el tercer tomo. Todas las contribuciones están redactadas exclusivamente en inglés.

La edición de la obra fue trabajo de los destacados juristas Jürgen Basedow, director del Max Planck Institute de derecho Comparado y Derecho Internacional Privado (Hamburgo, Alemania), Giesela Rühl, Profesora en la Universidad Friedrich Schiller de Jena (Jena, Alemania), Franco Ferrari, Profesor en la Universidad de Nueva York y Director del Center for Transnational Litigation, Arbitration and Commercial Law (Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica) y Pedro de Miguel Asensio, Profesor en la Universidad Complutense de Madrid (Madrid, España).

Dada la magnitud de la obra y por su propia naturaleza, resulta imposible hacer una revisión exhaustiva de su contenido. Sin embargo, se puede hacer un bosquejo general. Los dos primeros tomos contienen 247 entradas temáticas que cubren un amplio espectro de materias. Naturalmente están “los clásicos” del Derecho Internacional Privado como el Reenvoi (contribución de Michael Sonnentag), Choice of Law (contribución de Jürgen Basedow), Classification (characterization) (contribución de Stefania Bariatti) o Public policy (ordre public) (contribución de Ioanna Thoma), entre otros.

Adicionalmente, hay varias entradas que se refieren a biografías de autores o juristas relevantes en la disciplina como Antonio Sánchez de Bustamante (contribución de Jürgen Samtleben), Werner Goldschmidt (contribución de Mario JA Oyarzábal), Bartolus (contribución de Pietro Franzina) o Friedrich Carl von Savigny (contribución de Michael Sonnentag). Otras entradas se refieren a temas regionales como European Union and private international law (contribución de Jan-Jaap Kuipers) o asuntos domésticos como el Restatement (First and Second) of Conflict of Laws (contribución de Symeon C. Symeonides); otras dicen relación con cuestiones históricas como History of Private International Law (contribución de Kurt Siehr) y otras con temas más contingentes como Same-sex marriages (contribución de Walter Pintens and Jens M Scherpe).

El tercer tomo reúne 80 informes nacionales que tienen por objeto dar cuenta de las particularidades de cada uno de los ordenamientos jurídicos analizados y de su contenido específico en materia de Derecho Internacional Privado.

El capítulo chileno fue realizado por Eduardo Picand Albónico, Profesor en la Universidad de Chile y Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. En su informe, el Prof. Picand aborda, en primer lugar, el concepto y las fuentes del Derecho Internacional Privado según el ordenamiento jurídico chileno. En este sentido destaca que el derecho internacional privado chileno abarca cuestiones de competencia judicial internacional, derecho aplicable, reconocimiento de

decisiones y sentencias extranjeras y de cooperación internacional. Luego, en materia de competencia judicial internacional destaca el rol de los tribunales chilenos a falta de legislación expresa que la regule. Lo sigue un exhaustivo análisis del derecho aplicable y culmina con el reconocimiento de sentencias extranjeras y cooperación internacional.

Finalmente, el cuarto tomo de la Encyclopedia cierra con los textos de diversas legislaciones domésticas traducidas al inglés, cuya utilidad resulta obvia y no requiere de mayor explicación. Cabe destacar eso sí, que algunas de estas versiones traducidas son inéditas.

No queda más que sacarse el sombrero ante esta empresa titánica. Como ya señalé, son casi cuatro mil doscientas páginas en las que se reunieron contribuciones de 195 autores provenientes de 57 países; que contienen 247 entradas temáticas ordenadas alfabéticamente; 80 informes nacionales y diversas versiones en inglés de legislaciones nacionales.

Me parece que resulta difícil cuestionar que “Encyclopedia of Private International Law” constituye el libro de referencia por excelencia en la materia.

Sebastian Coulon Bauer\*

---

\* “Ayudante de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Chile”.

III JORNADAS ADIPRI  
ASOCIACIÓN CHILENA  
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO  
SANTIAGO DE CHILE, 24 NOVIEMBRE DE 2016  
UNIVERSIDAD DE TALCA,  
CAMPUS SANTIAGO (QUEBEC 415, PROVIDENCIA)  
NUEVOS RETOS PARA EL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO CHILENO EN UN MUNDO GLOBALIZADO



**Jueves 24 de noviembre**

8:30 – 9:00 Inscripciones y recepción

9:00 – 9:15 **Palabras de bienvenida**

- Dra. M. Fernanda Vásquez Palma (Directora Proyecto Anillo MASC-Chile. Secretaria General de la Universidad de Talca)
- Mg. Eduardo Picand Albónico (Presidente ADIPRI. Profesor U. de Chile)

9:15-9:30

- **Hugo Dolmestch Urra**. Presidente de la Excma. Corte Suprema.

“Sobre los jueces y la aplicación del Derecho internacional privado”.

9:30 – 10:00 **Conferencia magistral de apertura**

**Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow, LL.M. (Harvard University)**. *“International Commercial Contracts”*. Director del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law de Hamburgo.

**Primer panel: Contratos internacionales**

10:00 – 11:00

- Mg. Rodrigo Gil. *Análisis crítico de la actual regulación de los contratos internacionales en el Código Civil chileno de 1855 y en leyes especiales*. (U. de Chile).
- Dra. María Fernanda Vásquez. *La Convención de Viena de 1980 y su aplicación como lex mercatoria en el arbitraje comercial* (PUC Valparaíso y U. de Talca)
- Dra. Elina Mereminskaya. *Derecho no estatal para los contratos internacionales* (U. Adolfo Ibañez)

Moderador: Eduardo Picand (Universidad de Chile)

11:20 – 11.40 **Pausa de café**

**Segundo panel: La responsabilidad civil ante el Derecho Internacional Privado chileno y comparado**

11:40 – 13:00

- Dr. Alfredo Ferrante. *Responsabilidad civil por accidentes de circulación transfronterizo* (Universidad Alberto Hurtado).



- Dra. Adriana Dreyzin de Klor. *Responsabilidad civil transfronteriza. A propósito del nuevo Código Civil argentino* (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)
- Dra. Pía Moscoso Restovic. *Daño plurilocalizado: Problemas de determinación del daño directo* (Universidad de Atacama).

Moderador: Dr. Rodrigo Barcia (Universidad Finis Terrae)

13:00 – 14:45 **Almuerzo (libre)**

**Tercer panel: El procedimiento de insolvencia transfronteriza en Chile. A propósito de la ley N° 20.720. Aplicación práctica en Chile.**

15:00 – 16:15

- Dr. Mauricio Baquero (Colombia). *La Ley N° 20.720 y el procedimiento de insolvencia transfronteriza.*
- Dra. María Elsa Uzal: *Los procedimientos de insolvencia transfronteriza en Derecho comparado.* (Universidad de Buenos Aires).
- Sr. Nicolás Velasco. *El instructivo SIR N° 1-2016 sobre tramitación de los procedimientos de insolvencia transfronteriza en Chile y algunos aspectos a resolver de la actual legislación*”.

Moderador: Raúl Campusano (U. del Desarrollo)

**Cuarto panel: La e-apostilla y su utilización en Chile. Un modelo para América Latina.**

16:15 – 16:45

- Dr. Ignacio Goicoechea. *La Convención de La Haya de 19621 sobre La Apostilla* (Representante de la Conferencia de La Haya para América Latina).
- Mg. Carlos Bellei. *Legalización de documentos y e-apostilla por parte de los abogados* (MINREL – Universidad Alberto Hurtado)

Moderador: Mg. Ignacio García (PUC)

16:45 – 17.00 **Pausa de café**

**Quinto panel: Chile y los nuevos desafíos en materia de Derecho Internacional privado.**

17:00 – 18:00

- Mg. Eduardo Picand. *La enseñanza práctica del Derecho internacional privado en Chile.*
- Mg. Pablo Cornejo. *¿Hacia una ley de derecho internacional privado? Desafíos a resolver desde una perspectiva comparada.*

Moderador: Carlos Villarroel (PUC)

18:30 Clausura.

**AUSPICIADOR:**

Proyecto Anillo MASC CHILE. Conicyt PI

A Chile, SOC 1406



[www.mascchile.atalca.cl](http://www.mascchile.atalca.cl)



Dr. María Elsa Uzal: profesora de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Exponiendo sobre: *Los procedimientos de insolvencia transfronteriza en Derecho comparado*.



Hugo Dolmestch Urrea: Presidente de la Excma. Corte Suprema de Justicia. Exponiendo sobre: *“Los jueces y la aplicación del Derecho internacional privado”*.



Jürgen Basedow: Director del Max Planck Institute for Comparative and International Private Law de Hamburgo. Exponiendo sobre: *“International Commercial Contracts”*.



# NOTICIAS

---



## UNIVERSIDADES CHILENAS PARTICIPAN EN COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

En la ciudad de Buenos Aires (Argentina), entre los días 21 y 25 de septiembre de 2017, se llevó a cabo “**La X Competencia Internacional de Arbitraje**”. Esta décima versión del torneo organizada por la Universidad de Buenos Aires- UBO- (Argentina) y la Universidad del Rosario de Bogotá (Colombia), contó con la participación de 48 Universidades de América y con instituciones europeas.

Chile no se quedó atrás, tanto la Universidad de Chile, la Pontificia Universidad Católica, y la Universidad Alberto Hurtado, se hicieron presente con sus respectivas delegaciones de Coachs y estudiantes; logrando una connotada participación la Universidad de Chile, quedando dentro de los cinco mejores puestos. Así la delegación Universidad de Chile, liderada y dirigida por el profesor de Derecho Internacional Privado, Eduardo Picand Albónico, obtuvo mención por la elaboración de la contestación de la demanda, obteniendo **el quinto lugar**, mientras que, en cuanto a la elaboración de la demanda se quedó con **el séptimo lugar**.

### DELEGACIÓN DE UNIVERSIDADES CHILENAS Universidad de Chile



Equipo: dirigido por el Profesor de Derecho Internacional Privado, Eduardo Picand, quien contó con la colaboración de sus ayudantes Camila Quintana, Dione Meruane y Sebastián Coulon, además de la participación del académico del Departamento de Derecho Internacional, Sergio Cortés.

**UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO**



Equipo: dirigido por los profesores de Derecho Internacional Privado Sr. Pablo Cornejo y Sr. Carlos Bellei.

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA**



Equipo: dirigido por la profesores Rodrigo Bordachar y Josefina Silva.

## **ADIPRI, MINISTERIO DE JUSTICIA Y FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE, SUSCRIBEN CONVENIO PARA LA ELABORACIÓN DE UN TEXTO BASE PARA IMPULSAR LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA CHILE**

En una emotiva ceremonia llevada a cabo el 02 de octubre de 2017, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI), suscribieron un Convenio destinado a la elaboración de un texto técnico que sirva de Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado.

Esta iniciativa contempla la creación de una comisión técnica integrada por catedráticos y expertos en Derecho Internacional Privado, quienes tendrán a su cargo la tarea de estudiar, analizar y redactar un texto que regule las materias más trascendentales de esta área del Derecho.

El Convenio fue firmado por el Sr. Eduardo Picand Albónico (Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado); Sr. Davor Harasic (Decano de la Facultad de Derecho de Universidad de Chile) y Sr. Jaime Campos (Ministro de Justicia y Derechos Humanos).



En la firma del Convenio: Ministro de Justicia y Derechos Humanos, don Jaime Campos; Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Davor Harasic, y el Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, don Eduardo Picand.



Dentro del trabajo planificado para dar cumplimiento al convenio, ADIPRI convocará a una comisión técnica de especialistas de distintas universidades chilenas que trabajarán en el texto, convocando de igual forma a representantes del Poder Judicial, oficinas de abogados y Cámaras de Comercio.

Según se explicó en la ceremonia, el texto se hará cargo de regular las relaciones privadas internacionales en temas de relevancia como la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos; Derecho aplicable; contratos internacionales; sucesión internacional; reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones; cooperación jurídica internacional; entre otras.

# CONVOCATORIA

---



## CONVOCATORIA

La Universidad de Atacama será la sede de las IV Jornadas ADIPRI (7 y 8 de diciembre de 2017, en la ciudad de Copiapó y balneario de Bahía Inglesa, respectivamente).

La Universidad de Atacama fue fundada en el año 1875, como la primera Escuela de Minas del continente. La formación entregada en la ciudad de Copiapó pronto se extendió a estudiantes provenientes de Argentina y Bolivia, bajo la importante influencia del científico Ignacio Domeyko, padre de la minería en Chile.

En 1981, la Sede Copiapó de la Universidad Técnica del Estado se transformó en el Instituto Profesional de Copiapó, hasta el 26 de Octubre del mismo año, fecha en que se crea la Universidad de Atacama.

La Universidad de Atacama es una institución de Educación Superior de carácter regional, que imparte docencia de pre-grado, postítulo y postgrado en todas las áreas del conocimiento.

Uno de sus focos institucionales es la vinculación con la comunidad, organizaciones públicas y privadas, entidades académicas y científicas, nacionales y extranjeras promoviendo actividades de extensión y vinculación.

En este contexto, este año 2017 será anfitriona de las IV Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Las Jornadas se desarrollarán en las ciudades de Copiapó (Copayapu 485, Campus Sur) y Bahía Inglesa (Av. El Morro 888)

Este año, las Jornadas se han articulado en base a dos grandes líneas:

- 1.- Contratación Internacional, Temas actuales.
- 2.- Responsabilidad Internacional en la Actividad Minera.

Este año estarán entre sus ponentes se encuentran: Don Eduardo Picand Albónico, Presidente de ADIPRI; Don Pablo Cornejo Aguilera, Secretario General de ADIPRI; Doña. Pía Moscoso Restovic, Anfitriona de la Universidad de Atacama. Invitados especiales: Don Gilberto Luis Boutin Icaza y Don Esteban Ovalle Andrade. Participan los académicos Juan Ignacio Contardo y Vera Viegas Liquidato, así como estudiantes de postgrado.





## INVITACIÓN

**CELSO ARIAS MORA**, Rector Universidad de Atacama, **PIA MOSCOSO RESTOVIC**, Coordinadora de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Atacama, y **EDUARDO PICAND ALBÓNICO**, Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado, saludan atentamente a usted y tienen el agrado de invitarle a las “*IV Jornadas de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado*”, que tendrán lugar en las ciudades de **Copiapó y Bahía Inglesa de Chile**, los días **7 y 8 de diciembre del 2017**, en el Salón de Juicio Oral de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Campus Sur (Copayapu 485, Copiapó) y Salón de Eventos del Hotel Rocas de Bahía (Av. El Morro 888, Caldera).

Esperamos contar con su presencia en esta importante actividad académica.

Noviembre de 2017

S.R.C.: Email: [jornadas.adipri@uda.cl](mailto:jornadas.adipri@uda.cl)



