

CLÁUSULAS ARBITRALES EN CONTRATOS INTERNACIONALES. ASPECTOS PRÁCTICOS

GONZALO CORDERO ARCE*

RESUMEN: El presente artículo trata los principales aspectos que deben considerarse en la redacción de cláusulas arbitrales en contratos internacionales, incluyendo algunas recomendaciones que conviene tener en cuenta en el caso de contratos o negocios que tienen ciertas características especiales, como la plurilateralidad de las partes o el caso de negocios en que existen contratos relacionados.

Palabras clave: cláusulas arbitrales, arbitraje comercial, internacional, contratos internacionales.

ABSTRACT: This article deals with the main aspects that should be considered when drafting arbitration clauses in international contracts. Its also includes some recommendations as regards to what is to be taken into account in those contracts or businesses with special characteristics such as contracts with many participants or businesses which involve related contracts.

Key words: arbitration clauses, commercial arbitration, international arbitration, international contracts.

El uso de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales se ha ido haciendo cada vez más frecuente, llegando hoy en día a ser prácticamente la norma. Lo anterior es una consecuencia lógica de la apertura de la economía chilena al comercio internacional y la inversión extranjera, como asimismo al hecho de que empresarios chilenos estén invirtiendo en el extranjero.

Chile sigue así la tendencia predominante hoy en gran parte del mundo, cual es que a medida que el comercio y la inversión aumentan, lo mismo ocurre con el uso de cláusulas arbitrales en los contratos internacionales. Esta tendencia se ha visto reflejada en el importante aumento en el número de causas arbitrales llevadas en los últimos años ante centros internacionales de arbitraje como la Cámara de Comercio Internacional en París (CCI) o el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington D.C.

El recurrir al arbitraje permite a las partes en un contrato internacional el contar con un foro neutral, pues generalmente las partes no estarán dispuestas a someter sus controversias a la jurisdicción de su contraparte. Por lo demás, dado que en muchas ocasiones el derecho aplicable a un contrato internacional no es el derecho del foro, no es aconsejable el tener a jueces locales, que han sido preparados solo para aplicar el derecho nacional y es bajo esos parámetros que acostumbran a juzgar, resolviendo una disputa sometida a un derecho extranjero.

* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile, Master of Laws Columbia University, N.Y. Profesor del Magíster en Derecho Internacional ofrecido por la Universidad de Chile y la Universidad de Heidelberg.

Del mismo modo, puede ser ventajoso el someter las disputas al arbitraje internacional en vez de a la jurisdicción local si es que se requiere obtener el cumplimiento de lo resuelto en una jurisdicción distinta de aquella en la que se ha llevado el juicio. En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (también conocida como "Convención de Nueva York")¹, facilita la ejecución, en los países firmantes, de los laudos dictados en el territorio de otros países firmantes, y ha sido ratificada en la mayor parte de los países del mundo. Por el contrario, no existe un tratado multilateral relativo al reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras.

Del mismo modo, por regla general el arbitraje permite a las partes una flexibilidad y control sobre el procedimiento del que carecen en el caso de un litigio ante tribunales ordinarios. Así, las partes pueden, por ejemplo, renunciar a los recursos o limitarlos, abreviando de esta forma el procedimiento.

Otro aspecto que puede ser ventajoso en el arbitraje es el carácter privado del mismo, a diferencia del carácter público que tienen los litigios ante los tribunales ordinarios de un país, evitándose así que los negocios o intereses de las partes se vean innecesariamente expuestos.

Ahora bien, para aprovechar al máximo las ventajas de un arbitraje es necesario ser cuidadoso en la redacción de la cláusula arbitral, y tomar en consideración diversos factores que pueden ser relevantes en el curso del arbitraje. Si bien esto puede aparecer como obvio, es frecuente que se incluyan en los contratos cláusulas defectuosas o imprecisas, que pueden originar controversias relativas a cuestiones de jurisdicción, o peor aún, pueden llevar a que el laudo arbitral sea imposible de ejecutar.

Uno de los errores que se cometen con mayor frecuencia en la redacción de cláusulas arbitrales es el no indicar elementos tales como el número de árbitros, la sede del arbitraje o el idioma del mismo. Otros errores que pueden afectar a las cláusulas arbitrales son el no señalar claramente si todas las disputas que deriven o guarden relación con un contrato serán sometidas a arbitraje, o la ambigüedad con respecto a las reglas de arbitraje seleccionadas.

Algunos de estos errores se pueden prevenir utilizando las cláusulas modelo sugeridas por centros de arbitraje tales como la CCI, la American Arbitration Association (AAA) o la London Court of International Arbitration (LCIA). Sin embargo, aun en estos casos se requiere un análisis y consideración de ciertos elementos para obtener el máximo beneficio de la cláusula arbitral.

Este artículo tiene por objeto el describir y analizar algunos de estos elementos que es necesario considerar cuando se está redactando una cláusula arbitral en un contrato internacional. Dichos elementos se pueden clasificar como esenciales, recomendables y opcionales. Previo a esto, sin embargo, se analizará la conveniencia de recurrir a un arbitraje institucional o a un arbitraje *ad hoc*.

¹ La Convención de Nueva York fue ratificada por Chile y es ley de la República: Decreto 664 de 2 de octubre de 1975, publicado en el *Diario Oficial* de 30 de octubre de 1975.

1. ARBITRAJE INSTITUCIONAL O ARBITRAJE AD HOC

Una de las primeras determinaciones que deben adoptarse al redactar una cláusula arbitral es si se someterán las disputas que puedan surgir a un arbitraje de carácter institucional o a un arbitraje *ad hoc*.

Arbitraje institucional es aquel que se sujeta a las reglas de algún centro de arbitraje, como la CCI, la LCIA o la AAA, y en el cual las partes pagan a la institución para que los auxilie, en conformidad a sus reglas, en el inicio del arbitraje y la constitución del tribunal arbitral, así como en labores administrativas tales como el pago de los honorarios de los árbitros, notificaciones, etc.

El arbitraje *ad hoc* es aquel que es conducido por las partes y el árbitro sin el auxilio de una institución o centro de arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior existen arbitrajes *ad hoc* en los que hay presencia institucional. Esta puede estar dada porque las partes eligen someterse a ciertas reglas como por ejemplo, las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, sin que exista una institución administrando estas reglas, o bien pueden las partes designar una institución para que efectúe el nombramiento del o de los árbitros. A este respecto, por ejemplo, la CCI puede actuar como el ente a cargo de designar al tribunal arbitral.

Cuando convenga utilizar uno u otro dependerá de las particularidades de cada caso. Sin embargo, como regla general puede establecerse que, salvo aquellos casos en que se trata de relaciones contractuales que se prolongaran en el tiempo, en que por tanto las partes tendrán un incentivo para conducir el arbitraje de buena fe, y de partes que tienen experiencia en la conducción de procesos arbitrales, el recurrir al arbitraje institucional es la opción más eficiente. Ello, por las razones siguientes:

a) *Existencia de reglas de procedimiento ya probadas*: Los centros arbitrales tienen reglas de procedimiento conforme a las cuales se conduce el arbitraje. Estas reglas han sido probadas y perfeccionadas por la experiencia de los cientos o miles de casos que han sido resueltos conforme a ellas. De este modo, las partes no tienen que darse sus propias reglas para conducir el procedimiento arbitral, con lo que disminuye considerablemente el riesgo de que se produzcan situaciones no previstas por las partes o los árbitros, lo que puede derivar en la intervención de la justicia ordinaria, precisamente lo que las partes han querido evitar al recurrir al arbitraje.

Este mismo beneficio puede obtenerse en un arbitraje *ad hoc* si es que las partes acuerdan regirse por las normas de la CNUDMI, las que no se relacionan con ninguna institución arbitral.

En el caso de un arbitraje internacional cuya sede sea Chile, la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, que es una copia casi idéntica de la Ley Modelo de la CNUDMI², autoriza a las partes a someterse a reglas de arbitraje institucionales³.

² Debe tenerse presente que además de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional, existen las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

³ Artículo 2 (e). La Ley 19.971 se aplica solo respecto de arbitrajes cuya sede sea Chile.

b) *Aspectos administrativos*: Las instituciones arbitrales generalmente se hacen cargo de una serie de aspectos administrativos tales como actuar como conducto de los escritos de las partes; la comunicación con los árbitros; el disponer de salas de audiencia o de servicios para realizar conferencias telefónicas; velar porque se paguen los costos y honorarios de los árbitros, etc.

En un arbitraje *ad hoc* toda esta carga administrativa recae sobre las partes y los árbitros, lo que puede generar contratiempos o situaciones que pueden ser incómodas, como es que las partes tengan que negociar con el o los árbitros sus honorarios.

c) *Ventajas respecto de la ejecución del laudo*: Por lo general, en aquellos casos en que se debe solicitar el cumplimiento forzado del laudo ante un tribunal local, estos se muestran más deferentes respecto de los laudos que han sido obtenidos en un proceso seguido conforme a las reglas de un centro de arbitraje conocido. Esto es particularmente cierto en el caso de la CCI, la que somete todos los laudos a una revisión de aspectos formales y de fondo por un cuerpo de consejeros de la institución⁴.

Las desventajas que generalmente se atribuyen a los arbitrajes institucionales están dadas por los costos de los mismos y por su aparente falta de flexibilidad. Los centros de arbitraje cobran una tarifa por los servicios que prestan, la que en ciertos casos –como la CCI y la AAA– se establece en función del monto de la disputa y en otros –como la LCIA– en función del tiempo destinado al caso en cuestión. Por ejemplo, en el caso de la CCI, para arbitrajes cuyos montos fluctúan entre el millón y los 2 millones de dólares, la tarifa es de US\$ 16.800 más el 0,7% de la suma que exceda el millón de dólares. La LCIA cobra un cargo por el registro del arbitraje, correspondiente a 1.500 libras esterlinas, más un cobro por las horas destinadas al arbitraje.

Estas sumas pueden parecer elevadas, más aún si se considera que a las mismas deben sumarse los honorarios de los árbitros. Sin embargo, los montos de las tarifas cobradas por los centros de arbitraje son solo una parte muy pequeña de los costos de un arbitraje, los que están dados en gran medida por los honorarios de los abogados y de los árbitros. Con relación a esto último, debe también tenerse presente que los centros de arbitraje establecen tablas conforme a las cuales deben calcularse los honorarios de los árbitros, limitando de este modo el monto de los mismos. De este modo, se evita que los costos por honorarios de los árbitros se disparen, lo que podría suceder en un arbitraje *ad hoc* en que los árbitros cobren sus honorarios según la tarifa horaria que cobran habitualmente en sus labores como abogados.

⁴ Reglamento de Arbitraje CCI, Artículo 27: "Antes de firmar un Laudo, el Tribunal Arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Esta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún Laudo podrá ser dictado por el Tribunal Arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte".

2. REDACCIÓN DE UNA CLÁUSULA ARBITRAL

A) ELEMENTOS ESENCIALES

Una primera regla a considerar al redactar una cláusula arbitral es que esta debe ser simple. En muchas ocasiones el agregar demasiados elementos puede llevar a controversias adicionales entre las partes.

Por ello, un buen punto de partida es el utilizar las cláusulas modelo de los centros de arbitraje, las cuales contienen los elementos esenciales con que debe contar cualquier cláusula arbitral.

Por ejemplo, la CCI sugiere la siguiente cláusula:

"Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento".

Por su parte la LCIA sugiere esta cláusula:

"Cualquier controversia surgida de o en relación con este contrato, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción, se someterá y será finalmente resuelta mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la LCIA, Reglamento que se entiende incorporado por referencia a esta cláusula".

Estas cláusulas tienen un lenguaje similar, y en ellas están presentes los siguientes elementos que podríamos considerar como esenciales:

- Se designa claramente el arbitraje como método de solución de controversias, al señalar que la controversia será resuelta *"de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje"*. A veces sucede que se designa una institución arbitral pero no se especifica el método de solución de controversias y se genera un problema pues muchas de las instituciones contemplan distintos métodos (por ejemplo, arbitraje y mediación).
- Se establece el ámbito de aplicación de la cláusula. En el caso particular de las cláusulas transcritas el ámbito de aplicación es amplio: *"Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con este..."*, *"Cualquier controversia surgida de o en relación con este contrato, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción..."*. El ámbito de aplicación puede también limitarse solo a determinadas controversias, pero si se hace así debe dejarse claramente establecido a qué controversias se aplica, de modo de evitar conflictos posteriores a este respecto.
- Se hace una referencia clara a la institución arbitral a la que se someterá el litigio. No es inusual encontrarse con cláusulas arbitrales en las que se cometen errores a este respecto.

- Se establece el carácter vinculante del arbitraje, señalando que las disputas serán *resueltas definitivamente* o *finalmente resueltas*. Que sea vinculante significa que el laudo arbitral resolverá la controversia en forma obligatoria para ambas partes y que puede ser ejecutado por un tribunal local en contra de la parte perdedora. El sometimiento a las reglas de arbitraje de los centros también le otorga un carácter vinculante al arbitraje, pues las normas de estos centros así lo establecen⁵. Las palabras "final" o "finalmente" usadas en cláusulas arbitrales se ha entendido que significan la renuncia de las partes al ejercicio de recursos contra el laudo arbitral⁶.
- Se establece el carácter exclusivo del arbitraje. Ello se hace usando la forma imperativa: "*serán resueltas*", "*se someterá y será finalmente resuelta*". Un error que suele ocurrir a este respecto es que la cláusula se redacte en lenguaje facultativo ("*podrán ser resueltas mediante arbitraje*"), lo que abre la posibilidad de un litigio paralelo ante la justicia ordinaria.

Los elementos que se han señalado como esenciales deben estar presentes tanto en aquellos casos en que se contempla el arbitraje institucional como en los casos de arbitraje *ad hoc* (en este último caso, con la excepción obvia de la referencia a la institución arbitral). El carácter esencial de estos elementos está dado pues su ausencia puede implicar el que la cláusula devenga en ineficaz o se haga imposible su cumplimiento.

Otro requisito esencial de una cláusula arbitral es que debe constar por escrito. Así lo establece expresamente la Ley 19.971 en su artículo 7(2) respecto de los arbitrajes con sede en Chile. La misma exigencia se contempla en la Convención de Nueva York⁷.

Por último, debe tenerse presente que las "cláusulas modelo" referidas más arriba si bien contienen los elementos mínimos indispensables que debe tener toda cláusula arbitral en un contrato internacional, puede que no contengan todos los elementos necesarios o que convendría considerar respecto de una determinada situación o contrato. En efecto, en vez de insertar automáticamente una cláusula modelo las partes deben considerar las particularidades del negocio de que se trate y analizar si es esta cláusula la que mejor se ajusta al mismo. En muchos casos será así, pero en otros puede ser conveniente considerar la incorporación de otros elementos para obtener el mejor provecho del procedimiento de resolución de controversias. Por ejemplo, si se trata de una relación contractual que se va a extender en el tiempo, puede que convenga establecer que previo al arbitraje se proceda a una negociación o mediación, de modo de evitar que

⁵ Ver por ejemplo el artículo 28.6 de las Reglas de Arbitraje de la CCI: "*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*". Ver también artículo 26.9 de las Reglas de Arbitraje de la LCIA.

⁶ BISHOP (2000) p. 29. Las reglas arbitrales de algunos centros de arbitraje disponen que por la elección de dichas reglas se entiende que las partes han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente. Véase el citado artículo 28 (6) de las reglas de la CCI o el artículo 26.9 de las reglas de la LCIA.

⁷ Convención de Nueva Cork (1975) artículo II (1).

la controversia produzca un deterioro o daño en dicha relación. La inclusión de estos elementos, que llamaremos opcionales, debe hacerse luego de un acabado análisis de las consecuencias jurídicas y prácticas de los mismos, para evitar que dichos elementos hagan inejecutable la cláusula o lleven a un resultado contrario al querido por las partes. Más adelante veremos algunos de estos elementos opcionales.

B) ELEMENTOS RECOMENDABLES

Son aquellos cuya no inclusión si bien no afectará la validez o eficacia de la cláusula, puede generar demoras y costos adicionales para las partes, pues a falta de determinación por las partes estos aspectos deberán ser determinados posteriormente por el tribunal, pudiendo generarse disputas al respecto.

Las reglas de arbitraje de las instituciones tienen normas supletorias respecto de estos elementos. Lo mismo ocurre en el caso de la Ley 19.971.

b.1) Indicaciones básicas relativas a la constitución del tribunal (número de árbitros y nombramiento)

Como ya lo señalamos, en esta materia se aplica primero lo establecido por las partes. En cuanto al número de árbitros, los tribunales generalmente están constituidos por uno o por tres árbitros, dependiendo del monto de la disputa. Lo usual es disponer que en aquellos arbitrajes en los que existan montos relevantes involucrados, el tribunal se componga de tres árbitros, de modo de disminuir el riesgo de una decisión errada.

La Ley 19.971 dispone que si las partes no determinan el número de árbitros, estos serán tres⁸. Por su parte las reglas de la CCI señalan que cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que esta considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros⁹.

Con respecto a la designación de los árbitros, si no hay acuerdo de las partes, la Ley 19.971 dispone que en los arbitrajes con tres árbitros cada parte nombrará a un árbitro y los dos árbitros así nombrados designarán al tercer árbitro. Se establece también que en caso que una parte no nombre al árbitro dentro de un cierto plazo o si los árbitros no se ponen de acuerdo respecto del nombramiento del tercer árbitro, la designación la hará el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva. En el caso de los arbitrajes con árbitro único, este también será designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva¹⁰.

Las reglas de arbitraje de la CCI también establecen un mecanismo supletorio para la designación de árbitros, en el que la Corte Internacional de Arbitraje actúa como autoridad encargada de la designación de los árbitros.

En el caso de los arbitrajes *ad hoc* o sometidos a reglas de la CNUDMI, es muy importante que las partes establezcan no solo un mecanismo de designación del o de los árbitros, sino que además una autoridad encargada de hacer la designación en caso de

⁸ Ley 19.971 (2004) artículo 10 (2).

⁹ Reglamento de Arbitraje CCI, Artículo 8 (2).

¹⁰ Ley 19.971 (2004) artículo 11 (3).

falta de acuerdo de las partes a este respecto. Esto puesto que en este caso no habrá normas supletorias, salvo que las normas del territorio sede del arbitraje contemplen disposiciones al respecto, como ocurrirá en el caso de un arbitraje cuya sede sea Chile.

Finalmente, debe tenerse presente que ciertos reglamentos arbitrales requieren que el árbitro único o el tercer árbitro tenga nacionalidad distinta a la de las partes involucradas. La Ley 19.971, en tanto, dispone que la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que la misma se desempeñe como árbitro, salvo acuerdo en contrario de las partes¹¹.

b.2) Sede del arbitraje

Es el lugar donde se considera efectuado el arbitraje desde el punto de vista del derecho. No necesariamente deben llevarse a cabo todas las actuaciones en ese lugar. Las partes pueden, por ejemplo, acordar que las audiencias se lleven a efecto en otra sede.

Si las partes no señalan el lugar del arbitraje, algunas reglas de arbitraje facultan al tribunal arbitral para hacer esta determinación, atendiendo a las circunstancias del caso y de las partes. Así lo establecen las reglas de arbitraje de la CNUDMI¹² y de la AAA¹³ y la Ley 19.971¹⁴, aunque en este último caso debe tenerse presente que si el arbitraje no tiene sede en Chile, no es aplicable esta ley.

En otros casos las reglas de arbitraje de los centros arbitrales facultan a la misma institución arbitral para determinar la sede del arbitraje. Así ocurre en el caso de la CCI¹⁵ y de la LCIA¹⁶.

La determinación de la sede del arbitraje es de gran importancia, pues tiene los siguientes efectos:

- i) Determinará la ley arbitral aplicable al procedimiento, en caso que las partes no lo hayan hecho. La ley arbitral generalmente es la que determina los requisitos de validez del acuerdo de arbitraje. La ley arbitral también determina otros aspectos relevantes, tales como si pueden extranjeros ser árbitros o ser abogados de las partes en el arbitraje¹⁷.
- i) Es relevante también para efectos de la ejecución del laudo. En efecto, en virtud de la reserva de reciprocidad con que la mayoría de los países ratificaron

¹¹ Ley 19.971 (2004) artículo 11 (1). Esta norma también despeja los problemas que podrían haber existido para que pudieran desarrollarse arbitrajes en Chile con árbitros de nacionalidad extranjera, lo que podría haber ocurrido en virtud de lo que dispone el artículo 526 del Código Orgánico de Tribunales. A este respecto, ver JIMÉNEZ y ARMER (2005) pp. 312-313.

¹² Reglas de arbitraje de la CNUDMI, artículo 16.

¹³ Reglas de arbitraje de la AAA, artículo 13.

¹⁴ Ley 19.971 (2004) artículo 20.

¹⁵ Reglas de Arbitraje de la CCI Artículo 14.

¹⁶ Reglas de Arbitraje de la LCIA Artículo 16. En este caso se dispone que la sede será Londres, salvo que la Corte determine que otra sede es más apropiada.

¹⁷ Conforme al ya citado artículo 526 del C.O.T., un extranjero no podría actuar como abogado en un arbitraje internacional cuya sede sea Chile. Esto podría ser un factor que afecte el desarrollo del arbitraje internacional en Chile.

la Convención de Nueva York, el régimen de ejecución establecido en la misma solo es aplicable respecto de laudos dictados en países que hayan ratificado dicha convención.

ii) La sede del arbitraje también determinará el sistema judicial al que estará eventualmente sujeto el arbitraje. Los tribunales locales pueden tener que desempeñar diversas funciones en el arbitraje, como el nombramiento de árbitros o el auxiliar en la ejecución de medidas cautelares, por lo que es muy relevante la disposición de estos hacia el arbitraje. Lo ideal a este respecto es que no se trate de un sistema judicial que tenga la característica de intervenir en forma indebida en los arbitrajes, de obstaculizarlos o que manifieste una actitud desfavorable hacia el arbitraje. Por lo demás debe tenerse presente que la Convención de Nueva York contempla como una de las causales para denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral el que el mismo haya sido anulado en el país en que fue dictado.

Por último, cabe agregar que uno de los propósitos del Gobierno y del legislador en la Ley 19.971 fue el sentar las bases para que Chile se constituyera en sede de arbitrajes internacionales.

b.3) Idioma del arbitraje

En aquellos contratos celebrados entre partes que usan idiomas distintos es altamente conveniente el establecer cuál será el idioma del arbitraje. Entre los factores que deben ser considerados al hacer esta determinación se encuentran: la ley que rige el contrato, la sede del arbitraje, el idioma del contrato, el idioma de los demás documentos que integren el contrato, el idioma de los eventuales testigos que puedan ser citados a declarar y la disponibilidad de árbitros y abogados que puedan desempeñarse con fluidez en el idioma elegido.

Los reglamentos de los centros de arbitraje por lo general disponen que si las partes no han determinado el idioma, este será el del contrato, pudiendo en todo caso los árbitros considerar otros elementos en esta determinación¹⁸. La Ley 19.971 señala que si las partes no acuerdan el idioma del arbitraje, este será determinado por el tribunal arbitral¹⁹.

El establecer que el arbitraje será llevado en dos idiomas encarece los costos del arbitraje y puede significar que el mismo demore más tiempo, pues será necesario traducir los documentos y escritos y contar con intérpretes.

¹⁸ Hay matices en los distintos reglamentos. La CCI (artículo 16) y las reglas de arbitraje de la CNUDMI (artículo 17) señalan que es el tribunal arbitral el que en primer término determinará el idioma del arbitraje si las partes no lo han fijado, estableciendo en todo caso el reglamento de la CCI el idioma del contrato como un elemento que debe ser considerado por el tribunal. Los reglamentos de la AAA (artículo 14) y de la LCIA (artículo 17.1) disponen que el idioma del arbitraje será el del convenio arbitral, sin perjuicio de la facultad del tribunal arbitral para determinar otra cosa.

¹⁹ Ley 19.971 (2004) artículo 22.

b.4) Derecho aplicable al fondo

En los contratos internacionales debe contemplarse una cláusula que determine el derecho aplicable al fondo. Esta determinación conviene que esté en una cláusula distinta de la cláusula arbitral para que no se confunda con la ley aplicable al procedimiento arbitral.

Si las partes no señalan cuál será el derecho aplicable a la controversia, los reglamentos de los centros de arbitraje y la leyes de arbitraje facultan al tribunal arbitral para hacerlo, ya sea en forma directa²⁰ o determinando cuál es la norma de conflicto aplicable²¹.

Debe tenerse presente en todo caso que en los contratos internacionales además del derecho elegido por las partes como derecho de fondo, tienen fundamental importancia las prácticas y usos de la determinada industria a la que se refiera el contrato y los términos del contrato. Así por ejemplo, el artículo 17.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI establece que "*en todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes*". Del mismo modo, el artículo 28.4 de la Ley 19.971 dispone 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*".

El determinar los usos comerciales es una cuestión de hecho que deberá ser acreditada durante el juicio. Sin perjuicio de lo anterior, se han hecho esfuerzos por determinar qué debe entenderse por ciertos términos que son frecuentemente usados en el comercio, como "CIF", "FOB", "ex works", etc., así como los derechos y obligaciones asociados a cada uno de estos conceptos. Lo anterior se encuentra contenido en los "Incoterms" (abreviación de *International Commercial Terms*), preparados por la CCI.

Otro aspecto que debe considerarse a este respecto es que existen alternativas a la elección del derecho de un determinado país. En efecto, en ciertos casos puede que ninguna de las partes quiera que el contrato se rija por el derecho de la otra parte, y prefieran que el contrato se rija por la equidad o por la *lex mercatoria* (derecho comercial internacional). Algunos autores recomiendan el recurrir a la equidad en contratos a largo plazo, pues ello permitiría el que se consideren circunstancias nuevas o cambiantes²². Otros autores, sin embargo, desaconsejan sujetar el contrato a la *lex mercatoria* o la equidad²³, por la incertidumbre que podría acarrear esta elección.

Finalmente, debe tenerse presente que cuando se sujete el contrato a un derecho nacional, la interpretación del mismo, en caso que se genere una controversia, será efectuada por lo general por árbitros que no han sido formados en ese derecho. Esto hace que sea muy relevante el papel que los abogados y los expertos que puedan deponer

²⁰ Artículo 17.1 del Reglamento de Arbitraje CCI: "*A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere apropiadas*". A este respecto cabe tener presente la Convención de Roma sobre Ley Aplicable a Obligaciones Contractuales, de 1980.

²¹ Artículo 28.2 Ley 19.971: "*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*".

²² PAULSSON *et al* (1999) p. 23.

²³ FRIEDLAND (2000) p. 119; PAULSSON *et al* (1999) p. 20.

en el juicio cumplan para ilustrar al tribunal arbitral respecto de la interpretación de las normas aplicables.

C) ELEMENTOS OPCIONALES

Por lo general se trata de elementos que no es necesario incluir, salvo que exista algún motivo especial para hacerlo. La regla a este respecto es que entre más simple mejor, especialmente si se trata de arbitraje institucional. Solo procede apartarse de esta regla si es que las características del negocio o contrato lo ameritan y luego de un acabado análisis de las consecuencias jurídicas y prácticas que tendrá el introducir elementos opcionales. Entre otras cosas, es necesario verificar que los elementos opcionales no infringen las normas del derecho de fondo aplicable al contrato y a la cláusula arbitral²⁴, como tampoco las normas del lugar sede del arbitraje.

Este tipo de elementos puede ser útil en proyectos de inversión que involucren montos relevantes. Me referiré solo a algunos de ellos que considero relevantes. La lista puede llegar a ser larga y dependerá básicamente de la inventiva de los negociadores y abogados que redacten la respectiva cláusula²⁵:

c.1) Cláusulas escalonadas: negociación o mediación

El uso de métodos alternativos de resolución de controversias, tales como la negociación o la mediación se han hecho más frecuentes en el último tiempo. Así es como ha aumentado el uso de cláusulas que requieren que la disputa sea sometida a un procedimiento de negociación o mediación antes de ir a arbitraje.

La negociación involucra solo a las partes, aunque es recomendable que se dé entre ejecutivos de alto nivel, es decir con poder de decisión, y no involucrados en la ejecución del contrato, de modo de tener un grado mayor de objetividad. La mediación, en tanto, conlleva la participación de un tercero que actúa como un intermediario para facilitar el que las partes logren resolver sus diferencias.

Al redactar una cláusula arbitral que incluya la negociación o la mediación hay que tener en cuenta dos aspectos que son muy relevantes. El primero es establecer siempre un plazo para llevar a cabo la mediación o negociación. Este plazo debe quedar muy claro a partir de cuando se inicia. Se debe evitar que el plazo se cuente desde "que las negociaciones han fracasado" o desde cualquier hecho que pueda ser objeto de disputa el momento de su acaecimiento.

El otro aspecto que debe ser considerado es que debe quedar muy clara la obligatoriedad del arbitraje tras la primera etapa de negociación o mediación. No se debe redactar la cláusula diciendo que tras la primera etapa las partes "pueden" recurrir al arbitraje, pues ello puede dar pie a que se discuta la exclusividad del arbitraje. Efectivamente, una parte podría acudir ante los tribunales ordinarios de justicia una vez que haya expirado el plazo de negociación o la mediación sin llegar a un acuerdo si es que no se establece en un lenguaje imperativo la procedencia del arbitraje.

²⁴ La cláusula arbitral puede sujetarse eventualmente a un derecho distinto al aplicable al contrato y al arbitraje.

²⁵ A este respecto, ver FRIEDLAND (2000) p. 54 y ss.; BISHOP (2000) p. 39 y ss.

Se ha discutido la conveniencia de incluir estos métodos alternativos, especialmente en el caso de la negociación, pues esta puede hacerse siempre por las partes. Sin embargo, dado que el costo de establecer un plazo de 30 ó 60 días de negociación o mediación es menor para las partes, y puede obtenerse un gran beneficio para las mismas, cual es el evitar el deterioro de la relación contractual que podría producirse como consecuencia de un litigio arbitral, se aconseja incluirlas. Los beneficios serán mayores en aquellos contratos que sean a largo plazo o en relaciones contractuales que se den en mercados de pocos actores, en que es desaconsejable, desde un punto de vista económico, el enemistarse con algún partícipe del mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que no es en absoluto aconsejable incluir una cláusula de negociación sin acompañarla de un mecanismo vinculante de resolución de controversias²⁶.

Por último, cabe tener presente que los centros de arbitraje han establecido reglamentos que facilitan a las partes el desarrollo de los procedimientos de mediación.

c.2) Cualidades de los árbitros

Es común ver cláusulas arbitrales en que se dispone que la persona que sea nombrada como árbitro debe cumplir con determinadas calificaciones, como el desenvolverse en un cierto idioma o el tener experiencia en una determinada área. Sin embargo, debe tenerse cuidado en establecer demasiados requisitos o requisitos que sean muy difíciles de cumplir, pues ello puede disminuir considerablemente el número de potenciales árbitros o incluso hacer imposible el encontrar un árbitro que cumpla con todos los requisitos. Además, puede llevar a cuestionamientos por una de las partes que desee dilatar el procedimiento arbitral, en cuanto puede cuestionar las calificaciones de los candidatos que proponga la otra parte o que haya nombrado la institución arbitral.

c.3) Confidencialidad

Las reglas de la mayoría de las instituciones arbitrales establecen restricciones respecto de la información que los administradores y/o árbitros pueden revelar respecto del arbitraje, pero no respecto de lo que las partes o sus abogados pueden revelar. En el caso de un arbitraje *ad hoc* no existirá ningún tipo de obligación de confidencialidad si es que las partes no la establecen. La Ley 19.971, por ejemplo, no contempla obligaciones de confidencialidad.

Por ello, si es que las partes quieren asegurar la confidencialidad del procedimiento arbitral deben establecer expresamente dicha obligación.

c.4) Cláusulas arbitrales en contratos plurilaterales

La pluralidad de partes puede crear diversos problemas en un arbitraje, puesto que las reglas y procedimientos arbitrales normalmente están diseñados para arbitrajes en los cuales hay dos partes.

²⁶ Ver PAULSSON *et al.* (1999) p. 9.

Un primer problema está dado por la designación de los árbitros. Alcanzar el acuerdo de múltiples partes a este respecto es muy difícil, más aún tratándose de tribunales arbitrales compuestos por tres árbitros. Tampoco es viable en este último caso el que cada parte designe a uno de los árbitros, pues se puede terminar en paneles arbitrales compuestos de múltiples árbitros, haciendo muy engorrosa la conducción del arbitraje.

Por ello, en este caso lo más práctico es designar en la cláusula arbitral a una entidad para que designe al o a los árbitros. Es la solución seguida por la CCI, la LCIA y la AAA para el caso de que no haya acuerdo entre las partes²⁷.

Una segunda dificultad es que no se puede saber, al momento de redactar la cláusula arbitral, cuáles de las partes del contrato serán partes en el eventual arbitraje y en qué momento se harán partes del mismo. Se corre así el riesgo de que una de las partes del contrato no sea inicialmente parte en el arbitraje, pero que posteriormente desee participar en el mismo, lo que puede derivar en arbitrajes paralelos, o sucesivos. Para evitar situaciones como esta lo conveniente es establecer que cualquier solicitud de arbitraje debe ser notificada a todas las partes del contrato, estableciendo un plazo para que las mismas se hagan parte del arbitraje, siempre que su reclamo diga relación con el reclamo presentado en la solicitud de arbitraje.

Es importante también dejar establecido en estos casos que el fallo arbitral será vinculante para todas las partes del contrato, aun cuando no hayan participado del arbitraje.

c.5) Cláusulas arbitrales en contratos relacionados

En transacciones de cierta envergadura, como proyectos de financiamiento, generalmente existen diversos contratos que regulan la operación. En estos casos se presentan las dificultades que ya veíamos respecto de contratos plurilaterales, pues existen comúnmente diversas partes involucradas, además del problema adicional de lograr que todas las partes consientan al arbitraje.

El consentimiento de las partes al arbitraje se puede alcanzar haciendo que todos concurren a la celebración de un contrato, distinto de los demás contratos que regulan la operación respectiva, que contenga la cláusula arbitral.

En caso de no ser ello posible, se puede incorporar en cada contrato relacionado una cláusula arbitral en que se establezca el consentimiento de las partes a la consolidación con arbitrajes iniciados conforme a cualquiera de los otros contratos relacionados. Estas cláusulas arbitrales deben ser compatibles en cuanto a la ley aplicable, idioma, lugar del arbitraje, reglas arbitrales e institución arbitral.

²⁷ Ver Artículo 10 del Reglamento de Arbitraje CCI; 8 del Reglamento de Arbitraje LCIA y 6 del Reglamento de Arbitraje AAA.

3. CLÁUSULAS ARBITRALES EN CONTRATOS DE INVERSIÓN CON ESTADOS²⁸

El foro más recurrido para la resolución de disputas entre estados e inversionistas es el CIADI, instituido conforme a la Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, de 1965 ("Convención de Washington"), que ha sido ratificada por Chile y es ley de la República.

La forma hoy en día más frecuente de someter a un Estado a un arbitraje ante el CIADI es a través de los Acuerdos Recíprocos de Promoción y Protección de Inversiones, tratados internacionales mediante los cuales los Estados consienten en someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral para el caso que se susciten disputas relativas a inversión con un nacional del otro Estado contratante. De hecho, los casos que ha enfrentado el Estado de Chile ante el CIADI se han originado por esta vía.

Sin embargo, es también posible que en contratos de inversión un inversionista extranjero acuerde con un Estado el que las disputas sean sometidas al CIADI, o a otro centro de arbitraje o incluso se resuelvan en un procedimiento *ad hoc*. Esto supone la renuncia del Estado a su inmunidad soberana²⁹.

En el caso del CIADI, deben cumplirse una serie de requerimientos jurisdiccionales para que una disputa pueda ser sometida a la Convención de Washington³⁰:

- Debe tratarse de una disputa sobre inversión.
- La disputa debe ser entre un Estado Contratante de la Convención de Washington (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante.
- Que las partes hayan consentido por escrito en someter la disputa al CIADI.

Estos requerimientos deben ser considerados al redactar la cláusula arbitral.

²⁸ Este tema contempla diversas complejidades que no es posible tratar en este artículo. Para quienquiera profundizar, ver SCHREUER: *The ICSID Convention: A commentary*.

²⁹ Conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto Ley 2349 (1978), son válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales, diferendos derivados de contratos que digan relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero celebrados por el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero. Agrega la misma norma que en virtud del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, a menos de estipulación expresa en contrario. Por su parte el artículo 2 de este decreto faculta al Estado para renunciar a la inmunidad de ejecución en los contratos referidos en el artículo primero del mismo decreto, limitándola en todo caso al cumplimiento de sentencias recaídas en litigios derivados del contrato específico en que ella se haya convenido. Sin embargo, el artículo 7 del DL 2349 prohíbe el sometimiento a la jurisdicción extranjera en aquellos contratos celebrados en conformidad al Decreto Ley 600, que fijó el Estatuto de la Inversión Extranjera, así como en aquellos que se celebren sobre bienes de uso público o de bienes fiscales y en los que se excluya expresamente el sometimiento a tribunales extranjeros o se disponga que los diferendos que de ellos deriven deban ser sometidos a tribunales nacionales.

³⁰ Ver Artículo 25 de la Convención de Washington. Adicionalmente, el Consejo Administrativo del CIADI estableció el Reglamento del Mecanismo Complementario, el que contempla procedimientos de conciliación y arbitraje para aquellos casos en que el Estado parte de la controversia no sea parte de la Convención de Washington, o el inversionista no sea nacional de un Estado parte de la Convención de Washington.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BISHOP, R. Doak (2000). *A practical guide for drafting international arbitration clauses* (Disponible en <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf>, así como en *1 Int'l Energy L. & Tax'n Rev.* 16) 81 pp. (Última visita 1 de diciembre 2006).
- FRIEDLAND, Paul (2000): *Arbitration clauses for international contracts* (Nueva York, Juris Publishing, Inc.) 217 pp.
- JIMÉNEZ FIGUERES, Dyala y ARMER RIOS, Angie (2005): "Ley Chilena de Arbitraje Comercial Internacional", *Revista Chilena de Derecho Privado*. Julio 2005 N° 4: pp. 307-326.
- PAULSSON, Jan, RAWDING, Nigel, REED, Lucy y SCHWARTZ, Eric (1999): *The Freshfields guide to arbitration and ADR* (Holanda, Kluwer Law International, 1999) 175 pp.
- SCHREUER, Christoph H (2001) *The ICSID Convention: a commentary* (Cambridge University Press) 1466 pp.

NORMAS CITADAS

- Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras *Diario Oficial* 30 octubre 1975.
- Código Orgánico de Tribunales de la República de Chile.
- Ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional, *Diario Oficial*, 29 septiembre 2004.
- Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
- Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration.
- Reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
- Reglas de arbitraje de la American Arbitration Association.
- Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, *Diario Oficial*, 9 enero 1992.
- Decreto Ley 2349, *Diario Oficial*, 28 octubre 1978.