

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 1

# Relación entre la inexistencia del contrato y la separabilidad del acuerdo de arbitraje

"...Podría ser más conveniente entender la inexistencia del contrato como un problema de prueba (...). Desde esta perspectiva, tanto inexistencia como nulidad requieren de un pronunciamiento judicial —o arbitral— para surtir efectos. Es decir, no bastan meras alegaciones de una parte sobre la inexistencia del contrato para comprometer *ex ante la eficacia del convenio arbitral* ni la competencia del juez árbitro..."

Jueves, 21 de marzo de 2024 a las 16:33



A<sup>-</sup> A<sup>+</sup> Imprimir Enviar

## Eduardo Astorquiza

Desde hace tiempo se debate la teoría de la inexistencia del acto jurídico y su eventual reconocimiento en el Código Civil chileno. En una vereda, se encuentran quienes defienden su consagración siguiendo a Luis Claro Solar. En la otra, están los que —siguiendo a Arturo Alessandri R.— la deniegan, argumentando que la máxima sanción del Código Civil es la nulidad absoluta. Para ellos, la ausencia de un "requisito de existencia del acto jurídico" solo permite demandar su nulidad absoluta (V. Vial, 2020).

A nivel doctrinario, inexistencia y nulidad presentan diferencias notables. El acto jurídico *inexistente* no llega a nacer, por lo que esta sanción opera *ipso iure*, sin necesidad de una sentencia que la declare. Por otra parte, el acto jurídico anulable sí nace a la vida del derecho y produce sus efectos mientras la nulidad no sea judicialmente declarada (L. San Martín, 2015).

La presente columna no profundiza sobre esta discusión, más bien, analiza sucintamente la relación entre las alegaciones sobre la inexistencia del contrato y lo que ocurre con el convenio arbitral contenido en el mismo instrumento.

### A. Los principios de separabilidad de la cláusula arbitral y *Kompetenz-Kompetenz*

En virtud del principio de separabilidad —o autonomía— de la cláusula arbitral esta debe ser considerada

como un acuerdo distinto e independiente del contrato en el que se encuentra. En consecuencia, la inexistencia, ineficacia, invalidez o ilegalidad del contrato subyacente no acarrearán, necesariamente, la inexistencia, ineficacia, invalidez o ilegalidad del acuerdo de arbitraje (G. Born, 2021).

Por su parte, el principio *Kompetenz-Kompetenz* reviste al tribunal arbitral de competencia para pronunciarse sobre su propia competencia, cuando esta es cuestionada por alguna de las partes.

Aplicando ambos principios, se obtiene que las alegaciones de inexistencia o nulidad del contrato que contiene la cláusula arbitral deben ser resueltas por el propio tribunal arbitral, ya que su competencia emana de un acuerdo diferente, aunque esté escriturado en el mismo instrumento (ibíd.).

Nuestra legislación sobre *arbitraje nacional* no consagra estos principios. Sin embargo, ellos pueden ser incorporados por las partes en su relación contractual, ya sea expresamente o por referencia. Respecto de esto último, el artículo 23 del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del CAM Santiago de 2021 consagra ambos principios, de modo que una referencia contractual a este Reglamento implica su incorporación.

Sin estipulaciones contractuales, la aplicación de los principios de separabilidad y *Kompetenz-Kompetenz* en el arbitraje nacional es debatible. De hecho, la jurisprudencia no siempre ha sido favorable al respecto (e.g. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 05/12/2013, rol 2067-2013). Sin embargo, fallos recientes de la Corte Suprema han acogido ambos principios en el contexto del arbitraje nacional, refiriéndose tanto a la nulidad como a la inexistencia (Corte Suprema, sentencias de 15/10/2021, Rol 33.368-2020; y de 09/02/2024, Rol 32.413-2022; citando a M.F. Vásquez, 2010 y P. Aylwin, 2014).

Respecto del *arbitraje comercial internacional*, los dos principios se encuentran expresamente consagrados en el artículo 16(1) de la Ley N° 19.971. Esta norma —que viene de la Ley Modelo UNCITRAL— establece que las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje no afectan la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia. Luego, añade que “(a) ese efecto” —respecto del principio *Kompetenz-Kompetenz*— la cláusula compromisoria se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones contractuales. Por último, concluye que “(l)a decisión del tribunal arbitral de que el contrato es *nulo* no entrañará *ipso iure* la *nulidad* de la cláusula compromisoria” (énfasis añadido). Esta última frase —que establece un principio general— omite toda referencia a la inexistencia del contrato.

La fórmula descrita contrasta, por ejemplo, con la Sección 7 del *English Arbitration Act 1996*, norma que se refiere tanto a nulidad como a inexistencia al consagrar el principio de separabilidad del convenio arbitral, sin vincularlo exclusivamente al principio de *Kompetenz-Kompetenz*. No obstante, la jurisprudencia comparada —aplicando la misma regla del artículo 16(1) de la Ley Modelo UNCITRAL— ha acogido reiteradamente la aplicación del principio de separabilidad cuando se alega la inexistencia del contrato (G. Born, 2021).

### *B. La inexistencia del contrato y la suerte del convenio arbitral*

Nulidad e inexistencia son diferentes. La nulidad se vincula con requisitos de validez del acto jurídico, el que será anulable si adolece de vicios que comprometan su validez (e.g. objeto ilícito), lo que exige un pronunciamiento de la justicia ordinaria o arbitral. En este contexto, los principios de autonomía del

convenio arbitral y de *Kompetenz-Kompetenz* son fácilmente aplicables: dado que la nulidad requiere un pronunciamiento formal, corresponde al tribunal arbitral resolver, sin que las alegaciones sobre la nulidad del contrato afecten, necesariamente, al acuerdo de arbitraje ni a la competencia del juez árbitro. Además, la separabilidad es ampliamente aplicable a la nulidad en el marco del arbitraje comercial internacional, por disposición expresa del artículo 16(1) de la Ley N° 19.971.

En el otro extremo, la inexistencia se vincula con la falta de requisitos para que un acto o contrato llegue a nacer (e.g. ausencia de voluntad). Dado que opera *ipso iure*, es más complejo analizar si la inexistencia del contrato alcanza —o no— al convenio arbitral, como también, el impacto que puede tener sobre la competencia del tribunal arbitral para decidir sobre esta materia. A mayor abundamiento, la referencia a la inexistencia es limitada en la Ley N° 19.971.

En mi opinión, las dificultades que genera la inexistencia y su relación con el convenio arbitral quedaron de manifiesto en *Enap Refinerías S.A. con Cámara de Comercio de Santiago A.G.*

Resumiendo, ENAP Refinerías S.A. interpuso recurso de protección contra la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (CCS), argumentando que esta —a través del CAM Santiago— designó a un árbitro para resolver un conflicto con Innergy Soluciones Energéticas S.A. en función de un mero *borrador de contrato*, sin que *existiera* tal contrato, ni la cláusula arbitral, ni el mandato para que el CAM Santiago efectuara tal designación. En concepto de ENAP, solo hubo negociaciones entre las partes, de modo que la designación del árbitro vulneraría el derecho fundamental a no ser juzgado por comisiones especiales, contemplado en el Artículo 19 N° 3 de la Constitución.

En su informe, CCS explica que Innergy proporcionó documentos que daban cuenta de la *negociación* entre las partes respecto del *borrador de contrato*, como también, de la *conclusión o perfeccionamiento* del *convenio arbitral*, invocando los principios de separabilidad y *Kompetenz-Kompetenz* consagrados en el Reglamento del CAM Santiago. Así, afirmó que el consentimiento para someter el conflicto a arbitraje constaba de un correo electrónico enviado desde la gerencia legal de ENAP a Innergy, donde se confirmaba que existía acuerdo respecto de ciertas cláusulas del borrador de contrato, entre las cuales se encontraba el convenio arbitral.

La Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que los antecedentes ofrecidos no acreditaban la *existencia* del contrato que *incluía* el convenio arbitral, sino meras negociaciones. Por lo tanto, acogió el recurso de protección dejando sin efecto la designación del árbitro por parte del CAM Santiago (sentencia de 09/12/2013, Rol 100.153-2013). Apelada la sentencia, la Corte Suprema la revocó argumentando que no existía un “derecho indiscutido y preexistente” porque las partes esgrimieron versiones contrapuestas acerca de la *existencia* del contrato y del convenio arbitral, lo que impedía acoger el recurso de protección (sentencia de 24/07/2014, Rol 16.988-2013).

En el primer fallo, la Corte de Apelaciones parece haberse inspirado en la teoría de la inexistencia para acoger el recurso de protección, desestimando los principios de separabilidad y de *Kompetenz-Kompetenz*. Frente a alegaciones sobre la inexistencia del contrato subyacente, el tribunal de alzada determinó —en sede de protección y sin las garantías propias de un procedimiento de lato conocimiento— que el acuerdo arbitral era inexistente y que los antecedentes sólo daban cuenta de meras tratativas.

Por el contrario, la sentencia de la Corte Suprema parece descartar implícitamente la teoría de la

inexistencia para efectos de determinar la procedencia del arbitraje. Al invocar el requisito del *derecho indubitado* del recurso de protección, el máximo tribunal esboza que no es suficiente con que el recurrente esgrima la falta de consentimiento respecto del borrador de un contrato para concluir que no existe el convenio arbitral ni el mandato para designar al árbitro. Leyendo entre líneas, la Corte Suprema enseña que la inexistencia del convenio arbitral no opera *ipso iure* frente a alegaciones sobre la ineficacia del contrato, sino que exige una declaración judicial —u otro título equivalente— que la determine como un derecho indiscutido y preexistente.

Este caso demuestra que el consentimiento para el acuerdo de arbitraje puede ser formado en un momento distinto de las negociaciones que el consentimiento respecto del contrato subyacente, además de sujetarse a solemnidades diferentes. Asimismo, ilustra que la doctrina de la inexistencia convive fácilmente con los principios de autonomía del convenio arbitral y de *Kompetenz-Kompetenz*. Si entendemos que la inexistencia opera *ipso iure* y que el contrato no llega a nacer, bastaría con alegarla en términos amplios para poner en entredicho al convenio arbitral. Obviamente, esta solución acarrea un riesgo de autotutela y compromete la efectividad del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

A mi juicio, una alternativa es entender la existencia —o inexistencia— del contrato como un problema de prueba, a la luz del artículo 1698 del Código Civil. Es decir, alegada la inexistencia del contrato por una parte, corresponderá a la otra demostrar la existencia de sus obligaciones. En la práctica, esto se traduce en que el tribunal arbitral —amparado en una cláusula arbitral autónoma— puede entrar a conocer del conflicto y recibir prueba, tanto respecto de su jurisdicción (existencia de la cláusula arbitral) como del fondo del asunto (existencia del contrato). Incluso, puede bifurcar el conocimiento de ambas materias, tramitando la incompetencia como un incidente de previo y especial pronunciamiento. Al no excluir de antemano la existencia del contrato y del convenio arbitral, esta interpretación es más respetuosa de los principios de separabilidad y *Kompetenz-Kompetenz*, y por lo tanto, del arbitraje en general.

Esta postura también es consciente de los derechos de la otra parte. En efecto, existe un importante resguardo para quien cuestiona la competencia del tribunal arbitral y obtiene un resultado adverso frente a los árbitros. Si el arbitraje es nacional y se cumplen los requisitos legales, esta parte puede recurrir de casación en la forma en contra del laudo por la causal de incompetencia, conforme al artículo 768(1) del CPC. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido consistente respecto de la irrenunciabilidad de este recurso por las causales de incompetencia y *ultra petita* (Corte Suprema, sentencia de 22/11/2017, Rol 36.794-2017).

Tratándose de un arbitraje comercial internacional con asiento en Chile, la parte afectada puede recurrir de nulidad en contra del laudo arguyendo que el acuerdo de arbitraje no es válido, en aplicación del artículo 34 (2)(a)(i) de la Ley N° 19.971. Esta parte puede invocar la misma causal para oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo en cualquiera de los países que han suscrito la Convención de Nueva York de 1958, conforme a su artículo V(1)(a).

En conclusión, la doctrina de la inexistencia no encaja fácilmente con ciertos principios fundamentales que rigen el arbitraje. Para esta materia, podría ser más conveniente entender la inexistencia del contrato como un problema de prueba, reservando la ineficacia para la sanción de nulidad. Desde esta perspectiva, tanto inexistencia como nulidad requieren de un pronunciamiento judicial —o arbitral— para surtir efectos. Es decir, no bastan meras alegaciones de una parte sobre la inexistencia del contrato para comprometer *ex*

ante la eficacia del convenio arbitral, ni la competencia del juez árbitro.

*\* Eduardo Astorquiza Céspedes es abogado y magíster en Derecho Civil Patrimonial de la Universidad Diego Portales y LL.M. in International Dispute Resolution del King's College London.*

**0 Comentarios**

 **Maria Claro** ▼

**M**

Sé el primero en comentar...



**Comparte**

Mejores Más recientes Más antiguos

Sé el primero en comentar.

**Susíbete**

**Política de Privacidad**

**No vendan mis datos**

**EL MERCURIO**

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online