



**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**“ARBITRABILIDAD DE LOS LITIGIOS A LA LUZ DE LA  
UNIFICACIÓN DEL DERECHO EN MATERIA DE ARBITRAJE  
COMERCIAL INTERNACIONAL”.**

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

**Alumno Memorista: Marcelo Alfonso Prado Salazar.**

**Profesor guía: Sra. Elina Mereminskaya.**

**Santiago, Chile  
2008.**

Este trabajo está dedicado con mucho cariño a mi familia, en especial a mi hermano Marco, sin el cual nada de esto habría sido posible.

También a mis mejores amigos, Qhânnie, Guicela, Giovanna, Franz y Marcelo quienes de una u otro forma me han sostenido en momentos difíciles.

Agradezco también a mi profesora guía Elina Mereminskaya, por su infinita paciencia y por todo lo que me ha aportado desde el punto de vista académico y profesional.

Gracias a todos.

Marcelo Prado Salazar

## Introducción

Cuando nos referimos al arbitraje, nos referimos al primer método heterocompositivo de solución de controversias que existió en el mundo. El designar de común acuerdo a un tercero extraño al litigio para que dirimiera una controversia debió ser la primera forma civilizada de llegar a terminar con los conflictos particulares<sup>1</sup>.

En el derecho romano ésta fue la solución predilecta; no se debe olvidar que el *Iudex* Romano, no era más que un particular lego en derecho que emitía su opinión con respecto al conflicto que se ponía en su conocimiento y que carecía de todo imperio (fuerza coactiva) para hacer ejecutar su decisión, ya que esta autoridad siempre se radicaba en un funcionario imperial<sup>2</sup>.

Con el paso del tiempo y con la centralización de las funciones públicas, tendió a desaparecer esta forma de dirimir conflictos de relevancia jurídica y la administración de justicia pasó a manos de los estados.

En la Edad Media los Tribunales de los comerciantes, tenían un sistema de arbitraje, en el cual se aplicaban las soluciones del derecho estatutario que se denominó *lex mercatoria* y al que ya hemos hecho referencia anteriormente.

---

<sup>1</sup> Sobre métodos de solución de controversias ver Maturana Miquel, Cristián, “Derecho Procesal Orgánico”, separata de estudio de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005.

<sup>2</sup> Sobre esta materia ver: Guzmán Brito, Alejandro, “Derecho privado romano”. Chile Editorial Jurídica de Chile. Primera edición. Santiago. 1996.

En la época de la revolución francesa se consideró que el arbitraje era el modelo de la justicia ciudadana y que por su tendencia a buscar soluciones no conflictivas sino mas bien voluntarias debía ser preferido a los sistemas de la justicia de los tribunales ordinarios<sup>3</sup>. Tal es así que el artículo 5 de la constitución francesa eleva al arbitraje a una categoría similar a la de un derecho fundamental, que debería mitigar los abusos del antiguo régimen<sup>4</sup>.

Sin embargo, con el advenimiento de los estados autoritarios del siglo XIX, se consideró que la administración de justicia era una tarea eminentemente estatal y que el arbitraje era de carácter excepcional. Es por esta razón que se relegó al arbitraje al papel de un método que sólo sería idóneo para situaciones en que se requerían soluciones menos traumáticas, ideas que se manifiestas en nuestros códigos, tanto en el de Procedimiento Civil como en el Orgánico de Tribunales.

A principios del siglo XX, con la explosión del comercio internacional, se ve un resurgir del arbitraje como forma de solución de controversias. Pero ahora es elegido preferentemente como el método de justicia voluntaria de los comerciantes internacionales, ello por las ventajas asociadas a esta clase de

---

<sup>3</sup> Sobre esta materia ver: Chillón Medina, José y Merino Merchan, José Fernando. “Tratado de arbitraje privado interno e internacional.”1ª Edición. Ed. Civitas, Madrid. 1978.

<sup>4</sup> Lorca Navarrete, Antonio: “La naturaleza Jurídica del Arbitraje”, en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. Lima, Perú. 18 de enero de 2006. versión electrónica. [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php)

procedimientos, las cuales fueron captadas desde un principio por los actores del comercio internacional<sup>5</sup>.

El presente trabajo pretende abordar algunos aspectos del actual régimen jurídico del arbitraje comercial internacional en nuestro país. Dicho régimen se ha visto modificado de manera definitiva y profunda desde el año 2004, año en que entró a regir como ley de la República la ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. Esta nueva ley no es sino la adaptación a nuestro ordenamiento jurídico de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, texto que ha sido propuesto por la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, más conocida por sus siglas en inglés UNCITRAL. La ley modelo de arbitraje se enmarca en los esfuerzos de este organismo para colaborar con la idea de unificar el derecho mercantil internacional y facilitar el desarrollo del comercio internacional.

La ley modelo es un texto que ha buscado dar un paso adelante en relación a la tradicional Convención de Nueva York, quizá el instrumento más exitoso que se haya logrado con respecto a esta materia, pero que necesariamente ha quedado a la zaga de la realidad actual.

---

<sup>5</sup> Sin embargo esta no debería ser su única aplicación, sino más uno de los ámbitos de acción del arbitraje, en el cual, como se verá luego, no se trata de una elección libre, sino de la mejor alternativa de un conjunto de ofertas restringido. En otras materias el arbitraje, como método de solución de controversias, así como otros métodos alternativos debieran ser promovido por los estados y no inhibido en la práctica como lo es de hecho en los países latinoamericanos. Sobre este particular ver Peña González, Carlos, “Notas sobre la Justificación del uso de sistemas alternativos”, <http://www.seguridadidl.org.pe/infodocs/notas.doc>. Consultado el 25 de abril de 2007.

Desde el punto de vista de nuestro país, la adopción de esta nueva normativa se puede considerar un avance significativo en la inserción de nuestro país en el movimiento de unificación del derecho mercantil internacional, lo que sumado a la adopción de algunos textos sustantivos como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, auguran un futuro favorable y una disposición de Estado para que a la inserción económica al mundo global le siga también la jurídica.

Sin embargo la inserción de este novedoso instrumento en el marco de nuestra normativa no ha resultado fácil, por cuanto la ley modelo está pensada en una lógica global. A priori las principales dificultades con las que puede tropezar la aplicación de esta normativa pueden ser un espíritu excesivamente intervencionista por parte de nuestros tribunales, con el fin de resguardar el principio de plenitud de la competencia de nuestros tribunales. El objetivo principal de este trabajo, es revisar cuales son las principales dificultades que se derivan de la difícil relación entre la normativa global del arbitraje y nuestro ordenamiento jurídico.

Esta investigación se divide en dos bloques: en el primer bloque, que abarca los tres primeros capítulos de este trabajo, se pretende describir de manera sucinta el régimen actual del arbitraje comercial internacional, subrayando la importancia de la unificación del derecho, tanto en su forma espontánea a través de la *lex mercatoria*, como por la llamada “unificación

desde arriba”, a través de convenciones internacionales o legislación estatal. En este sentido es imposible no hacer referencias al papel de organismos internacionales como UNIDROIT y UNCITRAL que han elaborado los documentos más relevantes en este campo. En el tercer capítulo de este primer bloque se realiza un análisis de la normativa sobre el arbitraje, el que se detiene muy especialmente en los contenidos más relevantes de la Convención de Nueva York y la ley de arbitraje comercial internacional, textos capitales en el actual marco normativo del arbitraje internacional.

El segundo bloque de este trabajo, que abarca el cuarto capítulo, aborda el punto crucial a través del cual la normativa del arbitraje comercial internacional se relaciona con los derechos nacionales, esto es el orden público y especialmente la arbitrabilidad de una determinada materia. En un régimen jurídico que deja un gran campo de acción a la autonomía de la libertad, el orden público y la arbitrabilidad aparecen como los instrumentos de defensa de los estados a la hora de admitir elementos extraños a la legislación nacional.

El principal esfuerzo de este capítulo es realizar una necesaria distinción entre ambos conceptos, procurando delinear sus límites conceptuales, sus ámbitos de aplicación y sus diversos objetivos.

Un objetivo secundario es procurar determinar si es posible que exista la inarbitrabilidad *per se* de una materia. Tal fin no sólo redundaría en un claro interés científico, sino que además podría ayudar a dilucidar de manera eficaz

las dudas ante aquellas materias no claramente definidas por una legislación y que quedan abiertas a una discusión que podría traer aparejada serios inconvenientes prácticos.

El enfoque que se ha escogido es subrayar el carácter funcional del arbitraje comercial internacional, considerándolo más una herramienta que sirve al objetivo de dar fluidez a las relaciones comerciales, que a revestirlo de una consideración especial o de función sacralizada.

En este sentido, concediendo la naturaleza jurídica mixta de esta institución, es posible señalar que la inclinación de dicha mezcla es hacía lo contractual. Así lo demuestra, por lo demás la amplia disponibilidad de los procedimientos y normas aplicables. Quizá este enfoque menos formalista de la cuestión, sin querer en ningún momento restarle importancia, contribuya a animar la flexibilización de cierta rigidez observable muchas veces en el tratamiento de cuestiones que tocan a la administración de justicia.



# **I.- El Arbitraje como método de solución de controversias**

## ***1.- Comercio global***

A fines del siglo XIX, la revolución industrial y los constantes avances en el plano de las comunicaciones, estimularon un aumento explosivo del comercio internacional.<sup>6</sup> La caída de las barreras tecnológicas impulsó como nunca el comercio a través de las fronteras e hizo posible el intercambio fluido entre países lejanos, bajando además dramáticamente el costo de negociar con los países vecinos. Este constante aumento del comercio internacional sólo se vio ocasionalmente interrumpido por la Primera Guerra Mundial, la Gran Depresión de 1929 y la Segunda Guerra Mundial, acontecimientos que afectaron temporalmente la fluidez de la economía global. Este dinamismo volvió con fuerza tras la segunda post guerra y producto del resurgimiento económico de Europa y Japón.

Los flujos comerciales crecientes, por lógica consecuencia, aumentaron la cantidad de litigios de carácter comercial internacional, por ello los actores involucrados en éste se vieron en la obligación de empujar tanto a sus gobiernos como a las instituciones de carácter privado, en la búsqueda de soluciones adecuadas para los litigios transnacionales que se multiplicaron.

---

<sup>6</sup> Sobre este particular ver Bruun, Geoffrey: "La Europa del siglo XIX (1815-1914). Fondo de Cultura Económica. Primera edición en español. Mexico. 1964. Pág. 150-193.

Un comercio de la escala del actual tiene como requisito fundamental el contar con un método de solución de controversias adecuado a las necesidades de este comercio global. Si imaginamos la economía mundial como una sola, toda traba puede ser considerada un costo adicional, el cual, en lo posible, debe ser reducido. En esta lógica resulta clave la existencia de un régimen jurídico que permita garantizar la solución rápida y eficiente de los litigios que se promuevan como consecuencia de los intercambios comerciales internacionales.<sup>7</sup>

Ante esta realidad del comercio internacional, es que a lo hora de buscar una solución operativamente válida se ha recurrido a un instituto de raíz tan antigua como el derecho: el arbitraje.<sup>8</sup> Al examinar el por qué del éxito de esta institución, de la mano de la explosión del comercio internacional y su consolidación como la gran alternativa válida como método de solución de controversias, están dedicadas las próximas páginas.

## ***2- Inevitabilidad del Arbitraje Comercial Internacional***

Existen diversas razones por las cuales la justicia ordinaria no es operativamente apta para conocer eficazmente de esta clase de litigios<sup>9</sup>. Tradicionalmente se ha hecho hincapié en la lentitud de los procedimientos

---

<sup>7</sup> Picand Albonico, Eduardo; "Arbitraje Comercial Internacional". Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005. Pág. 74.

<sup>8</sup> Santos Balandros, Manuel; "Seis Lecciones sobre arbitraje privado (interno e internacional)". Ed. Asociación de escribanos del Uruguay". Montevideo, Uruguay. 2002. Pág. 15

<sup>9</sup> Sandoval López, Ricardo, Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, Pág. 12-18.

llevados ante esta clase de tribunales, asimismo, las dificultades de mantener un procedimiento verdaderamente objetivo, cuando existen nacionales de diversos estados en conflicto, ya que siempre existirá la sospecha de que los tribunales del país donde el juicio se realice tenderán a preferir a los nacionales de sus propios estados.<sup>10</sup> Por supuesto que esta suspicacia de inicio no tiene porque estar justificada, ya que en los países donde impera el estado de derecho una desconfianza semejante no parece tener una base real. Fuera de esta sospecha de parcialidad a priori, si se debe tomar en cuenta como factor relevante el desconocimiento de las reglas procesales por parte de quien debe litigar ante un foro que no le es propio o los prejuicios propios de los Tribunales nacionales quienes por defecto tenderán a aplicar su propio derecho sin considerar la clase de litigio de que conocen, siendo esto último enteramente explicable, por cuanto es el derecho que les resulta más familiar y será el que aplicarán por defecto. Sin duda todas estas objeciones resultan plenamente válidas a la hora de considerar que el arbitraje en esta clase de litigios es una vía inevitable.<sup>11</sup> Ello porque en contraposición a la justicia ordinaria se ha considerado que el arbitraje es de utilidad, en general, cuando se trata de conservar la paz social, es por esta razón que se contempla como la mejor opción en materias en las cuales se estima que las partes involucradas

---

<sup>10</sup> El profesor Manuel Santos Balandros señala como ventajas del arbitraje su confidencialidad, rapidez, bajo costo, su tecnicismo (en contraposición al juez común que es un generalista), el deseo de acatar los usos y prácticas de la profesión y un derecho material uniforme no estatal, la flexibilidad y la búsqueda de un tratamiento personificado. Santos Balandros, Manuel. 2002. Pág.21-24.

<sup>11</sup> Cantuarias Salaverry, Fernando, "Razones por las cuales el arbitraje es inevitable", en <http://www.hechosdelajusticia.org/N008/arbitraje.htm>. Consultado el 4 de agosto de 2007.

repudiarían una solución que exacerbe la confrontación entre ellas. Se considera que el arbitraje es un procedimiento que garantiza la posibilidad de no dañar las relaciones entre los litigantes, al punto de quebrantar la confianza en forma definitiva.

Ahora bien, en estricto rigor es necesario señalar que en el ámbito de las relaciones jurídicas internacionales, a las cuales hemos estado haciendo referencia, el arbitraje no es una opción, sino más bien la única vía posible. En el contexto del comercio internacional sólo un sistema de justicia arbitral parece ser una alternativa racional a la hora de buscar soluciones a las controversias que se planteen en el tráfico mercantil entre los particulares de diversos países. El arbitraje tiene un alto grado de adaptabilidad y la autonomía suficientes para lograr ser efectivo cuando se trata de conciliar diferencias entre actores de origen e intereses tan diversos. Solamente escoger a un tercero de común acuerdo o que sea designado con un método previamente pactado, entrega la confianza necesaria para resolver los complejos problemas que pueden nacer a raíz de los contratos internacionales. Son las partes, quienes conocen más de cerca sus propias necesidades, las mejor ilustradas para escoger a la persona del juez que más les convenga. Otorgar a los litigantes esta posibilidad permite la alternativa de que el escogido, además, pueda ser un especialista en la

materia que se le somete a su conocimiento, cosa imposible en los tribunales ordinarios, donde los jueces deben conocer de toda clase de litigios<sup>12</sup>.

Así pues podemos considerar que el arbitraje en la actualidad es un instrumento de gran valor en el marco del proceso de globalización creciente de la economía mundial y es la institución adecuada para ser el pilar del sistema de resolución de controversias, que se han incrementado como lógica consecuencia del aumento de los intercambios comerciales entre países<sup>13</sup>. En este marco, el arbitraje se ha vuelto el instrumento jurídico por excelencia de la globalización económica<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> “No debemos olvidar el papel que juega la técnica y los adelantos en las transacciones comerciales, las cuales hacen imposible que los jueces ordinarios puedan apreciar cabalmente todos los detalles que en ciertos casos pueden resultar decisivos para una justa y equitativa solución. El Arbitraje permite confiar esa decisión en quien las partes reconozcan que tiene experiencia en el negocio controvertido y que es escogido por la confianza que les inspira”. Cantuarias Salaverry, Fernando. Op. Cit. 9.

<sup>13</sup> Picand Albonico, Eduardo. Op. Cit. Pág. 75

<sup>14</sup> “El incremento que han experimentado las relaciones jurídicas entre los sujetos del comercio internacional como consecuencia de la globalización y la mundialización; la apertura de los mercados internacionales; el aumento de las inversiones; la libre circulación de bienes, personas y servicios; la firma de tratados de complementación económica entre los Estados y la suscripción de diversos tratados de libre comercio entre ellos, en la actualidad, han convertido al arbitraje comercial internacional en el mecanismo por excelencia para resolver las controversias derivadas del comercio internacional.” Picand Albónico, Eduardo; Op. Cit. Página 281.

## **II.- Unificación del Derecho**

### ***1.- El por qué de la Unificación del Derecho***

El arbitraje comercial internacional, para que cumpla su objetivo de ser la solución a los conflictos de los actores del tráfico a través de las fronteras, debe contar con un marco normativo que facilite su labor. Estas facilidades deben apuntar a las dos etapas del juicio arbitral; de una parte a lograr soluciones de fondo uniformes a diferentes litigios y de otra parte otorgar la suficiente seguridad de que las resoluciones una vez dictadas sean cumplidas. El segundo de los puntos antes señalado no requiere mayores explicaciones, ya que resulta obvio que si los laudos arbitrales carecen de la posibilidad de ser ejecutados, decaería la confianza depositada en el arbitraje como solución adecuada.<sup>15</sup> En cuanto al primer punto, merece una reflexión adicional. En una lógica estrictamente económica, es posible considerar que las diferencias de regulación en el plano jurídico constituyen un costo adicional en todo intercambio que involucra a nacionales de estados diversos, ello porque será necesario consensuar soluciones a los diversos problemas que puedan presentarse. Los costos de estas negociaciones, que en análisis económico del derecho se denominan costos de transacción, operan como barreras

---

<sup>15</sup> Una de las principales críticas que se han efectuado al arbitraje tiene que ver con la falta de imperio de los árbitros, así lo plantea el profesor Manuel Santos Balandros al considerar que “Se sabe que el arbitro está facultado para juzgar. Sin embargo, no está habilitado para ejecutar lo juzgado.” Agrega a continuación que: “Este recurso sigue siendo un monopolio del Estado, si se necesita se deberá recurrir a la justicia estatal la que tendrá el privilegio de evaluar el pedido, ejerciendo de esta manera, un control indirecto sobre la institución.” Por lo anterior resulta esencial tener un adecuado mecanismo que garantice la ejecución de los laudos arbitrales, donde quiera que se solicite su ejecución. Santos Balandros, Manuel. 2002. Pág. 24.

adicionales a los intercambios entre países<sup>16</sup>. Por ello es de sumo interés acercar los diferentes ordenamientos sustantivos, para lograr soluciones parecidas a problemas semejantes, en este marco es de gran importancia el movimiento por la unificación del derecho.

Se entiende la unificación del derecho como aquellos procesos paralelos, tanto estatales como privados, que procuran armonizar los distintos ordenamientos jurídicos a fin de lograr una mayor eficiencia en los intercambios comerciales internacionales<sup>17</sup>.

En un mundo globalizado la unificación del derecho es una aspiración que va de la mano de evidentes necesidades de carácter económico, ya que los beneficios de la existencia de una uniformidad normativa son múltiples e innegables. Así un comerciante que sale al mundo y que interactúa con diferentes países, debe considerar las regulaciones a las que se enfrenta, como parte de los costos asociados al comercio y por lo tanto no le será indiferente la postura que sobre este particular se adopte. Regular de manera uniforme los aspectos más relevantes de las relaciones de comercio internacional, implicará

---

<sup>16</sup> En análisis económico del derecho se denominan costos de transacción a aquellos costos que implica realizar una determinada negociación para intercambiar bienes o servicios. En este esquema son costos de transacción los costos de negociar, asesorías, tiempo etc. Las regulaciones legales diversas a las que se enfrentan quienes negocian un contrato internacional operan, en esta lógica, como costos adicionales. De ahí la importancia de lograr regulaciones comunes en esta clase de materias. Sobre esta materia ver Coase, Ronald; "El Problema del Costo Social". En "Revista de Estudios Público". N° 45, 1992; y también Alfaro Aguila-Real; Jesús; "Los Costos de Transacción", [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/costes.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/costes.pdf). Consultado el 3 de octubre de 2007, a las 11:00 horas.

<sup>17</sup> Mereminskaya, Elina, "Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado". En: Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia, Vol. XV, diciembre 2003, p. 59-73.

que si nacionales de países diversos comercializan entre sí, no requerirán negociar exhaustivamente los términos de cada negocio.

El objetivo final de la unificación del derecho (casi en el plano de la utopía de una sociedad mundial totalmente integrada) es que cada comerciante internacional no contemple entre los costos asociados al intercambio transfronterizo las diferentes regulaciones de los actores involucrados. El comercio internacional plantea ya dificultades derivadas de su misma naturaleza, por cuanto se debe considerar el costo que tienen los desplazamientos de las mercaderías y personas involucradas en un determinado acuerdo, agregado al costo de una negociación dificultada por diferencias idiomáticas y culturales.

Dentro de estas diferencias el derecho viene a ser otra barrera que dificulta un tráfico comercial fluido.

A modo de ejemplo es posible mencionar los problemas aparejados a una discrepancia en la calificación de una relación jurídica o de un contrato que realicen dos personas provenientes de familias jurídicas diversas<sup>18</sup>. En un caso como el anterior se puede hablar en realidad de auténticas diferencias de idiomas jurídicos.

---

<sup>18</sup> Guzmán Latorre, Diego: “Tratado de derecho internacional privado.” 3ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1997. Pág. 289-305.



Sin embargo es imposible soslayar la necesidad de que los contratos tengan una regulación jurídica que permita a un Tribunal (cualquiera que este sea), tomar una decisión ante un eventual litigio, por ello es que la búsqueda de la unificación del derecho mercantil internacional, no es sino la búsqueda de un idioma común para la comunicación jurídica entre los distintos actores del intercambio internacional.

Este tema, con todas sus complejidades, tanto prácticas como ideológicas, no ha sido ignorado por los actores involucrados, quienes por diversas vías, (a veces espontáneamente y otras veces de manera más concertada) han buscado soluciones que permitan morigerar los efectos más negativos de esta diversidad jurídica. Es así como se ha llegado a una regulación de carácter espontáneo, la que derivada de la costumbre internacional, se ha visto reflejada en los contratos tipos<sup>19</sup>. También es relevante la labor que ha desarrollado la Cámara de Comercio de París. A estos esfuerzos de unificación descentralizada y sin intervención de los estados se le ha denominado *Soft Law*.

Sin embargo la evidente necesidad a la que se ha hecho alusión, también ha tenido repercusiones de carácter político, ya que llevó a que los gobiernos y los organismos internacionales asumieron la tarea de encontrar mecanismos de unificación del derecho, con este objetivo es que las instancias

---

<sup>19</sup> Nemhe Zalaquett, Nicole: “El Cambio de Circunstancias en los Contratos Económicos Internacionales.” Ed. Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 2000.

políticas internacionales han pactado convenciones internacionales sobre diversos temas de interés común. Algunas de ellas son la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y la de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Además al amparo de la Sociedad de las Naciones y de su sucesora, la Organización de las Naciones Unidas, surgieron dos instituciones que han colaborado de manera sustancial a la unificación del Derecho, ellos son la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional, más conocida por sus siglas en inglés: UNICITRAL), que lo ha hecho desde el ámbito político y el UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado). La primera de estas instituciones, como veremos en lo sucesivo, ha aportado de forma decisiva a la labor de tratar de uniformar el derecho, en especial a través de la elaboración de convenciones internacionales y acuerdos económicos. A estos esfuerzos que parten del poder político se les ha denominado *Hard Law*.

En segundo lugar encontramos el UNIDROIT (Instituto para la Unificación del Derecho Privado) con sede en Roma.<sup>20</sup> Este organismo ha aportado uno de los instrumentos más relevantes al proceso de unificación del derecho: “Los

---

<sup>20</sup> El Instituto para la Unificación del Derecho Privado - UNIDROIT-, es una organización intergubernamental creada en el año 1926, bajo el auspicio de la Liga de Naciones. Restablecida en 1940 sobre las bases de un Tratado Internacional, El Estatuto Orgánico de UNIDROIT. Su sede se encuentra en Roma. Se creó 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. Oviedo Albán, Jorge “La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales”. En <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#i>. Consultado el 22 de noviembre de 2007, a las 16:00 horas.

Principios Generales de Contratación Internacional”, universalmente conocidos como “Los Principios de UNIDROIT”.

## **2- Soft law**

En la Baja Edad Media, fue común el hecho de que cada ciudad se rigiera por su propio estatuto, y que cada gremio de la sociedad tuviera un derecho particular, el cual regulaba a todo el estamento que lo formaba, así ocurría con el derecho canónico, con los militares y también sucedió con los comerciantes. Este derecho no se limitaba a regular a los comerciantes en cuanto a su actividad (y esto se aplicaba a todos los derechos estatutarios que regían los demás estamentos de la sociedad), sino que se aplicaba a todas las relaciones fueran estas civiles, mercantiles o incluso penales de quienes formaran parte del gremio. A este derecho particular y estatutario que regía a los mercaderes se le denominó *Lex Mercatoria*.<sup>21</sup>

Este derecho foral contaba además con sus propios tribunales, los que contaban con la gran ventaja de poseer una mayor flexibilidad en la búsqueda de la justicia material.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> “Dentro de la doctrina se hace referencia a la *lex mercatoria*, entendiéndolo por tal, el conjunto de costumbres surgidas durante el medioevo como reglas propias de los comerciantes, las cuales dieron origen al derecho mercantil, el cual se caracteriza en su momento por ser de carácter profesional o subjetivo, consuetudinario, internacional y por haber desarrollado su propio sistema judicial, con los tribunales consulares de justicia”. Oviedo Albán, Jorge: “Aplicabilidad de la convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*”. Revista Universitas. Págs. 407-430. Abril de 2006. Pág. 421.

<sup>22</sup> Martínez Cañellas, Anselmo “La interpretación y la integración de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías”. Ed. Comares. Primera Edición. España. 2004 Pág.6.

Este derecho particular, como todos los derechos forales, tendió a desaparecer con el nacimiento de los Estados nacionales, los que absorbieron a los tribunales especiales y tomaron para sí el monopolio de la creación del derecho y también de la administración de justicia, por lo que los tribunales arbitrales en el nuevo orden de la época moderna quedaron como forma de solución de conflictos de carácter marginal ante la plenitud del conocimiento de toda clase de disputas que reclamaron los tribunales ordinarios estatales<sup>23</sup>.

Sin embargo a principios del siglo pasado, el continuo progreso tecnológico permitió una explosión mundial del comercio internacional, el que sin embargo se encontró con las barreras jurídicas levantadas por los estados nacionales, lo que sin duda planteó serios problemas al creciente flujo comercial.

Por ello es que ante esta problemática surge como réplica jurídica la denominada unificación del derecho, que ya se ha conceptualizado, y de la mano de ésta una nueva *Lex Mercatoria*.

Esta nueva *Lex Mercatoria* se ha perfilado como un derecho descentralizado, que ha nacido como respuesta al problema concreto y manifiesto de solucionar los conflictos cotidianos del tráfico mercantil transfronterizo, los que aumentaron de manera exponencial con la explosión de

---

<sup>23</sup> Ibid. Pag. 7.

la economía global posibilitada por la evolución tecnológica de las comunicaciones y la modernización de las formas de producción<sup>24</sup>.

Sin embargo esta nueva *Lex Mercatoria* no es el renacimiento de la antigua *Lex Mercatoria* de la Edad Media, sino un fenómeno jurídico enteramente nuevo, que poco tiene que ver con el antiguo derecho estatutario a que se ha hecho referencia<sup>25</sup>.

La *Lex Mercatoria* desarrollada en la actualidad tiene como fuentes principalmente los contratos tipos, jurisprudencia arbitral internacional, la costumbre internacional y los principios generales del derecho,<sup>26</sup> mención que no se puede considerar exhaustiva, por cuanto otros autores agregan otras fuentes<sup>27</sup>.

En el marco de esta nueva *Lex Mercatoria* tienen particular relevancia los Principios de UNIDROIT, elaborados por éste organismo internacional, a los que ya se ha hecho alusión<sup>28</sup>. Estas normas son una producción doctrinal

---

<sup>24</sup> Ibid. Pág.6.

<sup>25</sup> Helen West Bradlee of the Suffolk Bar, 1929, Ii History Of The Law Merchant, <http://szabo.best.vwh.net/lex.html>. Consultado el 19 de marzo de 2007, a las 09:00 horas.

<sup>26</sup> Nemhe Zalaquett, Nicole: Op. Cit.

<sup>27</sup> Martínez Cañellas, Anselmo. Op. Cit.

<sup>28</sup> “En el año de 1968, con ocasión de la celebración de los 40 años de fundación de UNIDROIT, en la ciudad de Roma, surgió la idea de crear un cuerpo normativo para los contratos comerciales internacionales. El Consejo Directivo de UNIDROIT en su reunión de 1971 incluyó en la agenda de trabajo la preparación de un ensayo de unificación relativo a la parte general de los contratos, sin embargo, no fue sino hasta 1980 cuando se creó el grupo de trabajo, que se constituyó con representantes de diversas culturas y sistemas jurídicos del mundo. Representantes de llamado Civil law, del Common law, y de los sistemas socialistas conformaron el comité de trabajo. Las labores terminaron en el año de 1994 con la publicación de los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. En el año 2001 se publicó la segunda versión de la traducción oficial al idioma español, realizada por el profesor Alejandro Garro. Según opinión de expertos, los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales

elaborada por UNIDROIT y que han introducido nuevas soluciones en diversas materias de contratación internacional, aportando de esta forma de manera decisiva a la evolución de la normativa en esta materia. La técnica que se usó en su redacción es la de los denominados *restatement* estadounidenses<sup>29</sup>, formulando un principio general y dando casos para ilustrarlos. Estos principios han sido considerados como el mejor reflejo de la *Lex Mercatoria* y han logrado un gran prestigio a nivel de la doctrina y la jurisprudencia, ya que abordan la mayoría de los problemas de la contratación internacional. Sin embargo no se puede ir tan lejos como para afirmar que sean la *Lex Mercatoria* puesta por escrito como se ha querido señalar<sup>30</sup>. Tal postura ha sido rechazada por la doctrina internacional, dado que existen materias de gran importancia sobre las cuales los principios no se pronunciaron. En otros temas como es el caso de la

---

internacionales, representan una nueva aproximación al derecho de los negocios internacionales, y son un intento por remediar muchas de las deficiencias surgidas del derecho aplicable a tales negocios. No están concebidos como una forma de modelo de cláusulas contractuales para ningún tipo de convenio en particular, ni constituyen una forma de convención internacional de ley uniforme para los contratos internacionales, y como se verá más adelante, derivan su valor solamente de su fuerza persuasiva. Los Principios son un intento por enunciar reglas que son comunes a la mayoría de sistemas legales existentes, y al mismo tiempo, adoptar soluciones que mejor se adapten a las necesidades del tráfico internacional". Oviedo Alban, Jorge: "La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los principios para los contratos comerciales internacionales." <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.htm> Consultado el 17 de junio de 2007, a las 10:06 horas.

<sup>29</sup> Los *restatement* son una elaboración doctrinaria del American Law Institute que "como organización de carácter profesional experta en los temas jurídicos de la escuela legal del *common law*, busca promover un acercamiento entre los preceptos legales y la sociedad, contribuyendo con ello al desarrollo uniforme del derecho en los Estados Unidos. Entre sus trabajos más destacados encontramos aquellos que hace referencia a la organización y clarificación de las normas que tienen asiento en la comunidad jurídica norteamericana. A estos trabajos se les ha denominado: *restatement of the law*, los cuales consisten básicamente en la revisión y precisión de los conceptos legales que componen el sistema jurídico federal, estando hasta el momento integrado por cuatro revisiones que han englobado un sinnúmero de materias como: contratos, sucesiones, responsabilidad civil, enriquecimiento sin causa, conflicto de leyes, derecho de la competencia, relaciones internacionales, etcétera." Marín Fuente, José Luis: "El nuevo procedimiento civil internacional y su referencia para Colombia." Por <http://elnoticias.wordpress.com/2006/10/13/el-nuevo-procedimiento-civil-internacional-y-su-referencia-para-colombia/>. Consultado el 11 de junio de 2007, a las 9:00 horas.

<sup>30</sup> Así lo han determinado algunas sentencias. Sobre el particular ver Oviedo Alban, Jorge. 2007. Op. Cit.

revisión por excesiva onerosidad, las soluciones son bastante discutibles y no se pueden considerar, a lo menos por ahora, como partes de la nueva *Lex Mercatoria*. Sin embargo hay algunas materias tales como *Pacta Sunt Servanda*, Principio de Buena Fe, en que no cabe duda que si son parte de la *Lex Mercatoria*<sup>31</sup>.

Otro de los valiosos instrumentos en los que ha trabajado UNCITRAL han sido las denominadas *leyes modelos*<sup>32</sup>. Las leyes modelos son instrumentos que han sido elaborados por UNCITRAL sobre temas de gran importancia para el derecho mercantil. Adoptan la forma de una ley, con el objeto de servir de modelo a las autoridades legislativas de los diversos países, a fin de que por esta vía se logre una mejor integración de los diversos ordenamientos jurídicos. Estos textos así concebidos tienen la ventaja de que para entrar en vigencia deben ser sancionadas por la vía de la legislatura interna, lo que les da un mayor sello de legitimidad y permite además hacer los ajustes necesarios para su integración a los ordenamientos jurídicos particulares<sup>33</sup>. Sin embargo, para que las leyes modelos funcionen como auténticos instrumentos de unificación del derecho, esta adaptación a la legislación interna debe hacerse procurando no tocar los aspectos de fondo de

---

<sup>31</sup> Matute Morales, Claudia, “El Arbitraje Comercial Internacional: Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional”. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-5>. Consultado el 3 de marzo de 2007, a las 15:09 horas.

<sup>32</sup> Las leyes modelos también han sido concedidas por UNIDROIT, así por ejemplo este organismo ha dado a conocer la “Model Franchise Disclosure Law”, la que se encuentra disponible en <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/main.htm>. Sin embargo las publicadas por esta institución no han tenido la misma repercusión que las dadas a conocer por UNCITRAL.

<sup>33</sup> Martínez Cañellas, Anselmo. Op. Cit. Pág. 8.

cada ley modelo, a fin de evitar su desnaturalización o llegar a afectar los principios esenciales en los que éstas se fundamentan.

Tanto la jurisprudencia como la costumbre del comercio internacional han hecho valiosos aportes al arbitraje comercial internacional, ya que han desarrollado principios que han resultado fundamentales en la práctica y que han sido recogidos por los instrumentos internacionales posteriores a la Convención de Nueva York.

El más importante de estos principios es el denominado *Kompetenz-Kompetenz*. Este principio señala que es el propio tribunal arbitral quien tiene la facultad de decidir acerca de su propia competencia.

Este principio tiene su origen en la jurisprudencia arbitral y tiene su justificación en la idea de minimizar la intervención de los tribunales nacionales, lo que, sin duda, está en perfecta concordancia con el espíritu del arbitraje.

Otro de los principios que ha visto la luz con la práctica de los tribunales arbitrales es el de la *autonomía de la cláusula arbitral*. Este principio expresa que el cuestionamiento de la validez del contrato principal no afecta la validez de la cláusula compromisoria. La autonomía de la cláusula arbitral la encontramos respaldada por una amplia jurisprudencia internacional. Así la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de Octubre de 1994 falló a este respecto lo siguiente: "...El primer motivo de anulación, al amparo del artículo



45.1 de la Ley de Arbitraje (de España), se funda en la inexistencia del convenio arbitral por hallarse inserta la cláusula de arbitraje en un contrato, el de once de agosto de 1992, sometido a condición suspensiva, que no se ha cumplido, por lo que el único contrato válido y eficaz entre las partes es el de 19 de diciembre de 1991, que no contenía convenio arbitral; la expresada alegación que, rectamente entendida, se refiere a la ineficacia, no a la inexistencia del convenio arbitral, carece de todo sustento; el principio de autonomía de la cláusula compromisoria, que halla su traducción legal más rigurosa en el artículo octavo de la Ley de Arbitraje, hace inmune el convenio arbitral a las condiciones que suspendan la eficacia inicial del negocio jurídico o determinen su ineficacia sobrevenida; precisamente la cuestión nuclear controvertida entre las partes es la de si se ha de aplicar en perjuicio de la demanda el principio '*dolus pro impleta conditione*' y el motivo hace supuesto de dicha cuestión, lo que ha de determinar, junto con lo mas arriba expuesto, a desestimarlo, sin más"<sup>34</sup>.

Nuestros tribunales de justicia también han reconocido este principio, sobre el particular es interesante un fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, el que señala en lo pertinente: "2º Que el pacto de arbitraje -sea bajo la forma de compromiso o de cláusula compromisoria- constituye un contrato autónomo e independiente, en que las partes acuerdan sustraer

---

<sup>34</sup> Jurisprudencia arbitral. Breviario de sentencias Internacionales del: Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales de España. Páginas 10 y 11.

determinadas materias del conocimiento de la jurisdicción para someterlas a un juicio arbitral. Dicho pacto es en sí un contrato perfecto: sí se han designado los árbitros será compromiso y si falta su nominación, cláusula compromisoria en que se contrae la obligación de efectuar esa designación. Por tanto, la existencia de la convención arbitral no está condicionada a la vigencia o subsistencia de un contrato en particular, aun cuando la materia que se somete a arbitraje diga relación con otro negocio jurídico entre las partes”.<sup>35</sup>

Tanto la *Kompetenz-Kompetenz*, como la autonomía de la cláusula arbitral apuntan al mismo objetivo central, esto es dar sentido a la autonomía de la voluntad.<sup>36</sup> Ambos principios buscan garantizar la efectividad de la opción de los contratantes de someterse a arbitraje. *Kompetenz-Kompetenz* permite recurrir directamente al árbitro a fin de que éste defina si es competente para conocer de un litigio, si así no fuera y debiera acudir al tribunal nacional: “El resultado sería irónico además de contrario al deseo de las partes: para arbitrar hay que litigar: de desear evitar acudir a tribunales es necesario acudir a tribunales para que decidan remitir a las partes al arbitraje”.<sup>37</sup>

La utilidad del principio autonomía de la cláusula se manifiesta en el siguiente razonamiento: “En caso de que parte de las pretensiones de una de

---

<sup>35</sup> “Calzados La Florida limitada con calzados Crillón Limitada” Corte de Apelaciones de Santiago 28 de Mayo de 1980. “El Arbitraje en la Jurisprudencia Chile. Recopilación de Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en Materia Arbitral.” Recopilación de la Cámara de Comercio de Santiago. 2005.

<sup>36</sup> González de Cossío, Francisco: “El Principio Compétence-Compétence, Revisitado.” Pág. 1. [http://www.camex.com.mx/COMPETENCE\\_REVISITADA\\_Final\\_.pdf](http://www.camex.com.mx/COMPETENCE_REVISITADA_Final_.pdf). Consultado el 11 de diciembre de 2006, a las 17:25 horas.

<sup>37</sup> Ibid.

las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, dado el principio de *Competence* tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral (que es parte del contrato) como accesorio seguiría la suerte de lo principal: el acuerdo arbitral también sería nulo, y el laudo que al amparo del mismo se emita no podría tener efectos jurídicos, un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades)”<sup>38</sup>.

Lo que demuestra el desarrollo de estos principios por parte de la jurisprudencia arbitral es la extraordinaria adaptabilidad del arbitraje, ya que a través de su desarrollo se ha buscado garantizar la efectividad de quienes elijan someterse a esta clase de procedimientos.

La bondad de estas elaboraciones jurisprudenciales ha sido confirmada por la amplia acogida de dichos principios en las diferentes legislaciones sobre esta materia y también en la práctica de los tribunales nacionales de diferentes países<sup>39</sup>.

El corolario de esta consagración universal de ambos principios se encuentra en su reconocimiento positivo primero a través de la Convención de

---

<sup>38</sup> Ibid. Pág. 3.

<sup>39</sup> Con todo, la aceptación unánime de estos principios no ha estado exenta de problemas, sobre todo, por las aprehensiones de los tribunales nacionales en cuanto a ver afectadas sus atribuciones. Sobre este particular véase González de Cossío, Francisco. Op. Cit.

Nueva York (más explícitamente el de autonomía de la cláusula arbitral, que *Kompetence-Kompetence*)<sup>40</sup> y actualmente en la ley modelo de arbitraje comercial la que recoge ambos principios en su artículos 8. Esta norma reitera la regla expresada en la Convención de Nueva York, del que se deriva necesariamente el principio de autonomía de la cláusula arbitral y el artículo 16 que explicita tanto el referido principio de autonomía como el de *Kompetenz-Kompetenz*.<sup>41</sup> De esta manera, los principios que en un comienzo sólo fueron aceptados como costumbre, con la adopción de esta normativa por un gran número de estados en la actualidad, es posible afirmar que se trata de un gran triunfo de los árbitros que se atrevieron a elaborar dichos principios.

### **3- Hard Law**

Más allá de la labor independiente de UNCITRAL y UNIDROIT, que han brindado una ayuda invaluable al proceso de unificación del Derecho, el poder político de los Estados ha entendido desde temprano, que gran parte de la prosperidad de su comercio, y por tanto de sus países, depende de otorgar las mejores condiciones para que el intercambio florezca. Entre estas condiciones, por supuesto, se encuentran los sustratos jurídicos que sirven de telón de fondo

---

<sup>40</sup> El artículo II N° 3 de la Convención de Nueva York expresa: “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.” El texto de la Convención de Nueva York está tomado de Sandoval López, Ricardo. Op. Cit. Apéndices. Págs. 241-247.

<sup>41</sup> El artículo 16 N° 1 de la ley modelo señala: El Tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula, 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 entrará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

a las transacciones internacionales. Es por ello que se buscó entre los diversos Estados llegar a acuerdos que facilitaran la resolución de los conflictos comerciales internacionales en la forma más eficiente posible. De esta manera se han realizado avances significativos en materias sustantivas a través de instrumentos normativos como la Convención de Roma sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales o la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercadería.

De otra parte y al amparo de la Organización de las Naciones Unidas se ha creado la UNCITRAL, la que ha colaborado con el objetivo de lograr la unificación del derecho mercantil internacional a través de diversos medios. Una de estas formas de colaboración ha sido la elaboración de convenciones internacionales sobre temas de capital importancia, de las cuales la más exitosa ha sido sin duda la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías. Esta convención ha sido adoptada por numerosos países y ha sido aplicada profusamente por los Tribunales de diferentes partes del mundo, tanto de carácter nacional como arbitrales<sup>42</sup>.

En el ámbito latinoamericano es destacable desde el punto de vista doctrinal la convención interamericana de México sobre derecho aplicable a los

---

<sup>42</sup> Para consultar jurisprudencia sobre la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías ver: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/case\\_law/abstracts.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/abstracts.html). En estos fallos se puede apreciar un reconocimiento al valor de esta convención no sólo proveniente de los tribunales arbitrales, sino que también de la mayoría de los tribunales nacionales de los estados suscriptores. Sin embargo, a pesar de formar parte de nuestro ordenamiento jurídico y de que se han realizado varios trabajos por profesores nacionales, no existe ningún fallo que se conozca, que haya hecho aplicación de esta Convención.

contratos y la convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional<sup>43</sup>. Lamentablemente en el caso de la convención de México sobre derecho aplicable a los contratos, este valioso instrumento no ha resultado posible de aplicar como instrumento normativo, por cuanto no ha contado con las suficientes ratificaciones para que entre en vigencia<sup>44</sup>.

Toda esta normativa puede ser vista como la respuesta conciente del poder político al problema planteado por la diversidad jurídica. Estos esfuerzos han tenido un gran impacto en la práctica del derecho comercial internacional, ya que han implicado un apoyo fundamental a éste movimiento y a su legitimación y aceptación generalizada.

#### ***4.- Desarrollo de la normativa del Arbitraje Comercial Internacional.***

##### **4.1-Los Acuerdos de Ginebra**

El sistema jurídico del arbitraje comercial internacional ha sido construido durante buena parte del siglo XX y lo que va del siglo XXI, a través de una progresiva toma de conciencia de lo necesario de regular en forma eficiente las inevitables disputas que surgen a raíz del comercio transfronterizo. De esta manera en el seno de la Sociedad de Naciones surgen las primeras

---

<sup>43</sup> El texto de la Convención de México se encuentra disponible en la página web <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-56.html>. Consultado el 30 de mayo de 2007, a las 13:45 horas.

<sup>44</sup> A la fecha la convención de México sólo ha sido ratificada por México, Brasil, Bolivia, Uruguay y Venezuela. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>. Consultado el 30 de diciembre de 2007, a las 14:12 horas.

convenciones internacionales de carácter general sobre el arbitraje, los denominados acuerdos de Ginebra.

Los acuerdos de Ginebra son dos convenciones internacionales, la de 1923 (Sobre Ejecución de Cláusulas Arbitrales) y la de 1927 (Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales), que aparecen como los primeros pasos hacia buscar una regulación a esta realidad<sup>45</sup>.

De ellas el Convenio de Ginebra de 1927 fue el que abordó con mayor amplitud los temas más relevantes para el arbitraje comercial internacional, sin embargo lo hizo con severas deficiencias las que impidieron que fuera un instrumento adecuado para el arbitraje comercial. La más importante de estas deficiencias es la exigencia de un doble exequátur para hacer ejecutables los laudos arbitrales, esto significaba que quien requería la ejecución de un laudo arbitral, conforme al convenio de Ginebra de 1927 debía obtener un certificado de que este fallo se encontraba ejecutoriado en el país donde el fallo arbitral había sido dictado y recién ahí se podía requerir el cumplimiento del fallo en el país donde se pedía su reconocimiento, por lo que se requería probar un hecho negativo, el que no existían razones para que la sentencia no fuera ejecutada<sup>46</sup>.

A pesar de no haber cumplido enteramente con los objetivos que se tuvieron en vista al ser adoptados los estos Convenios, si cumplieron una

---

<sup>45</sup> Santos Balandros, Rubén: "Arbitraje comercial internacional: tendencias y perspectivas." Ed. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1988, Pág. 24.

<sup>46</sup> Ibid. Pág. 25.

función histórica, ya que demostraron la importancia que los Estados le dieron al arbitraje internacional. Sin embargo los nuevos intentos sobre esta materia deberían esperar hasta después de la Segunda Guerra Mundial.

#### **4.2.-Convención de Nueva York**

Tras la Segunda Guerra Mundial, y superado el trauma de ésta, resurge con fuerza el intercambio comercial internacional. Es por ello que a fines de la década de 1940, queda en evidencia que el creciente tráfico entre las naciones requiere una nueva regulación que se haga cargo de los problemas aparejados a él. Evidentemente, la justicia ordinaria no es el medio idóneo para hacer frente a estas dificultades, y las primeras instituciones de arbitraje institucional requieren de un sustento más sólido bajo cuyo amparo puedan crecer.

Con este objetivo la Cámara de Comercio de París concibió un proyecto de “Convención de Sentencias Arbitrales Internacionales”, al que ya se ha hecho referencia, el que fue acompañado de un informe que señalaba la necesidad de lograr un laudo desnacionalizado, es decir sin conexión con las legislaciones nacionales<sup>47</sup>.

Este proyecto fue sometido a la consideración de la Secretaría de Naciones Unidas y luego de un proceso de discusión en su seno nacerá la Convención de Nueva York, sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

---

<sup>47</sup> *Ibíd.*



La Convención de Nueva York de 1958 es el instrumento jurídico más exitoso de todo el siglo XX, ya que cuenta con un significativo número de ratificaciones, entre ellas la del estado chileno<sup>48</sup>. Se trata de un texto simple, eminentemente práctico y que aborda los diversos problemas que se presentan ante un arbitraje internacional, lo que hace que su contenido escape a lo enunciado por su título. Esto por cuanto regula tópicos tales como la validez de los acuerdos de arbitraje, en su artículo II se refiere a temas susceptibles de ser arbitrados. Nos presenta además una manera simple de hacer ejecutar el laudo arbitral y por cierto toca el tema de la denegación de ejecución del laudo arbitral. Por lo antes expuesto, es evidente que la Convención de Nueva York deja sentado ciertos principios, en torno a los cuales girara en el futuro todo el sistema del arbitraje internacional, estos principios son los de la necesidad de escrituración del acuerdo de arbitraje; el de presunción de validez del laudo, ya que éste se considera siempre en principio válido, debiendo probarse que no lo es; la prohibición de que el juez nacional conozca el fondo de lo fallado por el tribunal arbitral y la estricta limitación de las causales de denegación de la ejecución.

La Convención de Nueva York subsanó la mayor deficiencia del Convenio de Ginebra de 1927, ya que otorgó una presunción de ejecutabilidad al laudo que se presenta para su cumplimiento, debiendo quien se opone a la

---

<sup>48</sup> Actualmente esta convención ha sido ratificada por 137 estados, según datos de UNCITRAL en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html). Consultado el 20 de diciembre de 2007, a las 9:17 horas.

ejecución probar que existe alguna de las causales a las que la Convención considera como suficientes para denegar la ejecución o el reconocimiento, acabando de esta manera con la idea del doble exequátur.

Como texto eminentemente práctico se creyó conveniente adoptar como título para esta este instrumento el de “Convención Sobre Reconocimiento y Ejecución de *Sentencias Arbitrales Extranjeras*”, omitiendo la expresión propuesta por la CCI en su proyecto, que como se ha dicho, proponía un reconocimiento expreso a los Laudos Arbitrales Internacionales, paso que se consideró demasiado progresista por la asamblea.

La Convención de Nueva York de 1958 contempló la posibilidad de formular dos reservas a la hora de ratificar la Convención. La primera de esas reservas es la llamada “Reserva de Reciprocidad”, es decir sujetar la posibilidad de ejecutar las sentencias de un país, a que dicho país también declare ejecutables sus sentencias. En segundo lugar se podía suscribir la convención declarando que esta sería aplicable solamente a los litigios que la legislación del país suscriptor declarara como comerciales<sup>49</sup>. En el caso de Chile no se hizo

---

<sup>49</sup> A este respecto el artículo I.3 de la Convención de Nueva York señala lo siguiente: “En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno”.

ninguna de tales reservas y se ratificó el 4 de septiembre de 1975, entrando en vigencia el 3 de diciembre del mismo año<sup>50</sup>.

Con todo el valor que adquirió con los años la Convención de Nueva York, es indudable que la normativa sobre esta materia debía reflejar los avances que se iban obteniendo en materia de unificación del derecho, a fin de obtener instrumentos jurídicos cada vez más depurados.

#### **4.3- Convención de Panamá**

En el ámbito latinoamericano también se ha buscado una regulación acorde a los nuevos tiempos, es así que después de varias conferencias y acuerdos preparatorios se adoptó una convención de vigencia regional, usando como modelo la Convención de Nueva York. De esta manera se firmó la Convención de Panamá sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales de 1975.

Esta convención pretendió cumplir en el ámbito americano idéntica función que la que cumplió la Convención de Nueva York en el resto del mundo.<sup>51</sup>

Sin embargo, este instrumento ha tenido una aplicación limitada, debido en gran parte, a que en su articulado no clarifica su ámbito de aplicación. El

---

<sup>50</sup> En [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html). Consultado el 4 de agosto de 2007, a las 16:10 horas.

<sup>51</sup> Santos Balandros, Rubén B. 1988. Op. Cit. Página 30.

título de la Convención de Panamá fija como litigios que quedan bajo la competencia de este instrumento a los arbitrajes “Comerciales” e “Internacionales”, pero no define ninguno de los dos conceptos. Además para que la Convención sea aplicable se requiere que las partes del litigio tengan su domicilio en alguno de los países signatarios.

Es por las anteriores consideraciones que en la práctica la Convención de Nueva York tiene un régimen más favorable al arbitraje internacional, ya que esta última establece un ámbito de aplicación claro y de mayor amplitud que la de Panamá.

#### **4.4- El reglamento de arbitraje comercial internacional de la UNCITRAL**

El reglamento de arbitraje de la UNCITRAL fue aprobado por este organismo en 1976, tras varias consultas, tanto con instituciones de arbitraje como con expertos en la materia<sup>52</sup>. Los objetivos de este texto es aunar los procedimientos por parte de los árbitros tanto ad-hoc, como institucionales. Un objetivo adicional que se plantea para un instrumento como éste, es que se espera que en la medida que los privados hicieran frecuente referencia en las cláusulas arbitrales al reglamento de la UNCITRAL esto colaborará en la aceptación universal de los principios inspiradores de este instrumento.

---

<sup>52</sup> “Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.” [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1982Recommendations\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1982Recommendations_arbitration.html). Consultado el 21 de noviembre de 2007, a las 12:45 horas.

El artículo 1.1 de este reglamento establece su ámbito de aplicación, disponiendo que “Cuando las partes en un contrato hayan acordado por escrito que los litigios relacionados con ese contrato se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar por escrito.”

El reglamento de arbitraje de la CNUDMI se refiere a cómputos de plazos, notificaciones del arbitraje (sección I); composición del tribunal arbitral (número, nombramiento, recusación y sustitución de los árbitros, estas normas están contenidas en la sección II); normas de procedimiento, entre estas últimas se encuentran normas acerca del idioma, demanda y contestación, notificaciones de la demanda y la contestación, declinatorias de competencia, prueba y reglas para efectuar las audiencias, normas acerca de medidas provisionales, peritos, rebeldías y cierres de las audiencias (sección III); en tanto la sección IV se refiere al laudo y aborda temas como la forma y efectos del laudo, la ley aplicable al laudo, maneras alternativas de terminar con el procedimiento y costas.

Como se puede apreciar del análisis de la norma contenida en el artículo 1.1 que establece el ámbito de aplicación de este reglamento, el texto fue concebido para ser incluido en los arbitrajes de carácter ad-hoc, pero las instituciones de arbitraje pueden contar con una normativa que les puede

resultar un valioso auxiliar.<sup>53</sup> Inclusive, organismos como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial lo han adoptado como normativa propia aplicable<sup>54</sup>.

#### **4.5- Ley Modelo de Arbitraje**

Anteriormente se ha hecho referencia a las denominadas leyes modelos como instrumentos de la unificación del derecho del comercio internacional. De estos instrumentos uno de los más importantes es la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, texto concebido por UNCITRAL y que ha sido incorporado a los ordenamientos jurídicos de un gran número de países<sup>55</sup>.

La ley modelo de arbitraje nos entrega una regulación bastante completa del arbitraje comercial internacional y que vino a complementar el sistema de las convenciones de Nueva York y de Panamá, ya que refleja los importantes avances doctrinarios que ha experimentado la normativa sobre esta materia.

Además de esta diferencia formal, las convenciones de Nueva York y Panamá no tienen, en principio, el objetivo de dar un marco general al proceso

---

<sup>53</sup> Sandoval López, Ricardo. Op. Cit. Pág. 67.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en Alemania, Australia, Austria (2005), Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Dinamarca (2005), Egipto, España, la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, el Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nicaragua (2005), Nigeria, Noruega (2004) , Nueva Zelandia, Omán, Paraguay, el Perú, Polonia (2005), la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía (2001), Ucrania; los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregon y Texas; Zambia, y Zimbabwe. [Http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html). Consultado el 27 de noviembre de 2007, a las 10:19 horas.

de arbitraje comercial internacional, sino más bien la regulación de una etapa particular del procedimiento arbitral, cual es, el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

De la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL es posible destacar que consagra varios principios, los que forman un núcleo que no se puede derogar al aprobar su promulgación sin alterar gravemente su fisonomía. Uno de estos principios, quizá el más importante, es el consagrado por el artículo 5 de la Ley Modelo, el cual impide que los tribunales nacionales intervengan en el procedimiento arbitral, a menos que la ley solicite su intervención. Además de principios tales como la escrituración del acuerdo de arbitraje, el resguardo a la bilateralidad de la audiencia, la facultad del tribunal arbitral de decidir sobre su propia competencia (la llamada *Kompetenz-Kompetenz*) y la prohibición de que los tribunales nacionales revisen el fondo de los laudos arbitrales que se soliciten de acuerdo al procedimiento que establece esta ley.

#### **4.6.- Los trabajos actuales de UNCITRAL en materia de arbitraje comercial internacional**

Hay que destacar que la labor de UNCITRAL está en constante revisión, es así como existe un grupo de trabajo especialmente dedicado al estudio de la normativa acerca del arbitraje comercial internacional: el grupo de trabajo II de UNCITRAL, encargado de arbitraje y conciliación, que inició su 47º periodo de sesiones el 10 de septiembre de 2007. Uno de sus objetivos prioritarios es la

revisión del reglamento de arbitraje comercial internacional<sup>56</sup>. Las conclusiones de esta revisión están contenidas en un informe del 3 de agosto de 2007, y que contenía modificaciones a las Disposiciones introductorias (artículo 1 a artículo 4 bis) y composición del tribunal arbitral (artículo 5 a artículo 14)<sup>57</sup>. Asimismo, el informe del Grupo de trabajo sobre arbitraje y conciliación, proveniente de su 47º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de septiembre de 2007), el que se refiere fundamentalmente al procedimiento arbitral (artículos 21 a 30) y al laudo (artículos 31 a 37)<sup>58</sup>. El próximo periodo de sesiones de esta comisión está agendado para el 4 de febrero de 2008 y uno de los temas que se plantean como prioritarios para este periodo de sesiones es el de la solución de controversias por vía electrónica<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup> En <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V07/880/64/PDF/V0788064.pdf?OpenElement>. Consultado el 4 de noviembre de 2007, a las 20:00 horas.

<sup>57</sup> *Ibíd.*

<sup>58</sup> *Ibíd.*

<sup>59</sup> “Entre los otros temas mencionados que cabría incluir en la labor futura del Grupo de Trabajo figuraban los problemas planteados por la solución de controversias por vía electrónica.” Además se plantea que: “En su 48º período de sesiones se prevé que el Grupo de Trabajo concluya su primera lectura de los artículos 38 a 41 de la versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNDUMI, basándose en la mencionada nota de la Secretaría, y que inicie su segunda lectura del proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje, basándose en las notas preparadas por la Secretaría”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional Grupo de Trabajo II (Arbitraje), 48º periodo de sesiones. Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2008. Programa provisional anotado. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/V07/880/64/PDF/V0788064.pdf?OpenElement>. Pág. 4. Consultado el 12 de agosto de 2007 a las 17:12 horas.



### **III.- Marco Regulatorio del arbitraje en Chile.**

#### ***1.-Ley 19.971 de Arbitraje Comercial Internacional.***

Considerando la actual realidad de nuestra economía, la que no es ajena a las tendencias mundiales de un mundo globalizado, nuestro país ha intentado insertarse en la realidad mundial que acepta como deseable una mayor integración en todo sentido. Esta es la motivación por la que Chile ha suscrito diversos acuerdos de integración en el plano comercial; de hecho, los tratados de libre comercio con una gran cantidad de países están insertos en esta lógica. Pero esta integración en el plano de los negocios, debe tener un correlato en el mundo normativo. Por la misma razón Chile también ha suscrito importantes instrumentos normativos, siendo los ejemplos más relevantes la Convención de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías o las ya citadas convenciones de Nueva York y Panamá.

Relevante en este nuevo escenario es la forma en que se resolverán las inevitables controversias que se producen en el ámbito del comercio mundial. En este plano la realidad ha marcado que las transacciones comerciales actuales tienen con creciente frecuencia cláusulas arbitrales<sup>60</sup>. Por razones de costos tanto económicos, como de asistencia legal, se puede sostener que a un

---

<sup>60</sup> Por ello una de las razones que se plantearon para promulgar una nueva ley de arbitraje fue la multiplicación de las transacciones con cláusula de arbitraje. Al respecto el mensaje del ejecutivo a la cámara de diputados señaló lo siguiente: “Como es sabido una parte importante de estas transacciones toma la forma de contratos internacionales con cláusulas de arbitraje. Es evidente que al redactar dichas cláusulas es de vital importancia determinar el grado de especificidad de la ley que rige el arbitraje internacional”. Mensaje N° 15-349 de 2 de julio de 2003, del ejecutivo a la Cámara de Diputados, Pág. 2.

comerciante chileno le es mucho más ventajoso litigar en nuestro país que en el extranjero. Sin embargo, para que un contratante extranjero no estime inviable la opción de someter una determinada controversia a un tribunal arbitral en suelo nacional es imperativo disponer de un escenario jurídico adecuado, a fin de que se otorguen suficientes garantías para ambas partes.

Esta es una de las principales motivaciones de que nuestro país haya promovido una reforma en el sistema jurídico que regula el arbitraje, ya que la normativa a este respecto contenida en los Códigos de Procedimiento Civil y Orgánico de Tribunales data del siglo XIX<sup>61</sup>.

El mensaje del ejecutivo que dio origen a esta ley se plantea un objetivo mucho más ambicioso que el de facilitar la solución de los litigios a los comerciantes nacionales, ya que expresa la idea de hacer de Chile una plaza que preste servicios de arbitraje a los países de la región, aprovechando sus ventajas comparativas. Las ventajas que se destacan de nuestro país son que cuenta con una larga tradición de estabilidad y confiabilidad hacia el exterior, y a esto se agrega el respeto que por regla general se guarda en Chile al derecho y a las instituciones jurídicas<sup>62</sup>.

---

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> Boletín N° 3253-10, actas de la Cámara de Diputados, Legislatura 349ª, Ordinaria, Sesión 4ª, martes 10 de junio de 2003., pág. 52 y 53. Sin ánimo de negar la posibilidad de que un objetivo de esta clase sea posible, existen ciertas limitaciones estructurales en nuestro país de las cuales, todos quienes estén interesados en la promoción de este objetivo, deben hacerse cargo. Las limitaciones de carácter geográfico son relevantes y ni aun con los actuales adelantos técnicos deja de ser relevantes. Otras dificultades dicen relación con la preparación de abogados especializados en esta clase de litigios, aspecto subdesarrollado en nuestra cultura jurídica.

Con estas aspiraciones en vista, nuestro país aprobó en 2004 una ley de arbitraje comercial internacional: la ley 19.971. Este cuerpo normativo no es sino la adaptación de la ley modelo de UNCITRAL sobre esta materia.

En derecho comparado existen dos alternativas cuando se desea regular esta materia. Por una parte es posible considerar que el arbitraje interno y el internacional responden a lógicas diversas, por lo cual requerirían de una normativa diferenciada. A esta alternativa de reglamentación se le denomina regulación binaria o dual<sup>63</sup>. Por otra parte es posible sostener que el arbitraje, como método de solución de controversias responde a los mismos principios y lógica, por lo que no se justifica hacer una diferencia entre arbitraje nacional e internacional y lo adecuado sería tener una regulación única<sup>64</sup>.

En Chile se optó por una reglamentación de carácter binaria del arbitraje, es decir, se distingue una normativa que rige para el arbitraje interno, donde aún resulta aplicable la normativa de los Códigos Orgánico de Tribunales y de Procedimiento Civil y el arbitraje internacional en donde se debe aplicar la

---

<sup>63</sup> “Las diferencias entre estas dos modalidades (arbitraje nacional e internacional) no se pueden soslayar. En efecto, mientras el arbitraje interno es una alternativa para las partes, el arbitraje internacional constituye una verdadera necesidad, pues es el método por excelencia en el ámbito internacional para resolver controversias.” Picand Albónico, Eduardo. Op. Cit. Pág. 52.

<sup>64</sup> En Perú la cuestión de si era conveniente una regulación binaria o unitaria del arbitraje. Sobre el particular se dijo: “Unos, los menos, proponían un solo tipo de arbitraje, fundamentando su posición principalmente en dos razones: 1) simplicidad; y, 2) en el hecho de que las normas sobre arbitraje debían ser idénticas, sin importar la calidad de “nacional” o “internacional” de la controversia.” Pero se optó por una regulación binaria y sobre ello se señaló que: En cambio, la mayoría (nosotros incluido), opinamos que resultaba conveniente dividir la temática del arbitraje en Nacional e Internacional, no porque consideráramos que ambos tipos de arbitraje requerían de reglas de juego distintas, sino por razones eminentemente prácticas.” Cantuarias Salaverry, Fernando: ¿Ha Sido Correcta la decisión de que la ley general de arbitraje regule dos tipos de arbitraje: nacional e internacional? Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. 04 de Noviembre de 2004. [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/regulacion\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/regulacion_arbitraje.php)

nueva ley de arbitraje comercial internacional<sup>65</sup>. La opción que ha tomado nuestro derecho, de regular el arbitraje de manera diferenciada, no es posible de calificación alguna aún, ello por cuanto la Ley de Arbitraje Comercial Internacional lleva un escaso tiempo de vigencia, por lo que no se puede, a esta altura, realizar una evaluación seria sobre el particular<sup>66</sup>.

La aprobación de esta normativa no estuvo exenta de dificultades, principalmente por la postura de nuestro máximo tribunal, donde se manifestaron dudas acerca de la forma en que la aprobación de esta ley podía afectar sus facultades. El artículo 5 de la ley de arbitraje comercial internacional dice lo siguiente: “Alcance de la intervención del Tribunal. 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.” Con respecto a esta disposición el Informe de la Corte Suprema acerca del proyecto de ley de arbitraje comercial internacional, expresa que debe entenderse sin perjuicio de las facultades correctivas y

---

<sup>65</sup> La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje señala en su exposición de motivos: “Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje internacional sea regulado totalmente o en gran medida por preceptos distintos que el arbitraje interno) y monismo (que, salvo contadas excepciones, los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional), la ley sigue el sistema monista. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base -corroborada por la tendencia actual en la materia- de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa.” <http://www.arbin.org/legislacion.htm>. Consultado el 3 de diciembre de 2007, a las 16:00 horas.

<sup>66</sup> “Si bien el funcionamiento del arbitraje interno se cataloga como exitoso, su marco regulatorio es susceptible de ser perfeccionado. En este sentido, podría evaluarse una fusión de los dos regímenes en el sentido de extender la normativa basada en la Ley de la UNCITRAL a los arbitrajes domésticos. Dicha reforma, sin embargo, debería planificarse con cautela. Una condición necesaria para su implementación la constituye una asimilación exitosa del arbitraje internacional dentro del ordenamiento legal chileno, un proceso que parece haberse iniciado.” Mereminskaya, Elina “Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: En búsqueda de la armonía”. 2006. En [www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/97-114.pdf](http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/97-114.pdf). 2006 A. Consultado el 10 de noviembre de 2007, a las 11:10 horas. Pág. 17.

disciplinarias que posee el Supremo Tribunal sobre los otros Tribunales del país<sup>67</sup>.

Una postura como ésta abre la posibilidad de una potencial intromisión de los Tribunales Nacionales, a través de un eventual Recurso de Queja disciplinaria. Que un tribunal nacional intervenga, aún cuando sea el Supremo Tribunal del país, es de lo que las partes precisamente quieren escapar, por lo que se debe estar atento a este factor. Debemos tener presente que tales potenciales intervenciones conspiran con el objetivo de incentivar el juicio en Chile y van en contra de las actuales tendencias mundiales sobre el arbitraje<sup>68</sup>. El riesgo de una interpretación restrictiva o que considere a los árbitros como atados orgánicamente a un estado determinado, aleja a la ley de sus objetivos planteados<sup>69</sup>. Una interpretación extensiva en materia de recursos en el marco

---

<sup>67</sup> El oficio de respuesta de la Corte Suprema a la consulta del Congreso Nacional dice con respecto al artículo 5 lo siguiente: “Se observa que esta disposición debería dejar a salvo lo preceptuado en el artículo 79 de la Constitución Política de la República, esto es, que a la Corte Suprema le corresponde la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación. Del mismo modo, el recurso de inaplicabilidad de las leyes chilenas por inconstitucionalidad de las mismas.” Oficio N° 1306 de la Corte Suprema, al Congreso Nacional, de 09 de Julio de 2003. A este respecto dice el informe del Tribunal Constitucional en su considerando Décimo Sexto: “Que, según consta del Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado, de fecha 11 de mayo de 2004, el Profesor Bertelsen señaló que “la Corte Suprema de Justicia, al informar el proyecto, y el Honorable Diputado señor Edgardo Riveros consideraron que el artículo 5° del proyecto debía dejar a salvo la facultad que a aquélla otorga el artículo 79 de la Constitución Política de ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, e igualmente el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las leyes que le confiere el artículo 80 de la Carta Fundamental”, opinión que él compartía (págs. 20 y 21).” Oficio Rol N° 420.08-004, del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional. 25 de agosto de 2004.

<sup>68</sup> Así se expresa sobre este tema la nota explicativa de la UNICITRAL, que acompaña a la ley modelo: “Como lo prueban recientes modificaciones de las leyes de arbitraje, existe una tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Al parecer, esta tendencia se justifica porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir la competencia judicial y, en particular en los casos comerciales, prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad a prolongadas batallas judiciales”. <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/uncitral/icomars3.asp>. Consultado el 23 de abril de 2007, a las 9:35 horas.

<sup>69</sup> Esta confusión es evidente en nuestros legisladores en la etapa de discusión de esta normativa. Así lo demuestran ciertas opiniones vertidas durante la discusión de la ley 19.971, como la del senador Parra quien expresó: “Quiero, por

de la ley 19.971 ya ha sido sostenida por nuestros tribunales, y algunos fallos sobre esta materia lo han señalado de esta forma. Así en “Bullemore Gallardo, Vivian Con Isapre Vida Tres S.A.”, por sentencia de 16 de Agosto de 1990 nuestra Corte Suprema falló que: “La circunstancia de que en los contratos de salud previsional se estipula que todas las dificultades provenientes de la interpretación, aplicación o cumplimiento del convenio serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitrador, no quita competencia a la Corte de Apelaciones para conocer del recurso de protección pues éste constituye un procedimiento de carácter constitucional que tiene por objeto conocer en forma urgente y excepcional en caso de haberse incurrido en la violación de garantías fundamentales.” Incluso esta interpretación ha sido más amplia en materia de recurso de queja, por ejemplo en “Automotriz Francauto Punta Arenas S.A. Con Empresa Comercial Itala S.A.” en resolución de la Comisión Preventiva Central Dictamen N° 895/131 de 20 de Enero de 1994, en que se sostiene que: “La cláusula arbitral no puede contener disposiciones que atenten contra normas de Orden Público, como lo serían el suprimir el recurso de queja y el establecer

---

último, opinar respecto de lo planteado por el Senador señor Coloma sobre la posible intervención de abogados extranjeros ante un tribunal arbitral constituido en Chile y regulado por nuestro ordenamiento jurídico. Desde el momento en que él se cree en el país al amparo de la ley nacional, obviamente tendrá el carácter de tribunal chileno. Y, en ese entendido, es aplicable la legislación -si mal no recuerdo, la ley N° 18.120- que regula la intervención de letrados ante los tribunales y la representación judicial, más aún si se la considera como reglamentaria de lo establecido en el artículo 19, número 16°, de la Constitución Política de la República. El hecho de que un tribunal arbitral vaya a conocer conflictos que suscitados entre partes de distintos países -incluso entre dos partes que nada tengan que ver con nuestro Estado y con nuestra nacionalidad- no exonera la aplicación de las leyes chilenas vigentes en materia de representación judicial.” Como se ve se afirma la idea de que se está ante Tribunales Nacionales, idea totalmente en discordancia con las actuales tendencias imperantes sobre el arbitraje a nivel internacional y quizá más grave, deriva de este hecho la aplicación de las normas procesales de comparecencia en juicio a esta clase de procedimientos. Boletín N° 3253-10, actas de la Cámara de Diputados, Legislatura 349ª, Ordinaria, Sesión 4ª, martes 10 de junio de 2003.

que una sola de las partes pueda recurrir a su arbitrio o al árbitro designado o a la Justicia Ordinaria”<sup>70</sup>. Tales interpretaciones aún cuando fueron anteriores a la ley son indicios inquietantes. Sin embargo, hay ciertas señales que mueven a ser más optimistas, así la Corte de Apelaciones de Santiago, resolvió respecto de un recurso de protección promovido en contra del Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, donde tuvo una buena oportunidad para realizar un pronunciamiento acerca de esta materia, en la causa Rol 88-2006 de esta Corte. “Dicha resolución había confirmado la decisión de un Tribunal Arbitral de que un determinado procedimiento iba a ser sometido a la nueva Ley 19.971 por cumplirse los requisitos de aplicación de esta. El recurrente invocó el inciso 4 del N° 3 del artículo 19 de la Carta Fundamental, sosteniendo que el recurrido se había atribuido una facultad jurisdiccional y, pretendiendo ser un Tribunal de Justicia, dictó una resolución mediante la cual instruía y ordenaba al Tribunal Arbitral sobre cómo debe abordar la resolución de la contienda. La Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago desestimó el recurso y afirmó que tanto el árbitro como el recurrido no hicieron sino aplicar una ley que ya regía en Chile. Agregó un pasaje programático proclamando que “las partes acordaron someter sus disputas, controversias o diferencias a arbitraje de acuerdo con las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, y esta aplica la Ley 19.971 en los casos de arbitrajes comerciales nacionales, ya que es una garantía de certeza jurídica a las partes y demuestra, a la comunidad

---

<sup>70</sup> “El Arbitraje en la Jurisprudencia Chile. Recopilación de Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia” En Materia Arbitral. Cámara de Comercio de Santiago. 2005

internacional, el funcionamiento adecuado e imparcial de la institucionalidad de nuestro país”<sup>71</sup>.

La ley 19.971, sobre arbitraje comercial internacional, establece como su ámbito de aplicación, tal como su como su nombre lo indica, las controversias que sean de carácter internacional y que versen sobre materias comerciales. Por consiguiente es imperativo determinar aquello que considera esta ley como controversias comerciales e internacionales.

En la ley modelo elaborada por UNCITRAL, no se define lo que debe considerarse como “comercial”, sin embargo la nota de pie al artículo 1, 1), señala que “Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima,

---

<sup>71</sup> Mereminskaya, Elina. 2006 A. Op. Cit.



férrea o por carretera.”<sup>72</sup> A esto cabe agregar que la nota explicativa al final de la ley, señala dos cosas importantes. Primero que las operaciones que se mencionan en la nota de pie del artículo antes mencionado, lo son a manera meramente ejemplar, sin pretender limitar la expresión comercial a esos supuestos. En segundo lugar dispone que lo que la ley nacional considere como comercial no debe ser un factor relevante a la hora de interpretar la ley<sup>73</sup>.

En el caso de Chile se escogió incorporar al texto mismo de la ley la nota de pie que contempla la ley modelo. En el Mensaje del Ejecutivo a la Cámara de Diputados se expresó lo siguiente a propósito de cómo debía interpretarse la voz comercial: “Resulta necesario subrayar que la expresión comercial que utiliza la ley propuesta es distinta y mucho más amplia que el concepto de actos de comercio que consagra el Código de Comercio. No puede recurrirse, en consecuencia, al Art. 3° del mismo para dicha interpretación”<sup>74</sup>. Por ello y según lo expresa el propio mensaje del ejecutivo, se debe preferir una interpretación que sea favorable al arbitraje<sup>75</sup>. La decisión de incorporar al texto mismo de la

---

<sup>72</sup> El texto de la ley modelo de arbitraje se encuentra disponible en [www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html). Consultado el 27 de noviembre de 2007, a las 15:00 horas.

<sup>73</sup> Al respecto la citada nota dice lo siguiente: “11. En lo que respecta a la expresión "comercial", no es posible dar una definición estricta. El artículo 1 incorpora una nota en la que se pide "una interpretación amplia para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no". La nota de pie de página al artículo 1 contiene a continuación una lista de ejemplos de relaciones que deben considerarse comerciales, con lo que hace hincapié en la amplitud interpretativa que se propone, e indica que lo que la ley nacional pueda considerar "comercial" no es un factor determinante. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>. Consultado el 5 de octubre de 2007, a las 12:30 horas.

<sup>74</sup> Mensaje N° 15-349 de 2 de julio de 2003, del ejecutivo a la Cámara de Diputados, Pág. 9.

<sup>75</sup> Así lo señala la explicación previa de motivos del proyecto, que dice lo siguiente: “Es importante señalar que, siguiendo la tendencia internacional, el texto que se propone debe interpretarse en forma de

ley 19.971 la nota explicativa de UNCITRAL antes mencionada, puede calificarse como afortunada, ya que con ello se reduce de manera significativa, la opción de una interpretación restrictiva y al mismo tiempo, da un fuerte argumento de texto para una interpretación de carácter extensivo del carácter comercial de las controversias sometidas a esta ley.

Un segundo requisito para que sea aplicable la ley es que el conflicto sea de carácter internacional. Los criterios para considerar que un conflicto tiene el carácter de internacional son entregados por la propia ley en el artículo 1 N° 3. Estos criterios abren una importante ventana a la autonomía de la voluntad de quienes deseen someterse a arbitraje, como lo demuestra el artículo 1 N° 3, letra c el que expresa que un arbitraje es internacional: *“Cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”*.

## **2.- El artículo 5 de la ley 19.971 como manifestación de la autonomía de libertad.**

Uno de los puntos centrales de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional es la búsqueda de un sistema de justicia que no esté sujeto a los tribunales nacionales. En este sentido, el artículo 5 de la ley modelo establece como principio fundamental del procedimiento arbitral: la no intervención de los Tribunales Nacionales en los procedimientos de arbitraje, salvo que la propia

---

favorecer la vigencia del arbitraje internacional en su mayor amplitud para así apoyar el intercambio internacional.” Mensaje N° 15-349 de 2 de julio de 2003, del ejecutivo a la Cámara de Diputados, Pág. 7.

ley lo requiera. Con esta disposición como principio rector, se pretende garantizar al máximo la autonomía del procedimiento arbitral. Las partes al pactar un arbitraje han decidido conforme con la libertad de que gozan, someter un conflicto a un sistema de solución alternativo de controversias, por ello no es admisible que los tribunales nacionales intervengan en un litigio que se ha sometido a la justicia arbitral, pues ésta ha sido excluida expresamente como posibilidad, desde el momento en que los contratantes decidieron someterse a un sistema alternativo de justicia.

Las situaciones en que los tribunales nacionales están autorizados a intervenir en el procedimiento se encuentran enumeradas en forma taxativa y dicen relación, principalmente, con prestar asistencia a los tribunales arbitrales en aquellas diligencias en que requiera respaldo coercitivo de los tribunales nacionales para hacerlas efectivas y al control del laudo arbitral en casos muy calificados.

Así, si existen dificultades para designar a los árbitros se contempla en la ley la intervención del tribunal nacional, función que en nuestra ley ha sido encomendada a la Corte de Apelaciones del lugar donde se sigue, tal como lo dispone el artículo 11 de la ley 19.971. Idéntica idea se expresa en el artículo 17 el que contempla la asistencia del tribunal nacional cuando el tribunal arbitral requiera su asistencia para adoptar medidas cautelares. También la ley de arbitraje contempla en su artículo 27, la posibilidad de asistencia por parte de

los tribunales nacionales para la práctica de diligencias de prueba. Este mismo auxilio se requiere por quienes deseen el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales, procedimiento que se encuentra contemplado en la propia ley y que es idéntico a aquel que se contempla para la ejecución de los laudos arbitrales provenientes de otros países.

En Chile dicho artículo fue primero suprimido en la tramitación del proyecto de ley en el Congreso Nacional, siendo luego repuesto en el Senado, no sin antes ser objeto de observaciones por parte de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

Como bien afirmó el senador Muñoz Barra, al comentar la reposición del artículo 5, “Si el proyecto no se aprueba en los términos sugeridos por esta legislación modelo, sus normas no tendrán prácticamente ningún valor internacional. Es decir, estaríamos aprobando la nada misma. Ningún país se interesaría en tramitar arbitrajes en Chile, porque lisa y llanamente no le darían confianza”<sup>76</sup>.

Es difícil encontrar fundamentos que justifiquen tanta reticencia en contra de esta disposición, ya que la propia ley entrega los mecanismos adecuados para resguardar suficientemente la soberanía de cada estado que adopte como ley nacional la ley modelo.

---

<sup>76</sup> Diario de sesiones del Senado, legislatura 351<sup>a</sup>, ordinaria. Sesión 4<sup>a</sup>, en martes 15 de junio de 2004. Pág. 56.

### ***3.-Algunos principios de procedimiento presentes en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional***

La ley modelo de arbitraje nos presenta varios principios que resultan de particular importancia para la adecuada sustanciación de un proceso arbitral. A desarrollar algunas características de estos principios se dedican las siguientes páginas.

#### **3.1.- Respeto al debido proceso**

El debido proceso se encuentra resguardado en la ley de arbitraje comercial internacional a través de diversos mecanismos. Así el artículo 18 de la ley ordena otorgar un trato equitativo a las partes. Dicha formulación por ser de carácter sumamente general, debe entenderse en concomitancia con las garantías otorgadas por los diferentes pactos internacionales de derechos fundamentales, como es el caso de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

Además de esta disposición encontramos en la ley de arbitraje el artículo 24 N° 2, el que procurar resguardar la bilateralidad de audiencia, esta norma expresa que: "Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del Tribunal Arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos."

Relacionado con el debido proceso se ha planteado la necesidad de fundamentar los fallos por parte de los árbitros. Así lo ha señalado el Ministerio

de Justicia de Costa Rica, a través de la “Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos”, la que señala: “El derecho fundamental del debido proceso, como se sabe, tiene raigambre Constitucional, y si se quiere trasciende la positividad de una norma primaria para irradiar todo el ordenamiento jurídico (escrito y no escrito), a título de Principio General del Derecho, pues al fin y al cabo no es mas que una consecuencia del Derecho de Defensa catalogado con el carácter de humano.(..) Es preciso advertir, que tanto desde el punto de vista Constitucional, como en la nulidad que en esta materia se establece, la debida motivación como parte del debido proceso, no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión en alzada de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto. No incumbe por tanto a esta Sala, el examen del contenido o no de un documento, de una declaración o de una pericia. Para el cumplimiento de la exigencia constitucional de comentario, basta en este caso, una motivación razonable y razonada en la que se indiquen las ponderaciones que el juzgador hizo de las circunstancias subyacentes del conflicto planteado, que lleven a una lógica conclusión en su parte dispositiva” <sup>77</sup>. Parece extremadamente útil la última observación, ya que una exigencia desmedida a los árbitros, conspira contra el objetivo central de la justicia arbitral, ya que la

---

<sup>77</sup> Ministerio de Justicia de Costa Rica. Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos. Boletín Informativo N° 14-2004-Dnrac “Motivación del Laudo Arbitral y Debido Proceso”. En [Http://64.233.169.104/search?q=cache:6As0Ict8m6cJ:www.mj.go.cr/Boletines%2520RAC/Boletin%2520RAC%252014.doc+Direcci%C3%B3n+de+Resoluci%C3%B3n+Alternativa+de+Conflictos+El+derecho+fundamental+del+debido+proceso&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl&client=firefox-a](http://64.233.169.104/search?q=cache:6As0Ict8m6cJ:www.mj.go.cr/Boletines%2520RAC/Boletin%2520RAC%252014.doc+Direcci%C3%B3n+de+Resoluci%C3%B3n+Alternativa+de+Conflictos+El+derecho+fundamental+del+debido+proceso&hl=es&ct=clnk&cd=1&gl=cl&client=firefox-a). Consultado el 13 de diciembre de 2007, a las 9:00 horas.

independencia de esta clase de tribunales con respecto a los tribunales nacionales es fundamental.

### **3.2.- Respeto a la autonomía de la voluntad de las partes**

La autonomía de la voluntad de las partes en cuanto al procedimiento es reconocida expresamente en el artículo 19 N° 1 el que señala al respecto: “Con sujeción a las disposiciones de la presente ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el Tribunal Arbitral en sus actuaciones.” De esta forma las partes pueden escoger las normas de procedimiento que resulten más adecuadas al caso. El que la ley garantice este principio del procedimiento ayuda en forma inestimable a que los tribunales arbitrales puedan adecuarse a las particularidades del litigio que conocen y a las características especiales de las partes.

Así es posible que el panel de árbitros establezca normas especiales acerca de, por ejemplo, las notificaciones que se adapten a cada juicio. El único límite es las garantías del debido proceso, tal como lo hemos visto con anterioridad.

Este principio se encontraba ya presente en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en su artículo 1.1 otorga una amplia disponibilidad del procedimiento de arbitraje y permite que las partes modifiquen el procedimiento contenido en dicho reglamento.

### **3.3.- Independencia e Imparcialidad de los árbitros.**

La independencia e imparcialidad de los árbitros adquiere ciertos rasgos particulares en la forma de abordar este tema.

En primer lugar debemos considerar como cuestiones separadas la independencia y la imparcialidad. Así tenemos que por independencia se entiende: "...un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia."<sup>78</sup> Por tanto la independencia apunta a los vínculos personales que posea el árbitro. En tanto que la imparcialidad se conceptualiza como "...un criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular"<sup>79</sup>.

De lo anteriormente expuesto se puede concluir que la independencia debe ser tomada en consideración a la hora de la elección del árbitro, en tanto que la imparcialidad puede ser juzgada no sólo en este momento sino que también por las actuaciones del tribunal en la sustanciación del procedimiento.

---

<sup>78</sup> González de Cossío, Francisco "Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros". [http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC\\_independencia.pdf](http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf). Consultado el 7 de agosto de 2007, a las 18:00 horas.

<sup>79</sup> Latorre Boza, Derik: "Mitos y Quimeras: la neutralidad en el arbitraje." Página web visitada el 23 de febrero. 2007. En: [http://www.camsantiago.com/html7archivos/espanol/articulos/Recusación\\_Arbitros\\_Alejandro\\_Romero](http://www.camsantiago.com/html7archivos/espanol/articulos/Recusación_Arbitros_Alejandro_Romero).



A este respecto la ley 19.971 de arbitraje comercial internacional en su artículo 12 N° 2) repite la norma de la ley Modelo de UNCITRAL sobre esta materia la que señala “Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.”

Como se ve este precepto no busca establecer un catalogo exhaustivo de casos de recusación de los árbitros, sino imponer ciertos principios generales<sup>80</sup>.

A la hora de decidir acerca de la recusación de un árbitro se deben considerar algunos factores.

No se puede juzgar de la misma manera si la impugnación es hecha por parte de quien designó o tuvo participación en la designación del arbitro, que si éste fue designado por la contraparte. Lo mismo ocurre si la designación corre por cuenta de la institución de arbitraje o si la designación ha sido efectuada de

---

<sup>80</sup> A este respecto señala Francisco Fernandez Cossío: “El aspecto central de éste precepto es que no busca establecer una lista detallada de todos los posibles vínculos o circunstancias que pueden existir para justificar una recusación. Más bien, establece dos fórmulas o bases generales con fundamento en las cuales puede recusarse un árbitro: (1) cuando existan circunstancias que “puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia”; y (2) que carezca de las credenciales/cualidades particulares exigidas por las partes. Lo anterior constituye la única base con fundamento en la cual se puede recusar un árbitro. Acerca de la segunda no abundaré puesto que es auto-explicativa y se basa el tema que me ocupa.” González de Cossío, Francisco. Op. Cit. Pág. 18.

acuerdo a las reglas de una cláusula compromisoria. En estos dos últimos casos las reglas a observar en la designación del árbitro serán más estrictas. Esto es de toda lógica, por cuanto si las partes han intervenido en la elección del tribunal, ellas han aprobado a quienes se ha designado, por lo que un posterior reclamo sólo se justificaría en casos muy calificados de falta de imparcialidad.

Finalmente es necesario mencionar que los árbitros tienen la obligación de manifestar a las partes si tienen alguna causal de inhabilidad para el ejercicio del cargo, bajo la eventual amenaza de nulidad que pesaría sobre un laudo dictado por un tribunal que carezca de independencia<sup>81</sup>.

#### ***4.- ¿Por qué el arbitraje goza de tanta autonomía?***

Lo expuesto hasta ahora demuestra cuan flexible es el arbitraje y la gran disponibilidad que se deja a las partes para moldear el proceso por el cual dirimen sus controversias, lo que plantea lógicamente la interrogante acerca de por qué el arbitraje comercial internacional goza de tanta autonomía. Ante esta pregunta se puede sostener que la libertad de que gozan los árbitros para llevar adelante sus procedimientos se relaciona estrechamente con los objetivos que se persiguen al renunciar a la posibilidad de acudir a la justicia nacional, y este

---

<sup>81</sup> En el caso de Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Casualty Co., la Corte Suprema de E.E.U.U. declaró nulo un laudo arbitral en el cual uno de los árbitros no reveló una circunstancia que podía ser motivo de recusación, aún cuando la propia Corte señaló que la circunstancia alegada no era de gran importancia para el asunto sometido a arbitraje. La decisión se explica por el afán de la Corte de fijar un fuerte precedente para que los árbitros declaren toda circunstancia que podría motivar una recusación. *Ibíd.* Pág. 13-14.

objetivo no es otro que lograr soluciones rápidas y económicamente eficientes para los actores del tráfico transfronterizo.

El énfasis de quienes actúan, en los diferentes ámbitos del comercio internacional y de los árbitros que asisten a éstos en sus conflictos es la búsqueda de soluciones funcionales a los actores involucrados, por tanto el acento está en la justicia material de su decisiones, y no, necesariamente, en que las decisiones que emanan de esta clase de tribunales se apeguen a una justicia formal. Las razones antes expuestas muestran a la justicia arbitral estrechamente relacionada a la economía, dándose una influencia mutua. “Las operaciones comerciales -tanto a nivel interno como a nivel internacional- se han vuelto cada vez más ágiles. (...) Este fenómeno provoca entre los comerciantes, la sensación de que si las operaciones comerciales son cada vez más ágiles, la actuación de la Justicia para el caso de controversia no puede desarrollarse a paso de carreta. Sobretudo en el caso de empresas dedicadas a una producción y a una comercialización estándar”<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Santos Balandros, Rubén. 2002. Op. Cit. Pág. 22.

#### **IV.- La arbitrabilidad como punto de conexión entre el derecho doméstico y el arbitraje comercial internacional.**

Hasta ahora se ha expuesto la evolución del arbitraje, procurando contextualizar esta institución, dentro de la realidad del comercio global y de la unificación del derecho. También se ha revisado la normativa que rige esta materia, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, aludiendo a los más trascendentales principios que rigen esta institución. Sin embargo, es necesario abordar un tema crucial para el arbitraje, esto es, cómo se relaciona el arbitraje internacional con los derechos nacionales. En este punto hay que considerar que los ordenamientos jurídicos, dan un amplio espacio de libertad al arbitraje, pero no hay que pensar que esta libertad es absoluta, ya que para resguardar sus principios fundamentales, impedir soluciones que se consideren contrarias a los principios trascendentes del Estado, o que materias de un interés general de la sociedad puedan ser sustraídas del conocimiento de los tribunales nacionales, existen dos mecanismos de control: el orden público y la arbitrabilidad.

En esta materia se ve con mayor claridad, la tensión existente entre la concepción del arbitraje como una institución jurisdiccional o de una raíz

marcadamente contractual<sup>83</sup>. Aquí es donde se cruzan los factores que hacen pensar que estamos ante una institución de carácter mixto, ya que a la amplia autonomía de la voluntad, que le aporta un matiz contractual, se oponen las limitaciones propias de su naturaleza jurisdiccional.

La principal función de la arbitrabilidad, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, es entregar medios de defensa a los derechos domésticos, a fin de que éstos puedan hacer efectiva su facultad de reservarse el monopolio de la solución de ciertos conflictos, que tienen una especial relevancia para una comunidad en particular.

Las sentencias extranjeras en general y más aun las que no tienen vinculación con un estado en especial, se consideran por parte del derecho doméstico como soluciones extrañas o ajenas a la lógica de un sistema jurídico determinado, por ellos cada estado debe disponer de una instancia en la cual pueda ejercer algún control sobre las materias en las que recaen los fallos cuyo cumplimiento se solicita en su territorio.

De esta forma al disponerse que una materia sea de carácter inarbitrable el estado está declarando en forma clara y precisa que esa materia es de importancia capital para el Estado que realiza esa declaración o que involucra a

---

<sup>83</sup> Bauza Vidal, Nuria; "La Arbitrabilidad de los Litigios en la encrucijada de la Competencia Judicial Internacional y de la Competencia Arbitral". Revista Española de Derecho Internacional. Núm. LII-2, Julio 2000. Pág. 372.

categorías de personas que requieren de especial protección del estado a través de los tribunales ordinarios de justicia.

### **1-¿Qué es la arbitrabilidad?**

Hablamos de arbitrabilidad para referimos sustancialmente a aquellos conflictos que pueden ser sometidos a un arbitraje. Se ha definido este concepto como “un juicio abstracto del objeto del litigio que actúa como presupuesto de admisibilidad del convenio arbitral”.<sup>84</sup> A la noción de arbitrabilidad oponemos el concepto de inarbitrabilidad, es decir conflictos que no son susceptibles de ser sometidos a arbitraje.

Esta definición no aclara, por cierto, el contenido del concepto, aunque sí sirve de punto de partida para procurar encontrar la respuesta acerca de cual es el presupuesto de admisibilidad de la acción de arbitraje, ante tribunales de esta especie. A este respecto, resulta útil examinar alguna normativa comparada. Es así como el artículo 476 del Código General del Proceso de Uruguay señala que: “No pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción”.<sup>85</sup> En tanto en España la

---

<sup>84</sup> N. Coipel-Cordonier. “Les conventions d’arbitrage et délection de for en Droit international privé”. París: LGDJ.1999, pp.220-222. El profesor Manuel Santos Balandros distingue en esta materia entre arbitrabilidad subjetiva o *rationae personae* y la arbitrabilidad objetiva. La arbitrabilidad subjetiva se define dice relación con la capacidad de las personas de celebrar o no un acuerdo de arbitraje. “En este caso corresponde preguntar si ciertas personas, por su naturaleza o su función, pueden llegar a concertar un arbitraje valido.” En tanto que la arbitrabilidad objetiva es la referida a vedar la posibilidad de que una determinada materia objeto de un litigio sea resuelta mediante arbitraje. Santos Balandros, Manuel. 2002. Op. Cit. Pág. 75-85. En este estudio se considerará sólo la arbitrabilidad en su faz objetiva, por cuanto se considera que la arbitrabilidad subjetiva está comprendida dentro de los supuestos de invalidez del convenio de arbitraje.

<sup>85</sup> Ley 15.982 Código General Del Proceso (Uruguay). . 3 De Diciembre De 2007. 22:00 Horas.

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, señala en su artículo 2 N° 1, “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.”<sup>86</sup> Por su parte la ley alemana y suiza se refieren a “causas de naturaleza patrimonial” (Alemania) y a las “pretensiones que tienen un valor económico para las partes” (Suiza)<sup>87</sup>. La ley boliviana de arbitraje en su artículo 3, repite la noción de que son arbitrables los derechos de carácter disponible<sup>88</sup>. Se observa una repetición de las ideas que ligan esta materia a los derechos transigibles de una parte y a materias de contenido patrimonial, por otra.

Sobre el primer punto conviene esclarecer que al hablar de materias de libre disposición, cabe preguntarse si la referencia es sobre normas que regulan el fondo de una determinada materia, o bien acerca de la disponibilidad de la acción para acudir o no a este mecanismo de solución de controversias<sup>89</sup>. La primera opción podría formularse como que: “...sólo podrá versar el arbitramiento sobre cuestiones o derechos susceptibles de disposición por las partes, o como reiteradamente lo ha sostenido la legislación y la jurisprudencia, por personas que tengan capacidad de transigir, o dicho de otro modo, capacidad plena, porque sólo las cuestiones respecto de las cuales sea lícito o

---

<sup>86</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. 3 de Diciembre de 2007. 23:00 horas.

<sup>87</sup> Bauza Vidal, Nuria. Op. Cit. pág. 272.

<sup>88</sup> “Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre *derechos disponibles* y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, cualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse”.

<sup>89</sup> En este punto se sigue de cerca la opinión de la profesora Nuria Bouza Vidal. Bauza Vidal, Nuria. Op. Cit. Pág. 272

permitido transigir pueden ser sometidas a arbitraje”<sup>90</sup>. En tanto la segunda postura plantea que: “... un litigio es arbitrable sólo cuando el procedimiento arbitral es susceptible de proporcionar a las partes una tutela de los derechos en que se basan sus pretensiones equivalentes al que pueda proporcionar el procedimiento judicial declarativo ordinario, y en términos negativos un litigio es inarbitrable cuando por motivos de índole jurisdiccional, el procedimiento arbitral resulta inadecuado para resolverlo”<sup>91</sup>. Ahora bien, no cabe confundir las normas imperativas que rigen una materia, que pueden prohibir una determinada conducta, con las normas procesales que rigen la labor arbitral y la capacidad de las partes de acudir o no a un arbitraje. Como bien se ha dicho, el arbitraje es un verdadero proceso, que aun cuando tenga elementos contractuales, debe respetar las garantías procesales mínimas de todo juicio, por lo que bien podría ocurrir que las partes establecieran cláusulas en un contrato que viole normas sustantivas, pero que verse sobre materia arbitrable<sup>92</sup>. En tal caso, el árbitro tendrá competencia sobre la materia, pero deberá fallar conforme a las normas imperativas. Así pues, “El arbitraje, en tanto equivalente jurisdiccional ofrece a los particulares la posibilidad de que, en las “materias de libre disposición”, excluyan la competencia de los tribunales judiciales, pero no la posibilidad de que eludan las normas imperativas”<sup>93</sup>. Por ello, la expresión “materias de libre

---

<sup>90</sup> Vásquez Palma, Ma. Fernanda. “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno.” *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, no.1, p.181-213.

<sup>91</sup> *Ibíd.*

<sup>92</sup> Bauza Vidal, Nuria. *Op. Cit.* pág.275.

<sup>93</sup> *Ibíd.* Pág.376.



disposición” debe ser relacionarse con la disponibilidad de la acción, esto es, a la posibilidad de renuncia al derecho de acudir a los tribunales ordinarios, pero no se trata de renunciar a los derechos de fondo, sino sólo de someterlos a la decisión de una clase de justicia particular<sup>94</sup>.

El segundo punto, como se vio, es que en la normativa analizada y en muchas disposiciones de Derecho Comparado, la noción de arbitrabilidad se acercaría a la idea de derechos de contenido patrimonial. Ello se ha vuelto particularmente evidente en los últimos tiempos donde se ha avanzado a hacer arbitrables materias que antes no lo eran, como el caso de materias antimonopolios o de materias relacionadas con la ley de protección de los consumidores. Los Estados Nacionales, cada vez con mayor frecuencia permiten que los particulares sustraigan de instancias de Justicia Ordinaria, aquellos litigios en que se manifiesta un interés particular y de contenido pecuniario, extendiendo la arbitrabilidad a materias antes impensadas.

---

<sup>94</sup> *Ibíd.* pág. 371-394. Dice esta autora al comentar el artículo 1, de la ley 36/1988 que: “La identificación de “las materias de libre disposición” con las “relaciones jurídicas reguladas por normas dispositivas” no se ajusta a la función que el ordenamiento jurídico atribuye al arbitraje. La prohibición de acudir a mecanismos privados de arreglo de controversias en materias reguladas por normas imperativas, es comprensible en supuestos como la transacción” (art. 1809 del C.C.). en que son las propias partes las encargadas de poner fin al litigio (mecanismos de *autocomposición*). En el arbitraje, en cambio, la situación es algo distinta, ya que se requiere un verdadero proceso ante uno o varios árbitros elegidos por las partes de común acuerdo (mecanismo de *heterocomposición*).

## **2.- Arbitrabilidad y Orden Público**

La arbitrabilidad ha sido vista por buena parte de la doctrina como una cuestión asociada al orden público<sup>95</sup>. Por ellos resulta útil esclarecer en que consiste el concepto de orden público para después oponerlo a la arbitrabilidad y determinar si ambos están dotados de entera autonomía o no.

### **2.1.- Concepto de Orden Público**

Cuando hablamos de orden público nos referimos a aquellas normas que resultan más básicas para la organización de un estado determinado. En el marco de nuestro derecho don Luis Claro Solar señala que: “Por orden público entendemos el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como las reglas que fijan el estado o capacidad de las personas. En este sentido, orden público equivale a orden social”<sup>96</sup>. En tanto don Arturo Alessandri Rodríguez señala que: “orden público es el conjunto de normas y principios jurídicos que tienden a resguardar

---

<sup>95</sup> Por ejemplo Eduardo Picand Albónico considera que la arbitrabilidad se encuentra comprendida dentro del Orden Público. “A título personal, creo que la incorporación expresa de esta causal (in-arbitrabilidad está de más, por cuanto puede entenderse perfectamente dentro de la excepción de orden público internacional, ya que es indudable que si se solicita, por ejemplo, la ejecución de una sentencia arbitral que ha recaído sobre una materia que, según nuestro Código Orgánico de Tribunales, sea de arbitraje prohibido, la Corte Suprema no otorgará el pase regio, pues de lo contrario estaría infringiendo los principios de gobierno el sistema jurídico chileno, particularmente aquellos que determinan la competencia jurisdiccional de los tribunales, ya que en definitiva lo que hace la arbitrabilidad es otorgar y excluir competencias a un tribunal arbitral y ordinario respectivamente.” Op. Cit tomo II, página 276. Fernanda Vásquez Palma parece sostener idéntica opinión cuando señala: “Mención aparte merece la relación existente entre estos dos temas (*orden público y arbitrabilidad*), toda vez que la arbitrabilidad liga con la noción de orden público en el sentido de que resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio. Tanto es así, que recurrentemente se posibilita la anulación del laudo cuando éste contraría el orden público.” Vasquez Palma, Ma. Fernanda. Pág. 200.

<sup>96</sup> Claro Solar, Luis. “Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado.” Tomo XI. Pág. 285. N° 893. Santiago, 1937.

primordialmente los intereses generales de una sociedad determinada en un momento histórico de su existencia. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de dicha sociedad, el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran”<sup>97</sup>.

En la Resolución adoptada por la International Law Association en su Septuagésima Conferencia verificada en Nueva Delhi, India, del 2 al 6 de abril de 2002, se aprobaron un serie de Recomendaciones elaboradas por su Comité de Arbitraje Comercial Internacional, tendientes a establecer Bases Generales, Principios Fundamentales, Reglas Generales sobre el Concepto de Orden Público y de lo que constituyen en este contexto las Obligaciones Internacionales. Estas recomendaciones son un valioso auxiliar para la interpretación de este principio en el ámbito del arbitraje comercial internacional. En esta conferencia se determinó que: “El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales, atinentes a la justicia y la moral, que el Estado desea proteger aún cuando no esté directamente

---

<sup>97</sup> Alessandri Rodríguez, Arturo; “Curso de Derecho Civil.” Redacción de Antonio Vodanovic H. Tomo I. Vol. I. Santiago, 1961. Pág. 159. Una interesante forma de entender el orden público se encuentra en un fallo de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de Junio de 1995 el que relaciona estrechamente el orden público con los derechos fundamentales: “...ya esta misma Sala, en sentencia de 28 de Noviembre de 1994, precisó lo que debía entenderse por orden público a los efectos del artículo 45.5 de la Ley de Arbitraje, que tal y como se manifiesta en su propia Exposición de Motivos habrá de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución cuyo intérprete máximo no puede ser otro que el Tribunal Constitucional, con arreglo a cuyas declaraciones debe entenderse que para que un laudo arbitral sea contrario al orden público, será preciso que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Norma Suprema, garantizados a través de la misma (Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de Abril de 1986), siendo éste el parecer mayoritario de las Audiencias Provinciales (así, Zaragoza de 6 de Septiembre de 1991, Madrid de 26 de Noviembre de 1991, 15 de Abril de 1992, 22 de Septiembre de 1992, 18 de Octubre de 1993), sin que en el Laudo discutido pueda admitirse atisbo alguno de haberse conculcado tal concepto.”

involucrado; (ii) reglas orientadas a sostener los intereses esenciales del Estado en materia política, social o económica, conocidos como "lois de police" o "reglas de orden público"; y (iii) el deber del Estado para respetar las obligaciones contraídas frente a otros Estados u organizaciones internacionales."

Es así que podemos calificar como partes integrantes del orden público de un Estado las siguientes materias:

- a) Leyes de Policía:
- b) Principios básicos del ordenamiento jurídico. Un ejemplo de los principios sustantivos fundamentales es la prohibición contra el ejercicio abusivo de derechos. En esta clase de principios también podemos incluir el *Pacta Sunt Servanda* o el principio general de actuar de buena fe.
- c) Obligaciones internacionales. Un ejemplo más concerniente a obligaciones internacionales lo constituiría una resolución de las Naciones Unidas que impusiera sanciones<sup>98</sup>.

Cada uno de estos conceptos tiene un cierto grado de indeterminación que permite la suficiente flexibilidad para su adaptación al caso concreto.

---

<sup>98</sup> Sequeiros, José Luis "El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales".  
<http://v880.derecho.unam.mx/web2/descargas/internacional/SiqueirosPrieta.PDF>. Consultado el 10 de diciembre de 2007, a las 16:00 horas.

Este grado de indeterminación desde siempre ha sido un argumento para quienes han considerado que no debiera haberse dado cabida a cuestionamientos en torno a la utilidad de esta noción, ante lo cual la comisión de estudio de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, pensó en excluir el concepto de este instrumento. “Sin embargo, la Comisión estuvo de acuerdo en que debía conservarse ese apartado, ya que todos los sistemas de tradición de "derecho civil" están inspirados en el concepto francés de "ordre public", en el que se consideran contenidos los principios de justicia procesal; igualmente que su inserción en muchos tratados abarca los principios de legislación y justicia, tanto sustantivos como de procedimiento”<sup>99</sup>.

## **2.2.- Paralelo entre orden público y arbitrabilidad**

Ahora bien corresponde diferenciar claramente los conceptos de arbitrabilidad y orden público, los que suelen confundirse con extrema facilidad.

El orden público es una excepción que se plantea en la etapa de ejecución de una sentencia arbitral, con el fin de invalidar un laudo que contiene una decisión contraria a alguno de los contenidos antes descritos. En cambio la arbitrabilidad es una excepción que se puede plantear, como se detallará oportunamente, tanto en la sustanciación del procedimiento como en la etapa de ejecución o reconocimiento de un fallo arbitral, en contra de aquellas decisiones que versen acerca de materias que un estado se haya reservado

---

<sup>99</sup> *Ibíd.*

para su resolución por los tribunales ordinarios, debido a alguna razón de interés general. Dicha distinción se encuentra explicitada en la misma ley de arbitraje comercial internacional la que trata las dos causales en forma separada (art. 34.2.b.i y art. 34.2.b.ii de la LMA)<sup>100</sup>.

Es perfectamente imaginable, un supuesto en que exista un fallo que verse sobre una materia que se considera arbitrable a la luz de la ley que se determine como aplicable al caso concreto, pero que el mismo fallo contenga en él decisiones contrarias al orden público. Esto se debe a que las materias declaradas inarbitrables lo son por que el ordenamiento jurídico de un país en particular desea evitar que un tribunal arbitral decida sobre áreas que se ha reservado por diversas razones, pero no se ataca el contenido de la decisión, que puede ser perfectamente acorde al orden público. Es por ello que se otorga una posibilidad de revisión de la arbitrabilidad durante la tramitación del proceso de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 16 de la ley de Arbitraje Comercial, en este caso la excepción es resuelta por el mismo tribunal arbitral o bien a través del recurso de nulidad posterior el que se deduce ante los tribunales nacionales. En cambio en el caso de la violación a una norma que considera de orden

---

<sup>100</sup> La solución podría parecer distinta en el contexto del art. 2060 del Código Civil francés, el que prohíbe someter al arbitraje “todas las materias que interesan al orden público”. Si bien este precepto inicialmente sirvió para descartar el arbitraje en las áreas reguladas por normas imperativas, dicha tendencia fue revertida por la jurisprudencia a partir de los fines de los años ochenta del siglo pasado. Véanse referencias a sentencias de la Corte de Casaciones en Roussos, Antonis, “Private antitrust enforcement in arbitration proceedings: theory and practice”, <http://www.kernbureau.uva.nl>, p. 5. Referencia tomada de Mereminskaya, Elina: “La relación entre la arbitrabilidad y orden público en jurisprudencia comparada”.Revista de Derecho de la empresa. Universidad Adolfo Ibáñez. Junio-Septiembre de 2007.A. Págs. 25-46.

público la instancia de revisión está dada únicamente a través del recurso de nulidad en contra de la sentencia, ya sea como manera de impugnación de la sentencia de acuerdo al artículo 34.2. letra b) ii o bien como vía de oposición al reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral de acuerdo a lo previsto en el artículo 36.1 letra b) ii. La distinción entre ambas excepciones por tanto carece de importancia práctica, si la revisión es una vez dictado el laudo, por cuanto ambos supuestos de ineficacia se encuentran considerados por la ley, para esta etapa procesal<sup>101</sup>. Ahora bien, la distinción si adquiere relevancia cuando la impugnación es anterior a la dictación del fallo. En el artículo 8 de la ley de arbitraje comercial internacional se contempla la posibilidad de revisión por parte del tribunal nacional del acuerdo de arbitraje por invalidez o ineficacia de éste, pero no se contempla como excepción válida en esta etapa procesal el orden público, como tampoco la arbitrabilidad, a menos que se considere que los términos antes mencionados sean comprensivos de la arbitrabilidad y de orden público. Sin embargo, tal interpretación debe ser rechazada, por cuanto el texto de la ley permite inferir que los supuestos que en esta norma se contemplan como revisables por los tribunales ordinarios dicen relación con los vicios de que puede adolecer el consentimiento o con la falta de capacidad a la hora de acordar la cláusula compromisoria o el compromiso y no acerca de las materias que son arbitrables o sobre que puntos pueden ser considerados

---

<sup>101</sup> *Ibíd.*

como normas imperativas. Sobre este punto se volverá oportunamente al tratar de los momentos en que puede deducirse la excepción de arbitrabilidad<sup>102</sup>.

Ahora bien, una vez que el procedimiento se ha iniciado debemos considerar si es posible restringir la competencia de un árbitro en razón de que una controversia verse sobre materias que digan relación con el orden público. El tenor literal de la norma contemplada en el artículo 16 se nos presenta claro, pues deja al tribunal arbitral la decisión acerca de su propia competencia, “incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.” (Artículo 16 N° 1.). Ante esto, cabe preguntarse si dentro de estas excepciones es posible impugnar la competencia por razones de orden público, las que traerían aparejada la nulidad del acuerdo de arbitraje. Ya distinguimos claramente como distintos conceptualmente los supuestos de inarbitrabilidad de las normas de orden público, las primeras privan de competencia al tribunal arbitral, impidiéndole a éste que llegue a decidir sobre la materia que se ha sometido a su conocimiento, en tanto que las normas de orden público limitan el contenido de una sentencia, porque dicha sentencia viola las normas más básicas de la organización de un Estado determinado. Ahora bien, si se logra determinar que una materia es inarbitrable, es decir, un Estado ha tenido una razón para que sea de interés general el que esa clase de

---

<sup>102</sup> En este punto existe una diferencia clara entre el texto de la Convención de Nueva York, que sí nos la presenta como excepción oponible ante el tribunal ordinario en su artículo II. Ante esta discordancia de ambas normativas debe preferirse obviamente el texto de la Ley de arbitraje comercial internacional por ser más favorable al arbitraje y posterior al texto convencional. *Ibíd.* 30.



conflictos sea única y exclusivamente resueltos por sus tribunales, no resulta aceptable considerar *a priori* que una decisión de ese tribunal va a contravenir las normas imperativas de ese Estado. Por lo tanto, no cabe sino concluir que un tribunal arbitral si está dotado de competencia para conocer de una materia y el acuerdo de arbitraje no es nulo o ineficaz por alguna razón que no diga relación con el fondo del litigio (ya que lo contrario iría en contra del principio de autonomía de la cláusula compromisoria tal como lo señala el artículo 16.1), no es posible privar de competencia al tribunal argumentando que otorgar competencia al tribunal arbitral viole el Orden Público del estado, ya que la misma ley otorga al tribunal arbitral la facultad de fallar primeramente la cuestión, sujeto a un eventual recurso de nulidad, sin otra cortapisa que el que se trate de una materia susceptible de arbitraje.

El que se contemple la revisión de una sentencia arbitral por motivos de orden público solamente una vez que se haya dictado el laudo arbitral es una salida que debe de estimarse de toda lógica, por cuanto una solución que permitiera una revisión *ex ante* sobre el orden público implicaría que se cuestionaría la facultad del Tribunal de arbitral para pronunciarse acerca de su propia competencia, cercenando uno de los principios básicos del procedimiento cual es el de la *kompetenz-kompetenz*, al que ya se ha hecho referencia anteriormente. Asimismo implicaría que los tribunales ordinarios prejuzgarían la capacidad de los árbitros para discernir acerca de una adecuada interpretación de las normas imperativas que resulten aplicables, lo que por

supuesto parece del todo incompatible con la libertad que se otorga a esta clase de justicia. Además llevaría, indirectamente, al tribunal ordinario a pronunciarse acerca del fondo de la cuestión con lo que en los hechos se violaría el principio expresado en el artículo 16.1 de la ley de arbitraje comercial internacional, que declara independiente de la cuestión principal al acuerdo de arbitraje<sup>103</sup>.

Finalmente cabe mencionar que permitir esta sucesión de revisiones sobre una cuestión de orden público en diversas instancias procesales sirve muy a menudo para prácticas reñidas con la buena fe, al usarse como tácticas evidentemente dilatorias<sup>104</sup>.

### **3- Contenido de la arbitrabilidad**

Como ya se ha dicho la ley modelo de arbitraje comercial internacional no da un concepto de arbitrabilidad, como tampoco menciona que materias deben ser consideradas como inarbitrables. Sin embargo el grupo de trabajo II de arbitraje y conciliación de UNCITRAL ha sugerido la idea de plantear de manera algo más clara la idea de la arbitrabilidad; así se planteó en su Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

---

<sup>103</sup> “Al declarar inarbitrable una materia sujeta a normas del orden público, se incurre en la presunción incontestable de que el tribunal arbitral necesariamente va a errar en la aplicación de las normas imperativas. Con ello, un instrumento de control *ex post*, se transforma en una revisión *ex ante*, una revisión basada en conjeturas. Más aún, considerar inarbitrable cualquier materia que contemple normas imperativas en base a esa suposición abstracta, carente de toda validez, nos llevaría al absurdo de declarar inarbitrable cualquier disputa contractual. En otras palabras, si la presencia de normas imperativas predeterminara la inarbitrabilidad, bastaría con que en el derecho doméstico existiera una norma imperativa que, como suele ocurrir en los países de tradición civilista, declare nulo un contrato que tiene un objeto ilícito por contravenir al orden público o las buenas costumbres. Ante el temor que el árbitro no respetara dicha norma, siendo consecuente, habría que prohibirles a las partes el recurso a la vía arbitral.” *Ibíd.* Pág. 34.

<sup>104</sup> *Ibíd.*

sobre la labor realizada en su 39º período de sesiones 19 de junio a 7 de julio de 2006, el que señala en su párrafo 185 que: "...incumbiría al Grupo de Trabajo determinar si las cuestiones susceptibles de arbitraje podían definirse en forma genérica, posiblemente mediante una lista ilustrativa de ellas, o si la disposición legal que se preparara con respecto a la posibilidad de recurrir al arbitraje debería definir los asuntos que no podían ser objeto de arbitraje. Se sugirió que se realizara un estudio de la cuestión de la posibilidad de recurrir al arbitraje y a otras formas de resolución alternativa de controversias en el contexto de los bienes inmuebles, la competencia desleal y la insolvencia. Sin embargo, se advirtió de que el tema relativo a esa posibilidad constituía un aspecto que planteaba cuestiones de orden público, que se sabía era muy difícil de definir de manera uniforme, y que, si se preparaba una lista definida de antemano de las cuestiones susceptibles de arbitraje, se podría restringir innecesariamente la capacidad de un Estado para atender ciertas preocupaciones de orden público que era probable que surgieran con el tiempo"<sup>105</sup>.

Aún así el propio título de la ley da un primer acercamiento sobre que materias son susceptibles de arbitraje, ya que establece como su ámbito de aplicación el que la contienda a que se refiera el acuerdo de arbitraje sea de carácter comercial. Como se dijo anteriormente lo que se define como comercial para la ley modelo de arbitraje aparece en una nota explicativa de esa ley, que

---

<sup>105</sup> Vázquez Palma, María Fernanda. Op. Cit. Pág. 202.

en el caso de nuestro país se optó por incorporar a la normativa positiva de la ley 19.971 en su artículo 2º letra g), nota que define de manera amplia el término comercial<sup>106</sup>.

En las demás materias la ley modelo guarda silencio y deja la decisión a cada derecho nacional. “En lo relativo a controversias no susceptibles de arbitraje, el art. 1.5 de la LMA no consagra un concepto autónomo de lo que es arbitrable, más bien, efectúa una remisión al derecho doméstico. Lo anterior es comprensible dado que, en el plano global, no existe un consenso sobre la materia. No obstante, si bien la excepción de la inarbitrabilidad es absolutamente justificable, a falta de uniformidad en su definición, no es de excluir que el concepto se emplee en forma extensiva e incompatible con el funcionamiento del arbitraje internacional. Ese peligro surge, específicamente, en el marco del art. 8(1) de la LMA, el que permite a un tribunal nacional declarar improcedente el arbitraje, previo a la dictación del laudo, debido a la nulidad del acuerdo arbitral. Los siguientes argumentos, basados en un concepto equívoco de la arbitrabilidad, podrían conducir a que un tribunal arbitral fuese erróneamente privado de su competencia: Si el objeto de la

---

<sup>106</sup> “Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”

disputa está regulado por normas de orden público, la materia es inarbitrable; dicha inarbitrabilidad, por su parte, equivale a la nulidad del acuerdo de arbitraje”<sup>107</sup>. Debido a que la ley modelo de arbitraje comercial internacional guarda silencio a la hora de determinar que materias son inarbitrables, y deja esta tarea a los ordenamientos jurídicos particulares, se hará un breve repaso a lo que disponen algunos ordenamientos comparados sobre el particular<sup>108</sup>.

#### **4.- Algunas normativas y jurisprudencia comparada acerca de la arbitrabilidad**

Para comenzar este breve repaso sobre alguna normativa y jurisprudencia arbitral comparada analizaremos el efecto expansivo que se ha producido en el derecho estadounidense en las materias relativas al arbitraje internacional y que ha producido una ampliación de las materias que pueden someterse a arbitraje, en especial esta expansión de las materias arbitrables ha sido reafirmada por el caso denominado “*Mitsubishi Motor Corp. Vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*”, un caso que involucraba materias antitrust (antimonopolio). La sentencia de la Suprema Corte reafirmó la jurisprudencia anterior formulada en “*The Bremen y Scherck*”, que era fundamentalmente la preferencia al arbitraje y señaló: “*The Bremen y Scherck*” establece una fuerte presunción a favor de la ejecución de disposiciones libremente negociadas que

---

<sup>107</sup> Mereminskaya, Elina. 2007. A. Op. Cit Págs. 28 y 29.

<sup>108</sup> “En lo relativo a controversias no susceptibles de arbitraje, el art. 1.5 de la LMA no consagra un concepto autónomo de lo que es arbitrable. En cambio, efectúa una remisión al derecho doméstico. Lo anterior es comprensible dado que, en el plano global, no existe un consenso sobre la materia. No obstante, si bien la excepción de la inarbitrabilidad es absolutamente justificable, a falta de uniformidad en su definición, no es de excluir que el concepto se emplee en forma extensiva incompatible con el funcionamiento del arbitraje internacional.”Ibíd. Pág. 28.

eligen un foro. (...) Al menos desde la adhesión de esta nación en 1970 a la Convención de Nueva York, y su implementación por enmienda a la Ley Federal de Arbitraje, esa política federal se aplica con fuerza especial en el campo de comercio internacional (...) Será menester a los tribunales nacionales subordinar sus nociones domésticas de arbitrabilidad a la política internacional que favorece el arbitraje comercial”<sup>109</sup>.

De este fallo es menester destacar dos ideas. En primer lugar declara que es posible arbitrar materias relacionados con libre competencia, cuestiones que con unanimidad son declaradas indisponibles e inarbitrables por los derechos de diferentes naciones. Y por otra parte es interesante la idea de que los tribunales nacionales deben subordinar sus nociones de arbitrabilidad a una política internacional favorable al arbitraje internacional<sup>110</sup>.

En el derecho argentino se consideran como materias no arbitrables las acciones penales derivadas de hechos ilícitos; cuestiones sobre la validez o nulidad de matrimonio y en general de estado civil y capacidad de las personas; o referidas al emplazamiento de las personas en el estado de familia; derechos eventuales a una sucesión; cosas que estén fuera del comercio; derechos que no pueden ser materia de convención, por haberse prohibido que sean objeto

---

<sup>109</sup> Beck Furnish, Dale, “El arbitraje de controversias comerciales en el derecho de los Estados Unidos: Un foro idóneo para el comercio internacional”. En “Resolución de de controversias comerciales en América del Norte”. Instituto de Investigación Jurídica. UNAM, 1997.

<sup>110</sup> “En el derecho estadounidense la noción de arbitrabilidad de una controversia incluye también la noción de si el arbitraje ha sido libremente pactado, por lo que si no hay acuerdo de arbitraje válido, no existe una controversia arbitrable.” Mereminskaya, Elina, “Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional”, Foro de Derecho Mercantil, N° 12, 2006 B. pp. 91-129, pp. 117-121.

de actos jurídicos, o por tratarse de hechos imposibles, ilícitos, contrarios a la moral o las buenas costumbres, que se opongan a la libertad de las acciones o de conciencia o que perjudiquen los derechos de terceros; y en general, aquellas cuestiones en las que esté interesado el orden público<sup>111</sup>.

El artículo 1 de la ley de arbitraje de España faculta a las partes a someter todas sus disputas presentes y futuras a arbitraje siempre que se trate de materias de su libre disposición<sup>112</sup>. La ley de arbitraje considera que todas las materias son susceptibles de ser sometidas a arbitraje, con excepción de las que se señalan en el artículo 2º que son las siguientes:

- 1- Las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial firme y definitiva, con excepción de los aspectos derivados de su ejecución.
- 2- Las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tengan poder de disposición.
- 3- Las cuestiones en que, con arreglo a las leyes españolas deba intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por si mismo.

---

<sup>111</sup> Caivano, Roque, "Arbitraje". Villela Editor. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires. 2000. Pág. 132 y 133.

<sup>112</sup> Esplugues Mota, Carlos; Barona Vilar, Silvia y Hernández Martí, Juan: "Contratación internacional". Ed. Tirant lo Blanch. Tatados. 1999. Comentarios y Prácticas Procesales. 2ª Edición.

- 4- También se excluyen los arbitrajes labores, pero no como materias inarbitrables, sino que se les somete a un régimen particular<sup>113</sup>.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México en su artículo 615 señala que materias que no pueden ser objeto de un compromiso, al efecto señala: “No se pueden comprometer en árbitros los siguientes negocios: I. El derecho de recibir alimentos; II. Los divorcios, excepto en cuanto a la separación de bienes y a las demás diferencias puramente pecuniarias; III. Las acciones de nulidad de matrimonio, IV. Los concernientes al estado civil de las personas; V. Los demás en los que prohíbe expresamente la ley.

En México además resultan inarbitrables tanto nacional como internacionalmente las cuestiones fiscales, penales y de divorcio<sup>114</sup>.

El Código de Procedimiento Civil de la República Dominicana establece en su artículo 1004 que: “No pueden establecerse compromisos sobre los dones y legados de alimentos, alojamientos y vestidos; sobre las separaciones entre marido y mujer, ni en las cuestiones de estado personal, sobre las causas que conciernen al orden público, al Estado, a los bienes nacionales, a los municipios, establecimientos públicos, dones y legados en beneficio de los

---

<sup>113</sup> *Ibíd.* Pág. 1029

<sup>114</sup> Silva Silva, Jorge Alberto: “Arbitraje Comercial Internacional”. Oxford University Press Mexico. 2º Ed. 2001. Pág. 83



pobres: sobre las concernientes a las tutelas, menores y sujetos a interdicción; sobre las que conciernan o interesen a personas que se presuman ausentes; y generalmente sobre todas las que estén encomendadas a la defensa de un curador”<sup>115</sup>.

El artículo 774 del Código de procedimiento Civil de Paraguay que se titula “Objeto del arbitraje” señala: “No podrán serlo (objeto de arbitraje), bajo pena de nulidad: a) Las cuestiones que versaren sobre el estado civil y capacidad de las personas; b) Las referentes a bienes del Estado o municipales; c) Aquellas en las cuales se requiere intervención del ministerio público; d) Las que tengan por objeto la validez o nulidad de disposición de última voluntad; y e) En general, las que no puedan ser materia de transacción”<sup>116</sup>.

De las normas que se han expuesto hasta aquí, derivar principios comunes es una tarea ardua y de resultados inciertos. Además, como lo demuestra lo expuesto en el caso de Estados Unidos, los límites de la arbitrabilidad se han extendido a situaciones que antes se consideraban a priori inarbitrables<sup>117</sup>.

---

<sup>115</sup> *Ibíd.* Pág. 876

<sup>116</sup> *Ibíd.* Pág. 880.

<sup>117</sup> “En efecto, el contexto internacional, demuestra por un lado una mayor recurrencia por los operadores económicos jurídicos, sobre todo los Estados, sus entes y sus ramificaciones, los que se muestran cada vez más interesados en pactar la vía arbitral, así como en el aumento incesante del espectro de las controversias, desde el punto de mira de su naturaleza, que pueden ser arbitrables. De modo que el contexto actual se encuentra caracterizado por una sensible incorporación de agentes no tradicionales al

## **5- Materias inarbitrables de acuerdo al derecho chileno**

La ley 19.971 en su artículo 34 y 36, siguiendo el criterio de la ley modelo de arbitraje remite la cuestión de la arbitrabilidad al derecho interno<sup>118</sup>.

Las normas respectivas en nuestro derecho son los artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales, que nos entregan casos de materias inarbitrables en ámbito del derecho nacional. El artículo 229 del Código de Procedimiento Civil señala: “No podrán ser sometidas a la resolución árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer.” En tanto el artículo 230 del mismo cuerpo legal señala: “Tampoco podrán someterse a la decisión árbitro las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado, y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial. Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227.” Además de lo dispuesto en este artículo, es posible encontrar otras prohibiciones de someterse a arbitraje en otras leyes especiales, tal es el caso de quiebras, normas contenidas actualmente en el Código de Comercio y materias

---

arbitraje comercial internacional, y simétricamente una notable expansión de las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Entre estas materias figuran las cuestiones relacionadas con los recursos naturales, las inversiones extranjeras, oferta de títulos valores, patentes, marcas, propiedad intelectual, transporte marítimo de mercaderías, hasta las relacionadas con el derecho de la competencia y las quiebras.” Sara L. Feldstein de Cárdenas: “Arbitraje e Insolvencia: Una Pareja Divorciada?” [http://www.servilex.com.pe/index.php?url=%2Farbitraje%2Fcolaboraciones%2Farbitraje\\_insolvencia.php&params=](http://www.servilex.com.pe/index.php?url=%2Farbitraje%2Fcolaboraciones%2Farbitraje_insolvencia.php&params=) Consultado el 10 de octubre de 2007, a las 15:30 horas.

<sup>118</sup> La norma respectiva señala que un laudo puede ser anulado: “b) cuando el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje;”

antimonopolio. En las materias que se relacionan con la libre competencia la prohibición no es absoluta<sup>119</sup>.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado también en contra de la arbitrabilidad del contrato individual de trabajo, así en “Nelson Figueroa Escobar” sentencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema de 18 de Octubre de 1993 se determinó que: “En los conflictos individuales del trabajo no es posible recurrir al arbitraje, aun cuando las partes voluntariamente pretendan someter sus diferencias a este procedimiento, atendido el carácter de orden público de las disposiciones laborales y la irrenunciabilidad de sus derechos consagrados en la ley laboral.”

Cabe hacer presente que en materias relacionadas con la ley de quiebras, actualmente incorporada al Código de Comercio, se ha relativizado el que se esté ante una materia absolutamente inarbitrable, ello por cuanto hoy es posible que el convenio preventivo de quiebra sea susceptible de arbitraje, esta novedad fue introducida por artículo único N° 12 de la ley 20.073 del 29 de

---

<sup>119</sup> “A los contratos comerciales que posiblemente afecten la libre competencia no se les niega, por lo general, el carácter de arbitrables, ya que la sumisión al arbitraje “no afecta las facultades de inspección e intervención de los organismos competentes” (Resolución de la Comisión Resolutiva N° 147, “Sociedad The Coca-Cola Export Corporation”, 15.6.1983, pp. 163-173, p. 171, tratándose de un contrato de sublicencia.). No obstante, lo contrario fue declarado en relación a un contrato de distribución que sometía las controversias entre las partes de un contrato de distribución a los tribunales ordinarios italianos y a las leyes de este país (Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 895-131, “Automotriz Francauto Punta Arenas S.A. con Empresa Comercial Itala S.A.”, 20.1.1994, pp. 229-230).” Mereminskaya, Elina. 2006. Op. Cit. Pág. 11.

noviembre de 2005<sup>120</sup>. Lo anterior introduce una novedad en esta materia que se ha considerado desde siempre como *per se* inarbitrable.

Las materias descritas en estos artículos nos permiten sintetizar un criterio según el cual el Estado ha dispuesto que temas no puedan ser objeto de un convenio de arbitraje. De acuerdo a esto, podemos concluir que se excluye del ámbito del arbitraje una serie de conflictos en los cuales el Estado tiene un interés especial en reservarse la jurisdicción por razones de interés general. En este último caso se encontrarían materias tales como aquéllas quiebras que afecten a trabajadores vulnerables, que claramente involucran a partes a las que les resulte muy difícil cautelar en forma segura sus intereses en una instancia como un arbitraje comercial internacional<sup>121</sup>.

Respecto al tema de las quiebras debemos tener presente, que en las

---

<sup>120</sup> El artículo 178 de ley de quiebra actualmente incorporada al Código de Comercio dice: “Las proposiciones de convenio judicial preventivo pueden versar sobre cualquier objeto lícito para evitar la declaración de la quiebra del deudor, salvo sobre la alteración de la cuantía de los créditos fijada para determinar el pasivo.

El convenio será uno y el mismo para todos los acreedores, salvo que medie acuerdo unánime en contrario, en conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente.

El convenio podrá contener una proposición principal y proposiciones alternativas a ella para todos los acreedores, en cuyo caso éstos deberán optar por regirse por una de ellas, dentro de diez días contados desde la fecha de la junta que lo acuerde. En él se podrá pactar que las cuestiones o diferencias que se produzcan entre el deudor y uno o más acreedores o entre éstos, con motivo del convenio y en especial de su aplicación, interpretación, cumplimiento, nulidad o declaración de incumplimiento pueda o deba ser sometida al conocimiento o resolución de un juez árbitro, como asimismo, establecer la naturaleza del arbitraje y cualquier otra materia sobre el mismo.

Este pacto compromisorio será obligatorio para todos a quienes afecta el convenio.

Si el árbitro declara nulo o incumplido el convenio, remitirá de inmediato el expediente a la Corte de Apelaciones respectiva, para la designación del tribunal que deberá declarar la quiebra en conformidad esta ley”.

<sup>121</sup> Sin embargo esta conclusión debe ser relativizada, por cuanto en la Unión Europea es posible pactar arbitraje acerca de materias relacionadas con consumidores, los que a priori deben considerarse menos aventajados en relación a las empresas distribuidoras o grandes industrias del comercio, por ello es bastante arriesgado usar la vulnerabilidad de un determinado grupo de interés como argumento para entender una materia como inarbitrable.

materias relacionados con concursos siempre estará, de alguna manera, comprometido el interés del estado, ya sea por motivos patrimoniales, ya que tradicionalmente el fisco será un acreedor de lo más relevante por impuestos adeudados, o porque esta clase de procesos pueden dar pie a investigaciones que sirvan para determinar eventuales responsabilidades de carácter penal, que se pueden derivar de las circunstancias que rodean a una quiebra<sup>122</sup>.

La decisión de someterse a arbitraje se ha considerado desde siempre la manifestación de la facultad de disposición, ello por cuanto al tomar la opción del arbitraje se renuncia a la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria. Este es el sentido que le ha otorgado nuestro derecho, tal como lo demuestra el que

---

<sup>122</sup> Cuando se aborda esta cuestión, pueden distinguirse por lo menos tres situaciones diferentes:

- a. La validez de los acuerdos arbitrales concluidos por el deudor *in bonis*. En este sentido conviene recordar, que en algunos países, como Francia y Holanda, la mera iniciación de los procedimientos de quiebras o de reorganización no acarrear automáticamente la invalidez de los acuerdos arbitrales así concluidos. En otros, como en Estados Unidos de Norteamérica, la cuestión resulta altamente controversial, si bien parece no haber llegado ninguna causa hasta el momento a la decisión de la Corte Suprema. No ignoramos que esta cuestión se encuentra vinculada con la idea de no convalidar el disfraz de acuerdos arbitrales espúreos destinados a sortear el principio de la paridad de los acreedores.
- b. El efecto extraterritorial de los laudos dictados en el extranjero dentro del territorio de otro Estado, cuando el deudor se encontraba en estado de insolvencia en otro, tema de gran delicadeza porque enfrenta la eficacia del procedimiento del arbitraje comercial internacional desarrollado válidamente en un Estado con el procedimiento de liquidación de los bienes del deudor en otro Estado. La respuesta implica la elección entre dar prioridad a la autonomía de la voluntad y al desarrollo normal de la vía arbitral o a los procedimientos colectivos tendientes a beneficiar a todos los acreedores, aunque esta situación no pudo ser ignorada.
- c. La validez de los acuerdos arbitrales destinados a dirimir las disputas en materia de insolvencia. Aquí estamos en presencia de una situación que general la posibilidad que las cuestiones derivadas de la insolvencia, como otras no menos sensibles por cierto, sean susceptibles de ser resueltas por árbitros, no por jueces. Ciertamente que, debemos admitirlo, esta última es una de las cuestiones más discutidas, más difíciles de resolver. En este aspecto, tanto a una como a la otra posición le asisten fundamentos, motivos, razones valederos de defensa para sostenerse.

En esta instancia académica, sin perjuicio que prometemos volver una y otra vez como sea necesario sobre el tema, debemos decir que nos basta con plantear estas cuestiones, abrirlas al debate, porque debemos terminar con aquellas prácticas ciertamente plenas de autoritarismo que descartan ab initio el auxilio de una institución plena de prestigio, tradicional, no tanto porque confían en las soluciones de los tribunales estatales sino porque descreen, lo que es más grave, desconocen a la institución misma.

se requiera facultad especial por parte del mandatario para comprometer, asimilando el compromiso de someterse a arbitraje a la renuncia de recursos y términos legales y otros actos de disposición, tal como lo señala el artículo 7, inciso segundo del Código de Procedimiento Civil. Al ser considerado un acto de disposición, es obvio que se consideren como inarbitrables aquellos conflictos que digan relación con derechos indisponibles, tales como los derechos de familia o los derechos personalísimos<sup>123</sup>.

## **6- ¿Es posible concluir que existen materias inarbitrables per se?**

Hasta ahora se ha revisado con alguna profundidad la normativa que resulta aplicable al tema de la arbitrabilidad de un litigio, con el fin último de tratar de buscar principios generales para declarar una materia como inarbitrable.

De las materias que se han examinado como no susceptibles de arbitraje, se puede inferir que en general existen dos tipos objeciones a la

---

<sup>123</sup> Sobre los derechos personalísimos una idea de ellos sería la siguiente: “El estatuto de la persona implementado en la Carta Fundamental, sustentado en la dignidad de aquella, con derechos esenciales emanados de su propia naturaleza humana, anteriores y superiores al Estado, el que debe protegerlos y promoverlos, contempla algunos denominados “nucleares”, pues se encuentran muy cercanos al sujeto, y son “configurativos de la identidad de cada individuo” infundiéndole un sello propio e imagen inconfundible a cada cual, y otros derechos, llamados “periféricos” por estar un poco más alejados del “centro”, que es la persona misma. Entre los primeros, llamados también derechos de la personalidad o personalísimos, además del prioritario, el derecho a la vida, encontramos el derecho a la honra y a la intimidad, en que lo asegurado por la ley fundamental y que no debe ser afectado sin vulnerar la propia dignidad de la persona, es precisamente el derecho a que se respete lo más sagrado que tiene, su atributo básico constituido por el honor que es una cualidad que le pertenece como tal individuo de la especie humana.” Banda Vergara, Alfonso. Declaración o Rectificación ¿Derecho o Limite a la Libertad de Información? Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 1999, Vol. 10, No. 1 [citado 22 Agosto 2007], pp. 19-41. Disponible en la World Wide Web: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09501999000200002&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200002&lng=es&nrm=iso).

Consultado el 6 de agosto de 2007, a las 15:00 horas.

arbitrabilidad de una materia. De una parte tenemos las prohibiciones que se originan en que los Estados tienen un interés en reservarse ciertas áreas, por razones de política pública, tal sería el caso de la inarbitrabilidad en materias de quiebras, materias de familia o materias relacionadas con libre competencia. De otra parte tenemos un conjunto de casos en que la imposibilidad de acordar un arbitraje tiene que ver con derechos irrenunciables.

El caso del derecho concursal es de particular interés, ello porque hoy en día la postura tradicional que declaraba como no arbitrable la quiebra y las elementos a ella relacionadas, se ha visto de cierta forma relativizada, por cuanto, tal como hemos visto, hoy en nuestro derecho es posible pactar someter a arbitraje el convenio preventivo de quiebra. Si bien es cierto, no estamos propiamente ante un juicio de quiebra, si nos atenemos a lo sustantivo, el convenio preventivo toca materias bastante sensibles y que no están demasiado lejos de un eventual concurso. Esta relativización en la disponibilidad de la acción en una materia tradicionalmente considerada como inflexiblemente inarbitrable lleva a preguntarnos que es lo que debe ser considerado como fundamento de la inarbitrabilidad.

En el arbitraje de un convenio preventivo de quiebra, tenemos que no existe juicio y multiplicidad de intereses involucrados, por decirlo de alguna forma, no han tomado aún posiciones, por lo tanto no se ha manifestado una de las principales razones de la inarbitrabilidad, esto es que hay un interés del

Estado en el proceso, por las razones ya indicadas. La pregunta es entonces: ¿qué distingue, sustantivamente, al convenio preventivo de un juicio de quiebra?

La conclusión parece no residir en la base, en el hecho de la quiebra, sino en los intereses concurrentes. En una quiebra abierta, el Estado es parte activa para el resguardo de sus intereses, en cambio en el momento de presentar el convenio preventivo, donde la cesación de pagos es sólo una amenaza, prima un interés de corte claramente patrimonial.

Por lo que se ha examinado hasta ahora resulta bastante impreciso vincular la inarbitrabilidad de una cuestión a una clase de materias en particular, más bien lo que habría que considerar es cuales son los intereses relevantes en juego en las áreas que cada Estado desee reservar para el conocimiento de sus tribunales. Por ello más que hablar de materias específicas declarándolas de plano no susceptibles de arbitraje, habría que considerar en cada país cuales son los intereses predominantes que lleva a la declaración de un litigio como inarbitrable. El examen de los diversos supuestos de inarbitrabilidad debería llevar a desplazar el centro del análisis desde los supuestos concretos contemplados en cada ordenamiento particular, hacia los intereses involucrados en la decisión de cada Estado y lo que ellos tienen en común. Sobre este punto es posible aventurar la idea de que los Estados en general se reservan la competencia para sus tribunales, sobre aquéllas elementos que resultan de



interés directo para estos Estados o bien cuando se encuentran en juego derechos indisponibles. Así en el caso litigios sobre libre competencia, más que revisar si se trata de materias antimonopolios, habría que ver cuanto del interés de un Estado se encuentra implicado, esto por cuanto en muchos casos tal y como lo demuestra la jurisprudencia del caso “*Mitsubishi Motor Corp. Vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*” en el cual nos encontramos con un asunto que parte de un interés claramente privado, ya que la acción es de orden privado y sólo en la medida de que afecte intereses generales puede provocar la intervención del Estado<sup>124</sup>. Sin embargo es necesario hacer un alcance en este punto, ello porque entregar la decisión de la arbitrabilidad de una materia a la simple declaración de interés de un Estado crea puntos sensibles de inseguridad jurídica. Es claro que si se piensa en algún criterio trascendente de arbitrabilidad este interés que manifiesta un Estado debe de ser carácter directo y contingente y no de un vago carácter remoto. Esto último por cuanto en último término todo lo que ocurra dentro de las fronteras de un país (y mucho de lo que ocurra afuera) podría considerarse como de interés del Estado.

En el caso de las materias relativas al derecho concursal, la conclusión parece no ser diferente. El que se abra la opción de pactar una cláusula de arbitraje en el convenio preventivo contribuye a reforzar esta tesis, por cuanto

---

<sup>124</sup> En este caso también se debe considerar la particular realidad que marca el derecho del *common law* que considera una amplia disponibilidad de las acciones y sólo permite acciones de clase o generales en casos muy calificados. Sobre la disponibilidad de la acción por los litigantes en el ámbito del *common law* ver: Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis: “Juzgar en Estado Unidos y en Francia”. Legis Editores S.A. Colombia, 2006.

este contrato de orden privado si es susceptible de someterse a un arbitraje privado, pero una vez que se inicia un procedimiento de quiebra, los intereses que se suman al procedimiento, más que la materia misma, es lo que hace muy difícil considerar factible un arbitraje. En este caso el interés del Estado es bastante inmediato por temas de carácter penal o impositivo.

Sin embargo aun en este supuesto hay que ser cuidadosos. Si consideramos que el arbitraje es de carácter instrumental y funcional a temas económicos de trascendencia y que ha sido fértil en soluciones para los problemas prácticos de la comunidad internacional y que las empresas más y más involucran intereses de varios países. Por idénticas razones que las que se expuso a la hora de considerar que en el comercio internacional el arbitraje internacional resulta inevitable, se podría sostener que en las quiebras transfronterizas si bien no se puede llegar a pensar en la inevitabilidad del arbitraje en estas materias, si se puede imaginar que resultaría un instrumento muy útil.

Así pues, lo realmente fructífero en esta materia es examinar la raíz del asunto que se ventila, más que detenernos en si se trata de una quiebra o una infracción a la libre competencia. Tales materias si bien dan una señal acerca de si se va a estar ante un tema inarbitrable, la constante evolución del derecho, pide realizar un análisis crítico que permita que el sistema judicial nacional revise incluso estos casos, esto con el fin de que el sistema de justicia

nacional sólo se reserve aquellas materias imprescindibles. El objetivo es dejar que por razones de eficiencia, en aquellos casos en que no hay razones de peso que lo justifiquen sean los particulares quienes decidan el foro que les sea más funcional a sus intereses, por cierto con un marco normativo adecuado y un tratamiento especial del orden público y la protección de los intereses de los Estados.

Quizá llamé la atención este planteamiento que bien puede parecer como de un extremado liberalismo y que puede llevar implícito el peligro del debilitamiento de las competencias de los tribunales estatales, pero es aquí donde debiese girar un tanto el punto de gravedad de la discusión y preguntarnos ¿Por qué un Estado debe subsidiar la resolución de disputas de empresas con capitales enormes? ¿No están a salvo los intereses públicos con una adecuada teoría del orden público y de la arbitrabilidad? Como bien dice el profesor Carlos Peña: “La administración de justicia no constituye, como ya insistí, desde el punto de vista económico, un bien público, es decir, un bien que, como el aire o el sol, carezca de rivalidad para su consumo o no presente posibilidad de exclusiones. La justicia no es de aquellos bienes en los cuales el costo marginal inducido por un consumidor adicional es nulo. Cosa distinta, la justicia es un bien privado: por cada sujeto que litiga hay uno o más de uno que quedó excluido de la posibilidad de hacerlo y cada nueva demanda -atendido que el sistema carece de capacidad ociosa- introduce nuevos costos marginales. Todo esto plantea el problema de corregir la función regresiva que,

en punto a la distribución del gasto público, suelen provocar los sistemas de administración de justicia”<sup>125</sup>.

Uno de los principales fundamentos de la teoría económica contemporánea es que toda actividad tiene un costo y que ese costo a menudo no recae en quien se beneficia del resultado<sup>126</sup>. Pues bien, los métodos de solución alternativa de controversias, como el arbitraje, son eficaces en la tarea de internalizar los costos de la litigación, es decir, los cargan directamente a quienes se benefician del sistema. “El arbitraje, como es obvio, más que un contrato, o un equivalente funcional de la jurisdicción consiste, técnicamente hablando, en una privatización de la misma que internaliza, en los partícipes del conflicto, los costos de la litigación que, de otro modo, se difuminan, con graves efectos regresivos, sobre todos los potenciales litigantes. El arbitraje es, así, un eficaz mecanismo para internalizar los costos de la justicia”<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Peña González, Carlos. Op. Cit.

<sup>126</sup> En general los individuos se imponen costos y beneficios recíprocos, para materias productivas, esto lo hacen a través de contratos. Sin embargo, es común que en razón de actividades productivas o de otro tipo se produzcan transferencias recíprocas negativas o positivas, sin que medie un contrato entre los involucrados. A esta situación se le denomina externalidades. En el caso de la justicia: “Al analizar la composición del litigio es usual observar grados importantes de homogeneidad que evidencian importantes exclusiones: en Chile, por ejemplo, las fuentes primarias muestran que más del 75% de los litigios en los últimos veinte años equivalen a causas vinculadas al sistema crediticio, lo cual significa, dada la gratuidad de ingreso al sistema, que los excluidos subsidian la litigación de las empresas vinculadas al crédito, o lo que es lo mismo, que el gasto público en justicia se distribuye, aunque no deliberadamente, en términos discriminatorios. Este carácter de los sistemas de administración de justicia permite que quienes acceden al sistema externalicen parte importante de sus costos de litigar en la clase de todos los potenciales litigantes. Pues bien. Enfrente de esta característica de los sistemas de administración de justicia se hace necesario, como insistí más arriba, instituir mecanismos que permitan que cada litigante internalice buena parte de sus costos de litigar.” Cooter, Robert y Ulen, Thomas: “Derecho y Economía”. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. 1998. Pág. 197-199. Pág. 197.

<sup>127</sup> Peña González, Carlos. Op. Cit.

## **7.- Momento para el pronunciamiento acerca de la arbitrabilidad**

Esta excepción puede ser de conocimiento del Juez de Tribunal Nacional cuando se solicita la ejecución de un laudo arbitral, conforme lo señala el artículo 34, letra b, i), de la ley 19.971 de arbitraje comercial o como excepción previa ante el propio Tribunal Arbitral según lo dispuesto en el artículo 16 N° 2 de la misma ley.

El momento procesal para pronunciarse sobre la arbitrabilidad de una materia debe ser examinado con atención. Esta cuestión puede presentarse en diversos momentos del procedimiento, tanto al inicio, como durante su sustanciación o también en su etapa de ejecución. Las consecuencias de cuando se plantearán estas cuestiones serán diversas, así como sus implicaciones prácticas. Por ello es conveniente examinar el problema de acuerdo a si ésta se plantea, al momento de solicitar la ejecución del convenio arbitral (1), durante la tramitación del procedimiento ante el árbitro (2); si la cuestión se plantea con posterioridad al laudo, mediante un recurso de nulidad (3)<sup>128</sup> o en la etapa de reconocimiento y ejecución.

---

<sup>128</sup> Cabe hacer presente que el recurso de nulidad es un recurso que se interpone ante el tribunal nacional (en nuestro caso ante la Corte de Apelaciones Respectiva) y que tiene por objeto invalidar el laudo arbitral. Sin embargo existe otro recurso que la ley de arbitraje trata con cierta amplitud y es el que se contempla en el artículo 33 de la ley bajo el título de: “Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional”. Sobre este recurso de carácter extraordinario se ha dicho: “...que dentro de los treinta días de dictado el laudo, si las partes no han previsto uno diverso o el propio árbitro no lo prorroga, a petición de parte o en ciertos casos de oficio, el árbitro podrá dictar un laudo adicional para salvar errores materiales, suplir la omisión de pronunciamiento sobre alguna pretensión deducida o emitir una interpretación sobre algún punto o parte concreta del laudo. (...)La posibilidad de corregir, aclarar o complementar el laudo es consagrada con diversa amplitud, aunque en general con plazos más mezquinos y a veces en supuestos

## **7.1- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad en la ejecución del acuerdo de arbitraje.**

La ley de arbitraje comercial internacional establece en su artículo 8, titulado “Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal”, en su número 1 que “El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.” La anterior regla restringe los supuestos en los cuales un tribunal nacional puede decidir no remitir a las partes que así lo soliciten a arbitraje a tres hipótesis distintas que habrá que examinar por separado.

### **7.1.1.- Nulidad del acuerdo de arbitraje**

Esta hipótesis se relaciona fundamentalmente con los vicios que pudiesen presentarse a la hora de pactar un acuerdo de arbitraje, como lo son los denominados vicios del consentimiento, es decir acuerdos obtenidos mediante fuerza, maniobras dolosas o por error. Se incluyen también aquí aquellas cláusulas pactadas por quien no tenga capacidad para pactarlas.

---

más acotados que los señalados en la ley modelo de UNCITRAL, por varias de las legislaciones más modernas.” Althaus, Alfredo “Hacia Una Ley Nacional de Arbitraje.” <http://www.bcr.com.ar/pagcentrales/publicaciones/documentos/tribunal/jornadas10.pdf> Pág. 21. Consultado el 14 de julio de 2007, a las 10:00 horas.

También sería nula una cláusula de arbitraje pactada en forma puramente consensual, sin que quedase constancia de ella en algún tipo de registro<sup>129</sup>. La nulidad, por tanto, es una imposibilidad de ejecución que tiene como origen un vicio que se encuentra presente al pactar la cláusula y que transforma al acuerdo en patológico<sup>130</sup>.

Uno de los problemas que se plantea en el tema de la nulidad es el alcance de ésta, ya que en la teoría general de los contratos y si se adscribe a una tesis de carácter contractualista con respecto al arbitraje, es decir se asume que esta institución es un contrato que tiene por objeto resolver un conflicto, cabría la posibilidad que el acuerdo de arbitraje resultara nulo por adolecer de objeto ilícito, ya que buscaría sustraer de la justicia ordinaria una controversia inarbitrable<sup>131</sup>. Sin embargo, la normativa que rige en esta materia no apoya dicha interpretación<sup>132</sup>.

### **7.1.2.- Ineficacia**

En este concepto se engloban aquellas circunstancias que transforman a un acuerdo en imposible de ejecutar por alguna circunstancia sobreviniente.

---

<sup>129</sup> La ley modelo de UNCITRAL y las modernas legislaciones en la materia equiparan explícitamente en su eficacia al compromiso arbitral y a la cláusula compromisoria, forme ésta parte del contrato o haya sido instrumentada por separado, haciendo referencia al mismo<sup>63</sup>. Si bien se requiere que el acuerdo conste por escrito, se admite incluso que resulte de un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del mismo, o de un intercambio de escritos de demanda y contestación en que su afirmación no sea contradicha por la otra parte. *Ibíd.* Pág. 8.

<sup>130</sup> Mereminskaya, Elina. 2006 B. Págs. 91-129.

<sup>131</sup> Compare, por ejemplo, Silva Romero, Eduardo: "El Contrato de Arbitraje." Legis Editores, Colombia, 2005. Págs. 309 y ss.

<sup>132</sup>. Mereminskaya, Elina: "La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada." En *Revista Foro de Derecho Mercantil*. N° 17. 2007. B. Página 121-140.

Entre estas tenemos aquellos acuerdos sometidos a un plazo de vigencia. También debiera considerarse como ineficaces aquellos acuerdos que han visto limitada su vigencia al cumplimiento de una condición resolutoria y la cual se verifica, por ejemplo si se pactara que los conflictos entre las partes se someterán a arbitraje siempre y cuando las partes al momento de someterse a arbitraje tengan los medios para solventar el procedimiento, así lo ha fallado la jurisprudencia internacional<sup>133</sup>.

En este punto, es necesario precisar que la interpretación que se ha hecho de la ejecutabilidad de un acuerdo de arbitraje ha sido bastante amplia, así por ejemplo, "...la Corte Suprema de Hong Kong tuvo que resolver un caso en que la cláusula compromisoria contemplaba un arbitraje en un "tercer país, según la regla del tercer país y de conformidad con el reglamento de la Asociación Internacional de Arbitraje Comercial". La Corte concluyó que la cláusula compromisoria indicaba suficientemente la intención de las partes de someterse al arbitraje. Estimó que la referencia a un tercer país y a una

---

<sup>133</sup> En un asunto que involucro a dos partes alemanes, a propósito de la instalación de unos artículos sanitarios y había acordado una cláusula compromisoria Durante el cumplimiento de lo estipulado surgió una controversia., la que el demandado quiso que se resolviera en los tribunales alemanes. El se opuso a ello e invocó la existencia de un acuerdo de arbitraje. Sin embargo, el demandado no inició actuaciones arbitrales por los gastos que entrañaba el arbitraje. Un año más tarde el demandante le comunicó al demandado que ponía término al acuerdo de arbitraje por no poseer dinero para solventar el procedimiento y lo demandó ante los tribunales estatales por incumplimiento de contrato, reclamando indemnización por daños y perjuicios. La Corte Suprema de Alemania argumento "que el acuerdo de arbitraje no impedía al demandante entablar una acción ante un tribunal estatal porque hubiera resultado impracticable en esas circunstancias. En virtud del párrafo 1) del artículo 1032 del Código de Procedimiento Civil de Alemania, un tribunal no ha de desestimar una demanda si "el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o de ejecución imposible". A este respecto el tribunal señaló "que el acuerdo de arbitraje era imposible de ejecutar en esas circunstancias, ya que el demandante no podía afrontar las costas de arbitraje." Y finalmente sostuvo que "El derecho a acudir a la vía judicial no se excluye simplemente por el hecho de que el demandante haya provocado su incapacidad de pagar las costas de arbitraje. Quedaría excluido únicamente si hubiera actuado de mala fe." Corte Suprema Federal de Alemania. 14 de septiembre de 2000. [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org). Consultado el 6 de junio de 2007 a las 11:30 horas.



organización y unas reglas inexistentes no hacía inoperante o de imposible aplicación el acuerdo de arbitraje, dado que éste podía celebrarse en cualquier país que no fuera uno de aquellos en que las partes tenían sus establecimientos y conforme a la ley del lugar del arbitraje, que podía ser elegido por el demandado”<sup>134</sup>.

### **7.1.3.- Imposibilidad de Ejecución.**

Esta es la situación más compleja de las mencionadas, por cuanto es muy difícil determinar con un grado de certeza que ha de entenderse por imposibilidad de ejecución. Aquí tendríamos aquellos supuestos en que si se analiza el acuerdo de arbitraje este tiene disposiciones que hacen que no sea posible ponerlo en práctica.

De todo lo expuesto podemos concluir que ninguna de estas materias dice relación con la arbitrabilidad de la cuestión, por cuanto todos son supuestos que deben ser examinados por el tribunal ordinario antes de remitir a las partes a un procedimiento de arbitraje y son vicios que tienen que ver con la estructura interna de la cláusula compromisorio o el compromiso y no con la materia sobre la que versa el acuerdo de arbitraje<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> Mereminskaya, Elina “Apuntes de Arbitraje Comercial Internacional”. Pág. 20. [http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Apuntes\\_arbitraje.pdf](http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Apuntes_arbitraje.pdf). 2006 C. Consultado el 16 de agosto de 2007 a las 13:30 horas.

<sup>135</sup> En derecho comparado si se ha identificado por alguna jurisprudencia internacional otras posiciones, así “Una postura, más bien excepcional, considera la arbitrabilidad como elemento integrante de la validez del acuerdo sobre el arbitraje. En otras palabras, un acuerdo que verse sobre una materia no arbitrable es nulo. Dicha posición expresa, por

Como hemos visto la revisión del acuerdo de arbitraje que contempla el artículo 8.1 de la ley de arbitraje sólo contempla como causales de denegación de la ejecución del acuerdo de arbitraje las anteriormente señaladas, las que además deben de ser interpretadas de manera restrictiva y de forma favorable al arbitraje.

## **7.2.- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad durante la sustanciación del procedimiento**

Entendemos que las actuaciones del procedimiento se encuentran iniciadas desde que se ha notificado la demanda, por lo tanto el planteamiento de la arbitrabilidad en esta etapa procesal se encuentra íntimamente ligada al artículo 16 de la ley de arbitraje comercial internacional. Al efecto esta disposición señala en su número 1 que el Tribunal tiene la facultad de decidir acerca de su propia competencia. Agrega el número 2 que la excepción de incompetencia del tribunal debe plantearse al momento de contestar la demanda. Por tanto esta es la oportunidad que tiene una parte de discutir acerca de la materia sobre la que recae el acuerdo de arbitraje.

---

ejemplo, la sentencia arbitral de la CCI N° 2558 que versa sobre un contrato de ‘asistencia en comercio internacional’ suscrito entre una sociedad francesa y un prestador de servicios de la misma nacionalidad. El tribunal arbitral determinó que se trataba de un contrato de trabajo, que no podía ser objeto de convención arbitral. Por lo anterior, el tribunal acogió la excepción de incompetencia fundada en la nulidad del acuerdo de arbitraje. (..) Sin embargo, en las legislaciones basadas en la LMA, corresponde distinguir entre estos dos elementos. La validez del acuerdo de arbitraje se refiere al concierto efectivo de las voluntades de las partes, mientras la arbitrabilidad implica las características intrínsecas de la materia objeto de la controversia, en especial, la posibilidad de sustraer el conflicto del conocimiento de la justicia ordinaria” *Ibíd.*

Ahora bien, cabe preguntarse que sucede si ninguna de las partes involucradas discute la cuestión de la arbitrabilidad durante la sustanciación del procedimiento, por lo que no le da la oportunidad al tribunal arbitral de pronunciarse sobre la arbitrabilidad de la materia. El artículo 16 de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional es claro y no impone la obligación perentoria al tribunal arbitral de pronunciarse acerca de la arbitrabilidad, sino que otorga la facultad al tribunal arbitral de pronunciarse sobre este particular al señalar que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje.”

En las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México, en su artículo 12.3 dispone: “Si la Demandada no presenta una contestación en los términos del artículo 9 o si alguna de las partes alega una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje, el Consejo General podrá decidir que el arbitraje debe proceder, siempre y cuando considere que, prima facie, existe un acuerdo arbitral que se refiere a las Reglas de Arbitraje del CAM. La decisión del Consejo General no prejuzga sobre la admisibilidad ni sobre el fundamento de estas excepciones, correspondiendo al Tribunal Arbitral decidir sobre su propia competencia”<sup>136</sup>. Como se observa en este instrumento normativo se considera una alternativa

---

<sup>136</sup> Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje de México. Disponibles en el sitio web del Centro de Arbitraje de México: <http://www.camex.com.mx/reglasdelarbitraje.htm>. Consultado el 2 de octubre de 2007 a las 14:00 horas.

interesante, cual es otorgar la facultad de realizar un examen *prima facie* del acuerdo de arbitraje, ello sin afectar las facultades del tribunal arbitral de decidir acerca de su propia competencia.

El hecho de que ninguna de estas normativas imponga una clara obligación a los tribunales arbitrales no es menor por cuanto perfectamente podría ocurrir que un tribunal arbitral fallara una cuestión, sin haberse pronunciado acerca de su competencia y que dicho fallo fuera invalidado a través de un recurso de nulidad o bien en su etapa de ejecución del laudo.

Ahora bien, esto último también debe ser observado desde el punto de vista de quien pacta una cláusula de arbitraje y recurre a un centro que presta este servicio. Como bien se sabe, los honorarios que se les paga a estos árbitros son cuantiosos, por lo que quienes litigan aspiran a obtener un laudo que sea posible de ejecutar, sin problemas<sup>137</sup>. Dicha cuestión podría quedar en entredicho si no hubiera pronunciamiento alguno acerca de la arbitrabilidad, ni en el laudo definitivo o en algún laudo interlocutorio.

La solución a este complejo problema nos permitiría otorgar un mayor grado de certeza, confianza y eficacia a la justicia arbitral. Si consideramos al arbitraje como una relación de tipo contractual entre quienes acuden a esta

---

<sup>137</sup> Generalmente los árbitros fijan sus honorarios tomando en consideración el monto de la controversia, en porcentajes que van de un 5% o hasta un 25% de la cuantía del litigio, con montos mínimos que el caso, por ejemplo de la Asociación Comunitaria de Arbitraje y Mediación de Madrid es de 500 euros, más gastos de administración. [http://64.233.169.104/search?q=cache:H0X-osZfERsJ:www.arbitraje-acam.com/acam/files/revista\\_marzo\\_06ok.html+cuanto+cuesta+un+arbitraje+de+la+CCI&hl=es&ct=clnk&cd=8&gl=cl&client=firefox-a](http://64.233.169.104/search?q=cache:H0X-osZfERsJ:www.arbitraje-acam.com/acam/files/revista_marzo_06ok.html+cuanto+cuesta+un+arbitraje+de+la+CCI&hl=es&ct=clnk&cd=8&gl=cl&client=firefox-a). Consultado el 10 de Diciembre de 2007, a las 14:00.

forma de administrar justicia y quienes prestan este servicio, se debiera considerar que los árbitros deberían tener la obligación de actuar con el mayor celo profesional, lo que no sólo incluye el tratar de forma igualitaria a las partes y restante funciones lógicas de todo tribunal, sino que además se debiera plantear una obligación de producir un laudo que sea posible de ejecución. No se trata de obligar a un tribunal arbitral a realizar un trabajo que suponga un laudo absolutamente inatacable, pero si de plantear la cuestión de la competencia de manera explicita en sus laudos a fin de exponer cual es el fundamento de la propia competencia que ha asumido el tribunal arbitral, facilitando con ello la argumentación en una eventual instancia revisora por vía de nulidad, de oposición a la ejecución o al reconocimiento<sup>138</sup>.

Sin embargo este tema es de suyo muy delicado, por cuanto un régimen de responsabilidad excesivamente inflexible impuesto de parte de los estados puede ir en contra de lo que con tanto anhelo se ha buscado en la comunidad del comercio internacional, esto es la promoción del arbitraje como un método rápido de solución de conflictos. Una extensión de las posibilidades de perseguir a los árbitros por su presunta responsabilidad derivada del

---

<sup>138</sup> Otro tema harto delicado es el de la responsabilidad de los árbitros por el desempeño de sus funciones y en su caso, el de las instituciones arbitrales. La mayor parte de las legislaciones latinas guarda silencio sobre el particular, lo cual entraña el sometimiento de los árbitros a las reglas contenidas sobre esta materia en el derecho común. Es así que en nuestra doctrina se sostiene que los árbitros responden por el daño causado no sólo por dolo, sino también por culpa o negligencia. “Algunas legislaciones que se inspiran en aquélla, no obstante, han incursionado en el tema con diversos enfoques. La reciente ley española, por ejemplo, establece que la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo.” Althaus, Alfredo. Op. Cit.

pronunciamiento de sus fallos puede llegar a desembocar en la indeseable consecuencia de desalentar a los mejores juristas para que desempeñen esta clase de cargos. Por otra parte no hay que olvidar que en los procedimientos de arbitraje la designación del tribunal es trabajo de las partes, por lo que ellos tienen un gran grado de responsabilidad a la hora de señalar las personas en quienes confían la resolución de sus conflictos<sup>139</sup>. El sistema del arbitraje comercial internacional da una notable libertad, pero es imposible que esa libertad no esté aparejada de la responsabilidad de quienes la ejercen, quien pacta un acuerdo de arbitraje debe hacerse cargo de su decisión. La jurisprudencia española ha considerado que aun cuando puede existir responsabilidad de los árbitros, esta no se puede vincular a el efecto del laudo arbitral: "...ha venido admitiéndose desde una perspectiva contractualista de la institución derivada del antiguo contrato de 'dación y recepción del arbitraje' que los árbitros responden a tenor de lo dispuesto en los artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil; aunque en ningún caso tal responsabilidad incide en la eficacia vinculante del laudo emitido, del propio modo que las sentencias que resuelven las demandas de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por

---

<sup>139</sup> "Constituyendo el derecho materia esencialmente proteica y mutante, resulta riesgoso someter al árbitro a la apreciación de su diligencia por un tribunal estatal –en definitiva, a cargo de otro hombre de derecho– que con un criterio afinado de culpa podría eventualmente llegar a reputar negligente y generadora de responsabilidad a una conducta apoyada en una interpretación novedosa y creativa de las normas jurídicas aplicables, lo que se ve agravado porque, sobre todo en los arbitrajes comerciales internacionales, los árbitros son llamados a resolver cuestiones extremadamente complejas, en que a veces resulta harto dificultoso individualizar la regla jurídica –que podría no estar contenida en un ordenamiento nacional o no ser de interpretación unívoca– con arreglo a la cual será dirimido el conflicto. El temor a esa responsabilidad rigurosa induce a los árbitros, en países con un régimen como el criticado, a contratar seguros de *mala praxis*, con el consiguiente encarecimiento del servicio." Althaus, Alfredo. Op. Cit.

negligencia o ignorancia inexcusable de los mismos en ningún caso alterarán la sentencia firme que haya recaído en el pleito o causa en que se haya ocasionado el agravio' (vid. Artículos 903 y 917 de LEC). Para que aquella responsabilidad sea exigible debe acreditarse la actuación dolosa o gravemente culposa del árbitro, el daño o perjuicio de cualquier orden padecido por los comprometidos y la relación de causalidad entre la falta y el daño, bien entendido que tratándose de arbitraje de equidad el parámetro decisorio de los árbitros por expreso deseo de los comprometidos se su 'leal saber y entender'<sup>140</sup>.

### **7.3.- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad Ex Post**

Al referirnos al planteamiento del problema de la arbitrabilidad con posterioridad al término del procedimiento hacemos referencia a la posible impugnación del laudo arbitral por alguna de las partes mediante el recurso de nulidad contemplado por el artículo 34 de la ley de arbitraje comercial internacional. Este recurso contempla como causal de nulidad del laudo, entre otras, que *“b) el tribunal compruebe: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje”*.

Es en esta etapa en donde recién la cuestión de la arbitrabilidad es susceptible de revisión por parte del tribunal nacional, ello de acuerdo a la

---

<sup>140</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de Diciembre de 1995. Jurisprudencia arbitral Breviario de sentencias del Tribunal Constitucional Tribunal Supremo Audiencias Provinciales Internacional de España.

posición que se ha asumido en el curso de esta investigación. La bondad de este enfoque no radica únicamente en sus claros fundamentos normativos, sino que también en consideraciones de carácter práctico, ello por cuanto reduce las posibilidades de introducir tácticas dilatorias en esta clase de procedimientos<sup>141</sup>. En todas los planteamientos que se han presentado a la hora de aprobar normativas que toman como marco la ley modelo de la UNCITRAL se considera como de suma relevancia la disminución de la posibilidad de que se introduzcan tácticas dilatorias, las que casi siempre tendrán lugar ante los tribunales nacionales, así con respecto a la ley panameña de arbitraje se ha dicho: “No obstante lo anterior, es necesario hacer énfasis en que ante la interposición de tácticas dilatorias por parte de los representantes de las partes, los tribunales ordinarios anteriormente, debían tener una actitud o postura enérgica y debían decidir cualquier incidente, lo cual muchas veces tomaba gran tiempo, y se retrasaba así el inicio del arbitraje. Se espera que con la nueva Ley, de acuerdo a la cual el Juez remitirá a los árbitros la facultad y potestad de decidir sobre la validez y eficacia del convenio arbitral, o la competencia del Tribunal Arbitral, decisiones que serán irrecurribles antes de dictado el laudo arbitral, puedan disminuir estas malas prácticas de forma que puedan los procesos arbitrales iniciarse, desarrollarse y culminarse rápida y eficazmente”<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Mereminskaya, Elina. 2007 B.

<sup>142</sup> Britton, Erick. “El rol del órgano judicial en los procesos arbitrales”. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b->



Una vez que se acepta como admisible la excepción de inarbitrabilidad se reconoce que el tribunal arbitral nunca tuvo competencia para juzgar el litigio que se sometió a su conocimiento, así pues, se ve que esta clase de causal de nulidad es mucho más categórica y, como se ha dicho ya, conceptualmente diversa de cuando se invoca el orden público<sup>143</sup>. Por ello el examen de arbitrabilidad es *ex ante*, para determinar si existe competencia por parte del o los árbitros, esto es así aun cuando fácticamente la excepción se plantee durante el procedimiento de ejecución o reconocimiento de la sentencia.

Finalmente tanto el artículo 34 como el 36 de la ley modelo de arbitraje establecen como excepciones que pueden ser declaradas de oficio por parte del tribunal ante el cual se presente cualquier solicitud relacionada con el laudo, tanto la violación del orden público como la inabitrabilidad. Así se concluye de la expresión los artículos 34.2 letra b) que declara “El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la Corte de Apelaciones respectiva cuando: b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

---

[02.php?session=756c0ab48da60272b3d5572bb45fd463](http://02.php?session=756c0ab48da60272b3d5572bb45fd463) Consultado el 15 de agosto de 2007, a las 11:00 horas.

<sup>143</sup> Al declarar inarbitrable una materia sujeta a normas del orden público, se incurre en la presunción incontestable de que el tribunal arbitral necesariamente va a errar en la aplicación de las normas imperativas. Con ello, un instrumento de control *ex post*, se transforma en una revisión *ex ante*, una revisión basada en conjeturas. Más aún, considerar inarbitrable cualquier materia que contemple normas imperativas en base a esa suposición abstracta, carente de toda validez, nos llevaría al absurdo de declarar inarbitrable cualquier disputa contractual.

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado. Una disposición similar se establece en el artículo 36 de la ley de arbitraje. Por lo tanto tenemos que un tribunal nacional tiene la posibilidad cierta de declarar como nulo un laudo si considera que existe una violación flagrante al orden público o si hay motivos suficientes para determinar que la materia es absolutamente inarbitrable”. Por ello el hecho de que se permita una revisión de la arbitrabilidad de oficio cuando el tribunal esté conociendo de cualquier forma de un laudo arbitral, parece ser suficiente garantía para el resguardo de las materias que sean de interés del estado.

#### **7.4.- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad durante el reconocimiento y ejecución de laudo.**

También la cuestión de la arbitrabilidad puede plantearse al solicitarse el reconocimiento o ejecución de una sentencia arbitral, sea esta producida por un arbitraje internacional llevado a cabo en el suelo nacional o en el extranjero. Hay que recordar que en Chile se mantiene un tratamiento binario del arbitraje, ya que se distingue el arbitraje nacional que se rige por el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico de Tribunales y el arbitraje comercial internacional que se rige por la ley 19.971. En tal caso la disposición aplicable es el artículo 36 de la ley de arbitraje comercial internacional. Cabe subrayar que a partir de la promulgación de la ley 19.971 quedan sujetas a esta ley el reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras, aplicándose sin

perjuicio de la Convención de Nueva York de 1958, ello en virtud de que esta ley ha sido aprobada con posterioridad a la convención y además contiene un régimen jurídico más favorable al arbitraje.

Al examinar la ley de arbitraje comercial en este capítulo podemos concluir que en lo sustancial reproduce los artículos IV y V de la Convención de Nueva York, por lo que no agrega mayores requisitos a los que se establecían en el texto convencional.

En lo referente a la oposición al reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral debemos recordar que tanto la convención como actualmente la ley establecen una presunción a favor del laudo que se presenta a ejecución o a reconocimiento, ya que los requisitos que se establecen en el artículo IV de la convención y 35 de la ley presentan requisitos básicos para que el laudo se reconozca o se otorgue la posibilidad de ejecución<sup>144</sup>.

Lo mismo ocurre en cuanto a las causales de denegación de la ejecución o reconocimiento de un laudo arbitral ya sea nacional o extranjero, por cuanto las normas aplicables son idénticas. Es así que para proceder al reconocimiento

---

<sup>144</sup>El artículo 35 de la ley modelo de arbitraje titulado “Reconocimiento y ejecución”, que reproduce en lo sustancial lo ya dicho por el artículo IV de la Convención de Nueva York de 1958, dice lo siguiente: 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 este Estado, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos

y ejecución de la sentencia al Tribunal de ejecución o ante el que se plantea el reconocimiento sólo le cabe realizar un examen de carácter formal.

## **Conclusiones.**

Después de un estudio de los temas relacionados con la normativa que rige el arbitraje comercial internacional, podemos concluir que en nuestro país se ha avanzado de manera sustantiva en la regulación positiva de esta materia. La aprobación de la ley 19.971 es uno de los acontecimientos capitales que han marcado de manera significativa la historia de esta institución en nuestro país. No se puede sino valorar de manera favorable, el que nuestro poder legislativo no haya modificado los principios básicos dados por la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, lo que permite a nuestro país insertarse de lleno en el movimiento general de unificación del derecho.

Un punto discutible en el ámbito normativo del arbitraje, es el tratamiento dual del arbitraje, esto es, se otorga un tratamiento diferenciado del arbitraje cuando es interno y de cuando es internacional, lo que hoy en día parece no tener justificación de fondo. El arbitraje sea interno o internacional parece no poseer lógicas distintas, sino que en ambos casos se trata de resolver un conflicto por una vía alternativa, tratando de buscar la mejor solución posible para conflictos de carácter privado. Desde esta óptica parecería que no hay razones para que las actuales ventajas que posee el estatuto del arbitraje comercial internacional, sean negadas a quienes acudan a esta clase de procedimientos en el orden interno. Aun así, como se dijo en su oportunidad,

habrá que esperar un tiempo para evaluar si esta decisión fue o no la más adecuada.

Otro problema al que se deberá hacer frente al momento de la aplicación práctica de la ley 19.971 es la posibilidad de una interpretación demasiado estricta y extensiva de los principios tradicionales de nuestro Código Orgánico de Tribunales, en especial las disposiciones que hacen referencia a la plenitud de la competencia de nuestros tribunales. Es plenamente cierto que este principio existe y merece nuestra mayor consideración, sin embargo debe ser interpretado de manera adecuada y en perfecta armonía con el resto de nuestro ordenamiento y éste a la vez debe ser puesto en el contexto de un mundo cada vez más globalizado e interdependiente. Se debe subrayar que esta ley no vulnera en ningún caso las facultades de nuestros tribunales superiores de justicia. Lo que busca la ley es otorgar la posibilidad de un método de resolución alternativo de controversias a quienes no les es funcional acudir a los tribunales ordinarios de justicia, y en caso alguno cercena las facultades de los tribunales nacionales.

Antes hemos visto que el arbitraje ha sido considerado como la mejor manera de resolver los conflictos entre particulares, dejando a salvo las confianzas entre los intervinientes. Sin embargo esta idea que en general se tiene de este método de solución de controversias, no ha tenido un correlato del

todo satisfactorio en la realidad, y el arbitraje ha quedado coartado a la hora de ser una manera masiva de solucionar conflictos.

Esta realidad ha sido revertida en alguna medida por la Cámara de Comercio de Santiago, la que ha logrado un considerable éxito en la resolución de litigios, corrigiendo en cierta medida la realidad expuesta. Pero aun falta mucho para hacer del arbitraje una salida corriente a la que se acuda con confianza.

Para alcanzar los objetivos propuestos por el mensaje del Presidente de la República con el que se dio origen a la ley 19.971, se debe recorrer un largo camino, el que también incluye a los operadores del derecho. Los abogados están llamados a asumir una posición de vanguardia en la promoción de este método alternativo de solución de controversias. Pero para ello, se requiere una mayor comprensión de los procesos sociales, económicos y jurídicos que están detrás de la unificación del derecho y de esta especie de caballo de batalla de este proceso de globalización jurídica, que viene a ser el arbitraje comercial internacional.

Como se dijo anteriormente, hay que ampliar el enfoque y llamar la atención sobre la compatibilidad de las estructuras de la justicia nacional y el arbitraje desnacionalizado. Los campos de acción son diversos y estas páginas han dejado suficientemente claro que el actual sistema que rige el arbitraje comercial internacional posee los mecanismos adecuados para resguardar la

integridad de los sistemas estatales. Por lo demás, nuestro sistema de justicia y con él nuestro país, ganaría mucho si diera un paso hacia adelante en entender al arbitraje como el mejor colaborador posible, tanto por sus virtudes de adaptabilidad para el conflicto concreto, como por su capacidad de poner los costos del sistema en manos de quienes desean resolver un conflicto. Un bien público como la justicia es escasa y onerosa y su utilización deja afuera a otros que la necesitan, por lo que sería extremadamente útil promover formas alternativas de solución de controversias, no sólo mediante declaraciones de principios y de leyes, sino con una actitud menos hostil por parte de quienes operan el sistema de justicia.

El arbitraje, tanto en su dimensión interna como internacional, no debe ser considerado como sospechoso competidor de la justicia estatal, sino que un colaborador complementario y necesario de un sistema jurídico sano. En este sentido se antoja imprescindible el apoyo del estado para promover esta clase de procedimientos, que por su carácter especializado, aún es extremadamente caro para la mayoría de los usuarios del sistema de justicia que podrían potencialmente interesarse en esta clase de soluciones. En un procedimiento arbitral se deben pagar los honorarios de los abogados, pero también los del árbitro, cosa que no ocurre en los tribunales ordinarios, los que por tanto actúan como una especie de competencia desleal. Por ello urge una política pública de masificación del arbitraje, la que debe tomar en cuenta que "...existe una serie de consideraciones que deben tenerse presente a la hora de diseñar políticas



públicas que promueven el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos y en particular el arbitraje. En este sentido, en el sistema actual, la decisión de demandar ante la justicia arbitral (y la de defenderse) solo incorpora los costos y beneficios que ello reporta para cada actor, sin que influyan en tal decisión los beneficios que el resto de la comunidad recibe al resolverse adecuadamente los litigios. Así, en la medida en que un fallo genera externalidades positivas que son deseables por la sociedad toda, cabe pensar algún tipo de aporte estatal<sup>145</sup>. Estas consideraciones tocan de cerca al arbitraje comercial internacional ya que si bien la ley 19.971 representa un avance sustantivo ello debe ser acompañado por una política general de estado sobre los métodos de solución alternativas de controversias en general, y del arbitraje en particular.

---

<sup>145</sup> García, José Francisco y Leturia, Francisco Javier: "Justicia Civil: Diagnóstico, Evidencia Empírica y lineamientos para una Reforma." *Rev. Chil. Derecho*, Ago. 2006, Vol.33, No.2, P.345-384. Issn 0718-3437.

## Bibliografía

1. Alessandri Rodríguez, Arturo; Curso de Derecho Civil. Redacción de Antonio Vodanovic H. Tomo I. Vol. I. Santiago, 1961. Pág. 159.
2. Bruun, Geoffrey: La Europa del siglo XIX (1815-1914). Fondo de Cultura Económica. Primera edición en español. Mexico. 1964.
3. Caivano, Roque: Arbitraje. Villela Editor. Ed. Ad-hoc. Buenos Aires. 2000.
4. Chillón Medina, José y Merino Merchan, José Fernando: Tratado de arbitraje privado interno e internacional. 1ª Edición. Ed. Civitas, Madrid. 1978
5. Claro Solar, Luis: Explicaciones de Derecho Civil Chileno y comparado. Tomo XI. Pág. 285. N° 893. Santiago, 1937.
6. Cooter, Robert y Ulen, Thomas: Derecho y Economía. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 1998.
7. Esplugues Mota, Carlos; Barona Vilar, Silvia y Hernández Martí, Juan: Contratación internacional. Ed. Tirant lo Blanch. Tatados. 1999. Comentarios y Prácticas Procesales. 2ª Edición.
8. Garapon, Antoine y Papadopoulos, Ioannis: Juzgar en Estado Unidos y en Francia. Legis Editores S.A. Colombia, 2006.
9. Guzmán Brito, Alejandro: Derecho privado romano. Chile Editorial Jurídica de Chile. Primera edición. Santiago. 1996.
10. Guzmán Latorre, Diego: Tratado de derecho internacional privado. 3ª edición. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile. 1997.

11. Martínez Cañellas, Anselmo: La interpretación y la integración de la convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. Editorial Comares. Primera Edición. Madrid. España. 2004.
12. Maturana Miquel, Cristián: Derecho Procesal Orgánico. Separata de estudio de la Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2005
13. Nemhe Zalaquett, Nicole: El Cambio de Circunstancias en los Contratos Económicos Internacionales. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 2000
14. N. Coipel-Cordonier. Les conventions d'arbitrage et d'eleccion de for en Droit internacional privé. París: LGDJ.1999.
15. Picand Albonico, Eduardo: Arbitraje Comercial Internacional. Tomos I y II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005.
16. Ramírez Necochea, Mario: Derecho Internacional Privado. Editorial LexisNexis. Santiago de Chile. 2005.
17. Sandoval López, Ricardo, Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005
18. Santos Balandros, Rubén: Arbitraje comercial internacional: tendencias y perspectivas. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1988
19. Santos Balandros, Manuel: Seis Lecciones sobre arbitraje privado (interno e internacional). Editorial Asociación de escribanos del Uruguay". Montevideo, Uruguay. 2002.

20. Silva Silva, Jorge Alberto: Arbitraje Comercial Internacional. Oxford University Press Mexico. 2º Edición. 2001.
21. Silva Romero, Eduardo: El Contrato de Arbitraje. Legis Editores, Colombia, 2005.

### ***Publicaciones periódicas.***

1. Bauza Vidal, Nuria; La Arbitrabilidad de los Litigios en la encrucijada de la Competencia Judicial Internacional y de la Competencia Arbitral. *Revista Española de Derecho Internacional*. Núm. LII-2, Julio 2000. Págs. 371-394.
2. Beck Furnish, Dale: El arbitraje de controversias comerciales en el derecho de los Estados Unidos: Un foro idóneo para el comercio internacional. En *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*. Instituto de Investigación Jurídica. UNAM, 1997. Págs. 223-259.
3. Coase, Ronald; El Problema del Costo Social. En *Revista de Estudios Públicos*. Nº 45, 1992. Págs. 81-133.
4. Garcia, José Francisco y Leturia, Francisco Javier: Justicia Civil: Diagnóstico, Evidencia Empírica y lineamientos para una Reforma. *Revista Chilena de Derecho*, Ago. 2006, Vol.33, No.2, P.345-384.
5. Meremínskaya, Elina: Impactos de la integración económica en la aplicación del derecho privado. En *Revista de Derecho de la Universidad de Valdivia*, Vol. XV, diciembre 2003, p. 59-73.

6. Mereminskaya, Elina: Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional. En Revista *Foro de Derecho Mercantil*, N° 12, 2006 B. pp. 91-129, pp. 117-121.
7. Mereminskaya, Elina: La relación entre la arbitrabilidad y orden público en jurisprudencia comparada. *Revista de Derecho de la empresa*. Universidad Adolfo Ibáñez. Junio-Septiembre de 2007.A. Págs. 25-46.
8. Mereminskaya, Elina: La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. En Revista *Foro de Derecho Mercantil*. N° 17. 2007. B. Página 121-140.
9. Oviedo Albán, Jorge: Aplicabilidad de la convención de Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías como *lex mercatoria*. En *Revista Universitas*. Págs. 407-430. Abril de 2006.
10. Vásquez Palma, María Fernanda: La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. En revista *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, no.1, p.181-213

### ***Publicaciones Electrónicas***

1. Alfaro Aguila-Real; Jesús; Los Costos de Transacción, [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/costes.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/costes.pdf).
2. Althaus, Alfredo: Hacia Una Ley Nacional de Arbitraje. <http://www.bcr.com.ar/pagcentrales/publicaciones/documentos/tribunal/jo>

[rnadas10.pdf Pág. 21](#). Consultado el 14 de julio de 2007, a las 10:00 horas.

3. Banda Vergara, Alfonso. Declaración o Rectificación ¿Derecho o Limite a la Libertad de Información? Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 1999, Vol. 10, No. 1 [citado 22 Agosto 2007], pp. 19-41. Disponible en la World Wide Web: [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09501999000200002&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501999000200002&lng=es&nrm=iso). Consultado el 6 de agosto de 2007, a las 15:00 horas.
4. Britton, Erick. El rol del órgano judicial en los procesos arbitrales. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-02.php?session=756c0ab48da60272b3d5572bb45fd463> Consultado el 15 de agosto de 2007, a las 11:00 horas.
5. Cantuarias Salaverry, Fernando: Razones por las cuales el arbitraje es inevitable, en <http://www.hechosdelajusticia.org/N008/arbitraje.htm>.
6. Cantuarias Salaverry, Fernando: ¿Ha Sido Correcta la decisión de que la ley general de arbitraje regule dos tipos de arbitraje: nacional e internacional? Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. 04 de Noviembre de 2004. [http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/regulacion\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/regulacion_arbitraje.php)

7. González de Cossío, Francisco: "El Principio Compétence-Compétence, Revisitado." Pág. 1.  
[http://www.camex.com.mx/COMPETENCE\\_REVISITADA\\_Final\\_.pdf](http://www.camex.com.mx/COMPETENCE_REVISITADA_Final_.pdf)  
Consultado el 11 de diciembre de 2006, a las 17:25 horas
8. González de Cossío, Francisco: Independencia, Imparcialidad y Apariencia de Imparcialidad de los Árbitros.  
[http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC\\_independencia.pdf](http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf)  
Consultado el 7 de agosto de 2007, a las 18:00 horas
9. Helen West Bradlee of the Suffolk Bar, 1929, li History Of The Law Merchant, <http://szabo.best.vwh.net/lex.html>. Consultado el 19 de marzo de 2007, a las 09:00 horas.
10. Latorre Boza, Derik: Mitos y Quimeras: la neutralidad en el arbitraje. Página web visitada el 23 de febrero. 2007. En: [http://www.camsantiago.com/html7archivos/espanol/articulos/Recusación\\_Arbitros\\_Alejandro\\_Romero](http://www.camsantiago.com/html7archivos/espanol/articulos/Recusación_Arbitros_Alejandro_Romero)
11. Lorca Navarrete, Antonio: La naturaleza Jurídica del Arbitraje, en Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación. Lima, Perú. 18 de enero de 2006. Versión electrónica.  
[http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza\\_arbitraje.php](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php)
12. Marín Fuente, José Luís: El nuevo procedimiento civil internacional y su referencia para Colombia.

[http://elnoticias.wordpress.com/2006/10/13/el-nuevo-procedimiento-civil-](http://elnoticias.wordpress.com/2006/10/13/el-nuevo-procedimiento-civil-internacional-y-su-referencia-para-colombia/)

[internacional-y-su-referencia-para-colombia/](http://elnoticias.wordpress.com/2006/10/13/el-nuevo-procedimiento-civil-internacional-y-su-referencia-para-colombia/). Consultado el 11 de junio de 2007, a las 9:00 horas.

13. Matute Morales, Claudia: El Arbitraje Comercial Internacional: Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional. <http://servicio.cid.uc.edu.ve/derecho/revista/1-2000/1-2000-5>. Consultado el 3 de marzo de 2007, a las 15:09 horas.

14. Mereminskaya, Elina Apuntes de Arbitraje Comercial Internacional. [http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Apuntes\\_arbitraje.pdf](http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Apuntes_arbitraje.pdf). 2006 C. Consultado el 16 de agosto de 2007 a las 13:30 horas.

15. Mereminskaya, Elina “Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: En búsqueda de la armonía”. 2006.

En [www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/97-114.pdf](http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/97-114.pdf).

Consultado el 10 de noviembre de 2007, a las 11:10 horas.

16. Oviedo Albán, Jorge: La Unificación del Derecho Privado: UNIDROIT y los Principios para los Contratos Comerciales Internacionales. En <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/oviedoalban3.html#i>. Consultado el 22 de noviembre de 2007, a las 16:00 horas.

17. Peña González, Carlos: Notas sobre la Justificación del uso de sistemas alternativos.



<http://www.seguridadidl.org.pe/infodocs/notas.doc>. Consultado el 25 de abril de 2007.

18. Sequeiros, José Luis: El orden público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales.  
<http://v880.derecho.unam.mx/web2/descargas/internacional/SiqueirosPrieta.PDF> Consultado el 10 de diciembre de 2007, a las 16:00 horas.

### ***Páginas de Organizaciones y gobiernos***

1. Ministerio de Justicia de Costa Rica. Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos: [http://www.mj.go.cr/RAC\\_Antecedentes.htm](http://www.mj.go.cr/RAC_Antecedentes.htm)
2. CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional): <http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html>
3. Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago (CAM Santiago):  
<http://www.camsantiago.com/>
4. Congreso nacional de la República de Chile: [www.congreso.cl](http://www.congreso.cl)
5. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT): [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)
6. Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Organización de Estados Americanos:  
[http://www.oas.org/DIL/ESP/departamento\\_asuntos\\_juridicos\\_internacionales.htm](http://www.oas.org/DIL/ESP/departamento_asuntos_juridicos_internacionales.htm)
7. Asociación de Arbitraje Inmobiliario de Madrid:  
<http://www.arbin.org/default.htm>

## Índice

Introducción .....	3
I.- El Arbitraje como método de solución de controversias.....	9
1.- Comercio global.....	9
2.- Inevitabilidad del Arbitraje Comercial Internacional .....	10
II.- Unificación del Derecho .....	14
1.- El por qué de la Unificación del Derecho.....	14
2.- Soft law .....	19
3.- Hard Law .....	28
4.- Desarrollo de la normativa del Arbitraje Comercial Internacional.....	30
4.1-Los Acuerdos de Ginebra .....	30
4.2.-Convención de Nueva York.....	32
4.3- Convención de Panamá.....	35
4.4- El reglamento de arbitraje comercial internacional de la UNCITRAL .....	36
4.5- Ley Modelo de Arbitraje .....	38
4.6.- Los trabajos actuales de UNCITRAL en materia de arbitraje comercial internacional.....	39
III.- Marco Regulatorio del arbitraje en Chile. ....	41
1.-Ley 19.971 de Arbitraje Comercial Internacional. ....	41
2.- El artículo 5 de la ley 19.971 como manifestación de la autonomía de libertad. ...	50
3.-Algunos principios de procedimiento presentes en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.....	53

3.1.- Respeto al debido proceso .....	53
3.2.- Respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.....	55
3.3.- Independencia e Imparcialidad de los árbitros. ....	56
4.- ¿Por qué el arbitraje goza de tanta autonomía? .....	58
IV.- La arbitrabilidad como punto de conexión entre el derecho doméstico y el arbitraje comercial internacional. ....	60
1-¿Qué es la arbitrabilidad? .....	62
2.- Arbitrabilidad y Orden Público .....	66
2.1.- Concepto de Orden Público .....	66
2.2.- Paralelo entre orden público y arbitrabilidad.....	69
3- Contenido de la arbitrabilidad.....	74
4.- Algunas normativas y jurisprudencia comparada acerca de la arbitrabilidad .....	77
5- Materias inarbitrables de acuerdo al derecho chileno.....	82
6- ¿Es posible concluir que existen materias inarbitrables per se? .....	86
7.- Momento para el pronunciamiento acerca de la arbitrabilidad.....	93
7.1- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad en la ejecución del acuerdo de arbitraje. ....	94
7.1.1.- Nulidad del acuerdo de arbitraje.....	94
7.1.2.- Ineficacia.....	95
7.1.3.- Imposibilidad de Ejecución. ....	97
7.2.- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad durante la sustanciación del procedimiento.....	98

7.3.- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad Ex Post.....	103
7.4.- Planteamiento de la cuestión de la arbitrabilidad durante el reconocimiento y ejecución de laudo.....	106
Conclusiones.....	109
Bibliografía.....	114
Publicaciones periódicas.....	116
Publicaciones Electrónicas.....	117
Páginas de Organizaciones y gobiernos.....	121
Índice.....	122