

LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL
DE CHILE
Y SU ANÁLISIS COMPARATIVO CON LA LEY ESPAÑOLA

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA*
Universidad de Talca (Chile)

RESUMEN

Este artículo efectúa un análisis comparativo entre las nuevas leyes de arbitraje que se han dictado en Chile y España. Ambas leyes se basan en la Ley modelo UNCITRAL; se han dictado recientemente con el objeto de modernizar el sistema arbitral y por medio de ellas, los dos países pretenden convertirse en sede de arbitraje principalmente para el mundo hispánico. Sin embargo, las diferencias existentes entre las citadas normativas no son menores.

Por ello, parece interesante conocer el escenario en que se desenvuelve nuestra nueva ley de arbitraje, con el objeto de aventurar sus posibles debilidades y fortalezas.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje – Ley chilena sobre arbitraje – Ley española sobre arbitraje – Ley sobre arbitraje modelo UNCITRAL .

ABSTRACT

This article carries out a comparative analysis between the new laws of arbitration that have been dictated in Chile and Spain. Both laws are based on the Law Model UNCITRAL; they have been dictated recently with the intention of modernizing the by arbitration system and by means of them, both countries try to become seat of arbitration for the Hispanic world mainly. Nevertheless, the existing differences between the normative mentioned ones are not smaller. For that reason, it seems interesting to know the scene in which our new law of arbitration develops, with the intention of venturing its possible weaknesses and strengths.

KEY WORDS: Arbitration – Chile's Law of Arbitration – Spain's Law of Arbitration – UNCITRAL Law Model of Arbitration.

* Profesora instructora de Derecho privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca. Doctor (cand.) en la Universidad Complutense de Madrid. Correo electrónico: mfvasquez@utalca.cl

I. INTRODUCCIÓN**

Con fecha 29 de septiembre del año 2004 el legislador chileno, consciente de la necesidad de brindar una herramienta jurídica eficaz para la resolución de conflictos comerciales internacionales, publicó la Ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional, normativa que constituye sin lugar a dudas un gran avance en materia arbitral en nuestro país¹, toda vez que con anterioridad a aquella, las disputas arbitrales comerciales se debían regir por la normativa local existente contenida principalmente en el COT. y el CPC., o bien, acudir a los Centros Internacionales de Arbitraje más destacados a nivel mundial con los consecuentes gastos que irrogaban tales gestiones.

En el presente artículo abordo la presente ley pero, con el objeto de superar la clásica visión auto-referente que suele darse al análisis de nuestra normativa, lo hago desde una óptica comparada al enfrentarla a la ley de arbitraje dictada recientemente en España N° 60/2003, publicada en el Boletín oficial del Estado con fecha 26 de diciembre de 2003 y que entró en vigencia finalmente con fecha 26 de marzo de 2004.

La elección no ha sido antojadiza ni caprichosa, por el contrario, ambas leyes presentan en común tres puntos clave que valen la pena ser analizados: i) con la emisión de estas leyes se pretende modernizar la institución del arbitraje en sus respectivos países; ii) se basan en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) creada en 1966 que establece un marco jurídico unificado y uniforme compartido por las Naciones para la resolución de controversias propias del Comercio Internacional²; y iii) con ellas, Chile y España pretenden convertirse en una sede de arbitraje para el resto de las naciones, principalmente del mundo hispánico.

No obstante lo anterior, las referidas normativas nos ofrecen posiciones distintas en algunas materias de enorme trascendencia, tales como ámbito de aplicación, responsabilidad de los árbitros, costas, entre otras.

** TABLA DE ABBREVIATURAS: COT. = Código Orgánico de Tribunales; CPC. = Código de Procedimiento Civil; CCO. = Código de Comercio, CNUDMI = Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; DO. = Diario Oficial.

¹ Este avance se puede sentir con mayor fuerza en la integración de Chile en el comercio internacional, ya que trae la posibilidad de generar y aumentar el número de transacciones y relaciones comerciales con personas jurídicas o naturales cuyos establecimientos jurídicos se encuentran en el extranjero. En tal sentido, actualmente la mayoría de los contratos internacionales de suministro o intercambio de servicios o bienes, contienen cláusulas de arbitraje para asegurar una solución rápida, eficaz y especializada en la materia; sin embargo, antes de esta ley no existían las garantías y estructuras adecuadas que permitieran el cumplimiento de aquellas o este se volvía excesivamente caro al tener que acudir a centros de arbitraje fuera del país.

² Este modelo ha servido para las nuevas leyes en la materia en Alemania, Australia, Canadá, Estados Unidos de América (California, Connecticut, Oregón y Texas), India, Irlanda, México, Nueva Zelanda, Perú, Reino Unido (Escocia), Rusia y Singapur, entre otros.

De esta forma, un análisis comparado entre las aludidas normativas podrá resultar interesante para comprender y dimensionar el escenario en que se desenvuelve nuestra nueva ley arbitral, y al mismo tiempo, beneficioso en la labor de aventurar sus posibles virtudes y deficiencias, conocimientos que aportarán a la discusión local sobre la materia.

Debo señalar, sin embargo, que el trabajo que se escribe a continuación ha debido afrontar un gran inconveniente relativo a la insuficiencia de fuentes doctrinales y jurisprudenciales que se pronuncien sobre la puesta en marcha de ambas leyes arbitrales, deficiencia que obedece en mi opinión a lo reciente de dichas publicaciones³. De esta forma, la contribución que se presenta pretende sólo dar un primer paso en el análisis comparativo sobre esta materia que se centrará por lo dicho, principalmente en sus aspectos legislativos.

Resumidamente, el artículo se desglosa en cinco partes incluyendo la introducción y las conclusiones. En el capítulo II presento los antecedentes históricos de las leyes de arbitraje en comento, en el III reviso sus similitudes y el IV sus diferencias. Finalmente en las conclusiones expondré también ciertas reflexiones relativas a la materia.

II. BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LAS LEYES SOBRE ARBITRAJE EN COMENTO

1. *El arbitraje en Chile*

En nuestro país la institución del arbitraje viene gestándose desde 1811, cuando, recién declarada la Independencia Nacional, el Congreso decidió solicitar al Tribunal Supremo que reglamentara la Constitución de los Tribunales de Arbitraje, órganos encargados de arreglar amistosamente los litigios, evitando así, con soluciones de prudencia y equidad, los pleitos que devoraban las fortunas y envenenaban la vida colonial⁴.

La Constitución Política de 1822 persiguió idéntico objetivo al establecer los jueces de paz, encargados de conciliar y componer a los litigantes. Por su parte, el numeral 8º del artículo 149 de la Constitución de 1823, atribuyó a la Corte Suprema “*la facultad de obligar a las partes a compromiso presentado por un ministro, en los negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones y ruinas a las familias o al Estado*”⁵.

³ En Chile, por ejemplo, se han escrito pequeñas notas de apoyo a la nueva ley de arbitraje: Vid.: www.businesschile.cl; www.camvalpo.cl; www.camsantiago.com; www.eldiario.cl; www.minjusticia.cl/comunicados/2004/, entre otras.

⁴ Estas ideas se inspiraron en los Constituyentes y convenciones francesas del período revolucionario y mostraron una inclinación muy favorable al arbitraje. AYLWIN AZÓCAR, Patriocio, *El juicio arbitral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1953), p. 76.

⁵ Esta disposición constituye en Chile el primer caso de arbitraje forzoso y su aplicación práctica fue reglamentada por el artículo 160 del Reglamento de Administración de Justicia, de fecha 2 de junio de 1824. Dichos cuerpos normativos establecieron y reglamentaron los llamados “juicios prácticos”, procedimiento aplicable a los asuntos que requerían conocimientos técnicos y especializados, disponiendo que las partes nombrarían a una o más perso-

En sede legislativa, fue en la ley de Organización y Atribuciones de los tribunales de 1875 donde por primera vez se reglamentó el arbitraje en forma detallada, consagrando el Título IX titulado *De los jueces árbitros* a la regulación de parte de esta materia (tales disposiciones fueron refundidas en el Código Orgánico de Tribunales de 1943 en los artículos 222 al 243). Igualmente, el Código de Procedimiento Civil promulgado en 1902 trató el juicio arbitral en el título VIII del Libro III (artículo 628 al 644). Resumidamente la primera de estas normativas COT. se dedica más bien a la regulación de los jueces árbitros señalando a quiénes se entiende por tales, cuántos tipos existen, quiénes y cómo podrán ser nombrados, qué materias deberán resolverse por este medio y cuáles no podrán serlo en caso alguno. El CPC., en cambio, regula el procedimiento arbitral que debe seguirse para la resolución de un asunto, dividiendo la materia entre el juicio seguido ante un árbitro de derecho y aquel seguido ante un árbitro arbitrador. Ambas normativas se mantienen vigentes hasta nuestros días.

Los esfuerzos por renovar esta legislación se remontan sólo al año 1992, fecha en que se presentó un proyecto de ley sobre *"jueces árbitros y procedimiento arbitral"* destinado principalmente a modificar el COT. y el CPC.⁶

Algunas de las modificaciones propuestas en esa oportunidad incluyeron: la ampliación considerable del arbitraje forzoso u obligatorio a todas las causas declarativas de origen o naturaleza comercial, atribuyéndole a la expresión "comercial" el sentido más amplio reconocido a nivel internacional, esto es, que "abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no" según la definición de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL (según si su sigla se lee en español o inglés respectivamente); a su vez, suprimir los árbitros de derecho con el objeto de que pasasen a ser de naturaleza mixta; permitir la recusación sin expresión de causa en contra de los árbitros; perfeccionar el control de la justicia ordinaria sobre las contiendas arbitrales manteniendo la superintendencia de la Corte Suprema sobre la justicia arbitral; asimismo, designar a la Corte de Apelaciones de Santiago como el órgano judicial previsto en la legislación internacional para ejercer las funciones de supervigilancia, asistencia y apoyo en los casos de arbitraje comercial internacional; entregar al Ministerio de Justicia la fijación del arancel de honorarios de los árbitros y de los actuarios que intervengan en un juicio arbitral el cual servirá de orientación general para los que en definitiva se regulen; admitir el arbitraje para interpreta-

nas para fallar el negocio y que su sentencia sería inapelable si los árbitros eran nombrados en calidad de arbitradores. EYZAGUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael. *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1981), p. 19.

⁶ En el mensaje se señalaron como objetivos del proyecto: perfeccionar los procedimientos arbitrales y extender significativamente su campo de acción, se añadió también que muchas de las contiendas comerciales requerían de una profunda especialización y una gran experiencia. Lo más importante, sin embargo, es que este proyecto se insertó dentro de un conjunto de iniciativas de enmiendas legales y constitucionales relativas a la administración de justicia. De esta forma, lo que se pretendía era principalmente descongestionar la sobrecarga de trabajo de los tribunales ordinarios de justicia, mediante un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que requieren cierto grado de especialización y experiencia.

ciones legales o contractuales denominadas “juicios de mera declaración de certeza” y reconocer plena validez al arbitraje institucional⁷.

En su oportunidad, se criticó este proyecto⁸ básicamente por la extensión del arbitraje obligatorio, ya que la decisión de someter una controversia a arbitraje debía ser hecha exclusivamente por las partes involucradas y no por el legislador en atención al fundamento mismo de la institución arbitral; también por su elaborada reglamentación y control judicial establecidas las que desvirtuaban la naturaleza sustitutiva del procedimiento arbitral; y porque la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil haría ilusorias las posibilidades de un procedimiento arbitral autónomo, entre otras⁹. Finalmente este ideal de ley nunca llegó a concretarse¹⁰.

En el año 2003 se presentó¹¹ al Congreso Nacional un nuevo proyecto de ley¹² con un objeto más ambicioso que el anterior: regular el arbitraje comercial internacional. El texto legal presentado copiaba en forma íntegra¹³ la ley Mode-

⁷ Si bien el objetivo principal del proyecto fue descongestionar el trabajo del poder judicial, el Presidente de la Corte Suprema de la época envió al Presidente de la República en noviembre de 1993, una objeción al proyecto señalando que el ejercicio de la jurisdicción sólo correspondería al Poder Judicial y que se estaría afectando el principio de rango constitucional del artículo 19 N° 3, incisos 1, 2 y 3 de la Constitución Política del Estado referente a la gratuidad debido a que la justicia arbitral sería remunerada. Tal oficio aparece mencionado en el segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que aprobó el proyecto con modificaciones (*Boletín* N° 857 - 08). BIGGS, Gonzalo, *Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales*, en *Rev. CEPAL* 80 (2003), p. 42.

⁸ Me refiero básicamente a las críticas formuladas por algunos autores, tales como: BIGGS, Gonzalo, *Solución de controversias*, cit. (n. 7), p. 43; y ROMERO, Alejandro, *Algunas notas críticas al proyecto de ley sobre modificación del arbitraje* (Santiago, Universidad de Los Andes, 1998, Documento de trabajo N° 17).

⁹ Resumidamente, lo que pretendía el proyecto era modificar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de Tribunales, referidas a los jueces árbitros (Título IX), en el Código de Procedimiento Civil, referidas al juicio arbitral (Título VIII, Libro II) y en otras disposiciones legales. De esta forma, su objetivo se centró en reforzar el arbitraje domésticos, mas el proyecto no mencionaba, ni recogía el instituto del arbitraje comercial internacional.

¹⁰ Pese a que fue aprobado por el Senado el 25 de octubre de 1995, la Cámara de Diputados no lo hizo, razón por la cual fue solicitado el archivo del proyecto en el año 2000, cuestión que se concretó finalmente en el año 2002, previa petición del Presidente de la República y acuerdo previo de la Cámara. Más información sobre la tramitación del proyecto se puede encontrar en la siguiente dirección: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

¹¹ El origen de esta iniciativa legal responde a la inquietud presentada por el Colegio de Abogados de Chile AG., el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago AG. y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio AG., quienes sometieron a la consideración del Gobierno un anteproyecto de ley sobre la materia fundado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

¹² *Mensaje* N° 15 - 349, de fecha 2 de junio de 2003, *Boletín* N° 3252 - 10.

¹³ En el Mensaje se justifica lo anterior en el razonamiento de que ello es absolutamente necesario para obtener la uniformidad que pretende la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y para conseguir la aceptación internacional y así transformar a Chile en un centro arbitral internacional.

lo de Arbitraje Comercial Internacional¹⁴ de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) creada en 1966, que establece un marco jurídico unificado y uniforme compartido por las Naciones para la resolución de controversias propias del Comercio Internacional y que fuera recomendada a todas las naciones¹⁵.

En el mensaje se argumentan como razones del nuevo proyecto de ley las siguientes: i) La conveniencia de que Chile adoptara una ley de arbitraje comercial internacional, dado la situación internacional por la que atravesaba nuestro país y su integración a la economía global, provocan necesariamente legislar sobre la materia. Ello, considerando la multiplicación de transacciones con cláusula arbitral que involucran a personas naturales y jurídicas chilenas, lo conveniente a los intereses a las partes nacional en las transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para estimular que las diferencias comerciales sean resueltas por Chile, y la necesidad de que Chile ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente a nivel latinoamericano; ii) En segundo lugar, tender hacia un sistema uniforme de regulación jurídica para el arbitraje comercial internacional a la luz de lo propuesto por la CNUDMI; iii) El hecho de que en nuestro país existía un vacío legal en esta materia, toda vez que no existían disposiciones que regulen al arbitraje comercial internacional, razón por la cual debe regirse por las mismas normas aplicables al arbitraje doméstico cuando éste se lleva a cabo en territorio nacional, en caso contrario, por los diferentes tratados internacionales ratificados por Chile, se agrega a ello el hecho de que la naturaleza particular y específica del arbitraje comercial internacional, había sido ampliamente reconocida por la doctrina, la práctica moderna y el derecho comparado; y iv) que se han tenido a la vista antecedentes jurídicos relevantes del proyecto de ley que se propone.

El proyecto en comento se mantuvo prácticamente inalterado durante su discusión parlamentaria, publicándose como ley de la República con fecha 29 de septiembre del año 2004 y su normativa será nuestro objeto de análisis en el siguiente capítulo.

2. *El arbitraje en España*

Ya en 1812 la Constitución española reconocía el inalienable derecho de los españoles de “terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes” (artículo 280), de esta forma, se atribuyó al arbitraje tempranamente el rango de derecho fundamental¹⁶.

¹⁴ La referida ley se puede encontrar visitando la página: <http://www.uncitral.org/sp-index.html>

¹⁵ Resolución 40/ 72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 11 de diciembre de 1985. Esta Resolución recomienda que todos los Estados examinen la Ley Modelo teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica comercial internacional.

¹⁶ La elevación a tal categoría dará lugar, a partir de entonces, al establecimiento de regulaciones más completas; no obstante la institución arbitral nunca volverá a tener un reco-

El proceso codificador va a ser eco del arbitraje en tres sedes: mercantil, procesal y civil. En efecto, el Código de Comercio de Sainz de Andino de 1829 encontró en la institución arbitral un instrumento adecuado para resolver los problemas que traían causa de relaciones societarias internas, sin embargo, provocó una grave perturbación en la concepción tradicional del arbitraje al configurarlo como de carácter forzado¹⁷. Desde la perspectiva procesal se contemplaban dos tipos de procedimientos para desarrollar el arbitraje: el previsto en la Ley de enjuiciamiento de negocios y causas de comercio en virtud del cual se enjuiciaban las causas de sociedades mercantiles; y por otra parte, el contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que se aplica con carácter general a los conflictos de cualquier naturaleza. Por último, en materia de Derecho Civil, el proyecto de 1851 estipuló que los compromisos (expresión con la que se designaba a la institución arbitral) eran verdaderos contratos o convenciones que comenzaban y se formaban por el sólo y libre consentimiento de las partes. De esta forma, como resultado de la primera etapa codificadora viene en contemplarse el arbitraje desde una doble perspectiva: contractual y procedimental¹⁸.

Luego viene una segunda fase, donde la ley de enjuiciamiento Civil es sustituida por la ley procesal de 1881 que no hizo más que seguir la misma sistemática que la precedente, pero delimitando aun más el ámbito de aplicación material del arbitraje, al declarar como no susceptibles de este procedimiento las demandas relativas a derechos políticos y honoríficos, privilegios y exenciones personales, filiación, paternidad, interdicción y las demás que versaran sobre el estado civil de las personas, así como las cuestiones en las que con arreglo a las leyes debía intervenir el Ministerio Fiscal. Por su parte, se promulgó en 1885 el nuevo Código de Comercio donde se previó la posibilidad de acudir al arbitraje para un específico supuesto de naturaleza mercantil¹⁹, pero aquel tenía carácter de voluntario a diferencia de la regulación anterior. Por último, el Código Civil de 1888 sigue el Proyecto de 1851 en la materia que nos ocupa dedicando dos preceptos a la figura del arbitraje, a saber: artículo 1820 y 1821 (Capítulo II de "los compromisos")²⁰.

nocimiento similar. GASPAS LERA, Silvia, *El ámbito de aplicación del arbitraje* (Pamplona, Aranzadi, 1998), p. 40

¹⁷ El artículo 323 del aludido código expresaba: "*Toda diferencia entre los socios se decidirá por Jueces árbitros, háyase o no estipulado así el contrato de sociedad*". Por su parte, el artículo 325 del mismo cuerpo legal prescribía: "*Los jueces árbitros procederán con arreglo a lo que se prescribe en el artículo 1219 sobre el orden de enjuiciamiento en las causas de comercio*".

¹⁸ GASPAS LERA, *El ámbito de aplicación*, cit. (n. 16), pp. 40 - 42.

¹⁹ En concreto, el artículo 638.4 del citado código se refería al supuesto de que el naviero o fletantes del buque dieran a éste un destino diferente del que estaba determinado en el ajuste, dando lugar a un aumento de la retribución de la tripulación. De esta forma, si en virtud del citado aumento se producía una discordia, ésta podía someterse a amigables componedores.

²⁰ El primero se refería a la capacidad de comprometer, mientras que el segundo a los restantes aspectos del compromiso, en que se establecía que el citado contrato había que estar a todo lo previsto en el propio Código para la transacción. Por lo anterior, resultaban excluidos de este compromiso todas las materias sobre las que no se podía transigir, tales como el estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros (artículo 1814).

El 22 de diciembre de 1953 se dicta la Ley de Arbitraje de Derecho Privado (LADP.), que viene en constituirse en una muestra clara del movimiento descodificador. Esta norma regula la institución arbitral en exclusividad, sustituyendo los preceptos que se dispersaban entre la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Código Civil y el Código de Comercio. Su importancia consistió básicamente en declarar como susceptible de arbitraje todas las materias de Derecho Privado sobre las que las partes tenían libre disposición y se declararon como pautas determinantes de la arbitrabilidad el conflicto mismo y la propia relación jurídica de la que traía causa éste último. No obstante, las críticas que se le formularon no fueron auspiciosas²¹.

Seguidamente, con fecha 5 de diciembre de 1988, España dicta la Ley N° 36 de Arbitraje (LA.) que vino en derogar a la anterior. En ella se intentan superar muchos de los inconvenientes que se le atribuyeron a la normativa precedente, tales como la eliminación de la distinción entre contrato preliminar de arbitraje y compromiso; se admite expresamente el arbitraje institucional; se prescinde del formalismo de la escritura pública para el convenio arbitral, debiendo constar sólo por escrito; el régimen jurisdiccional viene en constituirse en Derecho esencial y común de la institución; se prevé el denominado recurso de anulación aplicable tanto a los laudos de derecho como a los de equidad²².

Con todo, esta última ley –aunque constituyó un gran avance en la materia– no estuvo ajena a las críticas, razón por la cual y siguiendo la tradición perfeccionista que intenta adecuarse a los tiempos y sus cambios²³ se sancionó en el año 2003 la Ley N° 60 que entró a regir en España en marzo de 2004, cuyo contenido veremos en las siguientes líneas.

III. SIMILITUDES ENTRE LAS LEYES ESPAÑOLA Y CHILENA

1. *Ley modelo*

Como ya señalé, ambas legislaciones se basan o inspiran en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985 “teniendo en cuenta las exigencias de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades de la práctica del arbitraje comercial internacional”²⁴.

²¹ A modo de ejemplo, se le criticó la distinción que introdujo entre contrato preliminar de arbitraje y compromiso; la prohibición de todo arbitraje institucional y su rigidez e inflexibilidad. GASPAR LERA, *El ámbito de aplicación*, cit. (n. 16), pp. 44 – 46.

²² *Ibid.*, pp. 48 – 49.

²³ Grandes cambios ocurrieron en España desde 1988 que motivaron la aludida modificación, tales como su inserción a la Unión Europea, la apertura al comercio internacional y la influencia de la Ley Modelo. MANTILLA-SERRANO, Fernando, *La nueva ley española de arbitraje en Rev. Internacional*, en *Foro de Derecho Mercantil* 3 (Bogotá, abril - junio 2004), p. 31.

²⁴ El legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo y, además, toma en consideración los sucesivos trabajos emprendidos por aquella Comisión con el propósito de incorporar los avances técnicos y atender a las nuevas

De esta forma, al incorporar la citada ley a las respectivas legislaciones se pretendía uniformar el sistema arbitral internacional y, al mismo tiempo, modernizar sus propios sistemas arbitrales, hechos que le permitirían constituirse en centros arbitrales internacionales de cierta importancia a nivel nacional y principalmente en el ámbito hispánico.

Con todo, existe una diferenciación en este sentido por cuanto la ley chilena copia en forma más o menos íntegra a la Ley Modelo, mientras que en el caso español la similitud se basa sólo en sus postulados esenciales, mas no en su tenor literal.

2. *Autonomía de la voluntad de las partes*

Ambas leyes reconocen expresa y abiertamente el principio de "autonomía de la voluntad de las partes" en diversas disposiciones²⁵, el que se traduce en otorgar a éstas una mayor libertad en la toma de decisiones referentes a la iniciación del procedimiento, acuerdo de arbitraje, normativa aplicable al arbitraje tanto al procedimiento como al fondo de litigio, determinación de los árbitros y su número, entre otras.

La afirmación de este principio es consecuencia de la naturaleza misma de la institución arbitral²⁶ que nace en el seno de la libre disposición que tienen las partes frente a ciertas materias y en la renunciabilidad de los derechos subjetivos, cuyo límite genérico se encuentra en las materias que afectan a la sociedad toda y no sólo a los particulares, o dicho en otras palabras, al orden público²⁷.

necesidades de la práctica arbitral, particularmente en materia de requisitos del convenio arbitral y de adopción de medidas cautelares. Exposición de Motivos de la Ley 60/2003. Por su parte, en el caso de la legislación chilena, tal idea se encuentra recogida expresamente en el apartado III del *Mensaje* del proyecto de ley.

²⁵ En efecto, en el caso de la ley chilena encontramos recogido este principio en las siguientes disposiciones: artículos 3º, 7º, 10º, 19º, 20º, 21º, 22º, 23º, 28, 30º, entre otras. En la ley de España la normativa aludida se encuentra básicamente en los artículos 5, 6, 9, 12, 15, 18, 25, 26, 27, 28, 30, 34, 36 y 38.

²⁶ La voluntad de las partes constituye, pues, la pieza clave de la institución arbitral, de conformidad con la idea de que el arbitraje es un camino que convienen de común acuerdo para la solución de los conflictos. Esta voluntad se debe plasmar tanto en el convenio arbitral como a lo largo de todo el procedimiento, por ello el Tribunal Constitucional español ha dicho que el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. CORDÓN MORENO, Faustino, *Panorámica europea del arbitraje comercial internacional*, en *Revista Chilena de Derecho* 26 (Santiago, 1999) 2, p. 574.

²⁷ Para ello se debe considerar que cuando predomina que el interés de la colectividad se supone que: i) La consecuencia jurídica prevista en la norma sólo puede ser impuesta por los tribunales a través del proceso; y ii) que la existencia del supuesto fáctico determina el deber del órgano jurisdiccional de poner en marcha el proceso o, por lo menos, el deber del órgano público de acudir al órgano jurisdiccional instando la iniciación del proceso. Por el contrario, cuando lo hace el interés individual hay que llegar a conclusiones contrarias a las anteriores: i) la consecuencia jurídica que prevé la norma sólo será actuada cuando el particular lo estime oportuno atendiendo únicamente a su interés privado; ii) la iniciación del proceso queda a la voluntad del particular, no incoándose nunca de oficio, ni por el tribunal ni por otro órgano público; y iii) que existen sistemas distintos de los propios tribunales del Estado para restaurar el interés privado violado o desconocido. MONTERO AROCA, J. y otros, *Comentario breve a la ley de arbitraje* (Madrid, Civitas, 1990), p. 20.

Sin embargo, a pesar de que este principio constituye la base del arbitraje, en nuestro país es reconocido por vez primera mediante esta ley, toda vez que en la legislación doméstica aún se continúa hablando de arbitrajes forzosos donde la voluntad de las partes no tiene ningún lugar (artículo 227 COT.). En España²⁸, en cambio, este reconocimiento fue hecho tempranamente en el año 1851 en su Código Civil, donde se estipuló que los compromisos se formaban por el solo y libre consentimiento de las partes²⁹.

3. *Flexibilidad y antiformalismo*

Nuestra ley, siguiendo la corriente reguladora del arbitraje internacional³⁰, prevé un mayor grado de flexibilidad en el procedimiento, por cuanto permite que sean las mismas partes las que decidan una serie de cuestiones tales como legislación de fondo, idioma, plazos³¹, y además porque posibilita al tribunal arbitral de tener también esta elección en ausencia de la clara voluntad de las partes.

Por otro lado, no se establecen requisitos de forma y contenido de los escritos de las actuaciones de las partes, ya que la función de la demanda y la contestación es sólo ilustrar sobre el objeto de la controversia, sin perjuicio de alegaciones ulteriores. En efecto, conforme lo dispone el artículo 22 N° 2, salvo acuerdo contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda y contestación a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho. Así también lo prevé el artículo 19 al señalar que el tribunal podrá, salvo acuerdo contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercaderías u otros bienes o documentos y el artículo 23 señala que, salvo acuerdo contrario de las partes, el

²⁸ En España, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la ley de transportes terrestres (SSTC 75 - 1996, 30 de abril y 174 - 1995 de 23 de noviembre) que pretendía instaurar un arbitraje obligatorio. CORDÓN MORENO, F., *Panorámica europea*, cit. (n. 26), p. 575.

²⁹ Igualmente se discutió en España si en el convenio arbitral se debía manifestar únicamente la voluntad de sometimiento a arbitraje, o si además había de expresarse la obligación de cumplir la decisión de los árbitros. Al respecto, se concluyó que la sola voluntad de sometimiento a esta institución era bastante para colegir la segunda. Otro aspecto en discusión se basó en la posibilidad de presumir la voluntad de las partes, en el evento que el convenio arbitral no es aceptado individualmente, sino que como parte integrante de un conjunto más amplio de cláusulas o condiciones, como en un contrato de adhesión o en los estatutos que regulan una determinada relación jurídica o cuando un tercero no ha sido parte directa de un convenio arbitral y se subroga en la posición jurídica de quien lo fue con otra persona. En ambos casos, se ha señalado que no es posible presumir tal "voluntariedad", toda vez que no se trataría de una manifestación inequívoca. GASPAS LERA, *El ámbito de aplicación*, cit. (n. 16), pp. 76 - 79.

³⁰ La ausencia de formalismos tanto en la forma del convenio arbitral como del procedimiento, se recogía ya en la Convención de Nueva York (artículo II.1 y V.1).

³¹ Véanse los artículos 28, 20 y 22.

tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas

La ley española, igualmente plantea este principio de flexibilidad en las actuaciones procesales básicamente en los mismos puntos antes analizados³².

4. *Facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia*

Las legislaciones en análisis coinciden en plantear esta posibilidad de que goza el tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje, declarando que el convenio arbitral que forme parte del contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. Por lo tanto, la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral o cláusula compromisoria, según sea el caso.

Este tribunal podrá decidir las excepciones que se planteen por su competencia como cuestión previa o en el laudo sobre el fondo del asunto; en el caso chileno si el tribunal se declara competente (rechazando las excepciones) cualquiera de las partes podrá dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva que resuelva la cuestión, resolución que será inapelable y tal recurso en ningún caso suspenderá la tramitación arbitral³³; en el caso español, la decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter de previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral³⁴.

Cabe recordar a este respecto que en nuestro país con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley, no existía claridad sobre la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre este punto, hecho que originó varias discusiones³⁵.

³² Vid. artículo 29 y siguientes de la Ley de arbitraje 60/2003.

³³ De conformidad con el artículo 16.2 de la ley: *"La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral se ha excedido de su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora"*.

³⁴ Su artículo 22.2 de dicha ley dispone básicamente lo mismo que la disposición antes transcrita.

³⁵ Se puede revisar por ejemplo el informe en derecho publicado por Hugo Pereira Anabalón a propósito del caso "Inversiones Socoroma S.A. v/s Carter Holt Harvey Internacional Limited", donde señala que el árbitro arbitrador designado de conformidad con la cláusula compromisoria es competente para conocer de una demanda declarativa de inexistencia o de nulidad absoluta de dicho pacto. En el mismo sentido, Fernando Fueyo Laneri sostenía que el árbitro tiene jurisdicción tanto para conocer de la demanda de nulidad del contrato sustantivo en que juega la cláusula compromisoria, como de la demanda de nulidad

5. *Medidas cautelares*

Igualmente ambas legislaciones (artículos 9 y 17 de la ley chilena y 23 de la ley española) franquean la posibilidad de que el árbitro o tribunal arbitral puedan adoptar medidas cautelares, a instancia de cualquiera de las partes y salvo que éstas se opongan, siempre que se estimen necesarias respecto del objeto del litigio. También señalan que los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante.

No obstante, nuestra ley olvidó pronunciarse sobre el tribunal de apoyo que podría hacer efectiva la medida cautelar decretada por el árbitro, recordando para estos efectos que éste último carece de poder de imperio. La ley española, en cambio, señala expresamente el tribunal que se hará cargo de la adopción de tales medidas³⁶.

6. *El principio de igualdad*

Como antes señalé, la legislación española al regular las actuaciones arbitrales, parte de la autonomía de la voluntad y frente a ella establece como únicos límites el derecho de defensa de las partes y el principio de igualdad, los que se erigen como valores fundamentales del arbitraje como proceso que es (artículo 24)³⁷.

Nuestra ley, igualmente plantea el mismo principio al disponer en su artículo 18 que: “deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”³⁸.

7. *Laudo y normas aplicables al fondo del litigio*

Nuestra ley dispone en su artículo 28 que: “1. *El tribunal decidirá el litigio de conformidad a las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes; 2. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las nor-*

de ésta exclusivamente. Al contrario, P. Aylwin señalaba que ni aún los árbitros designados para conocer de todas las dificultades que se produzcan con motivo de una relación jurídica contractual o extracontractual pueden pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la existencia o invalidez de la convención de arbitraje, porque mientras ello no se decida estará en juego la propia jurisdicción de los árbitros. PEREIRA ANABALÓN, H., *Competencia de un árbitro arbitrador para conocer de una demanda declarativa de nulidad de una cláusula compromisoria*, en *Gaceta Jurídica* 187, p. 7 ss.

³⁶ En efecto, el artículo 8 N° 3 dispone que para la adopción judicial de tales medidas será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁷ El artículo 24 prescribe: “*Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos*”.

³⁸ La diferencia entre ambas, se establece a partir de sus enunciados. Así, en la legislación española se denomina al artículo 24 como “*Principio de igualdad, audiencia y contradicción*” y dentro de estos se incluye además, a la confidencialidad, en cambio, nuestro proyecto y la ley se denomina “*trato equitativo de las partes*”.

mas de conflicto de leyes que estimen aplicables [...]. 3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso”.

En el caso español se repite prácticamente la misma disposición en el artículo 34.

8. *Árbitro, arbitraje y tribunal arbitral*

Nuestra ley no otorga una definición de ninguna de estas palabras, sólo se hace referencia a lo que debe entenderse por “*arbitraje*” señalando que significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo; “*tribunal arbitral*”, que significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros y “*tribunal*”, que significa un órgano del sistema judicial de un país (artículo 2, letras a, b y c).

Asimismo la legislación española tampoco da un concepto de estos términos, sin embargo no se habla de “tribunal arbitral” sino que de “árbitro o árbitros” ya que la expresión de “tribunal” queda reservada exclusivamente a la judicatura ordinaria.

9. *Árbitro: requisitos, nombramiento y recusación*

El artículo 10 de nuestra ley dispone que las partes podrán determinar libremente el número de árbitros y a falta de acuerdo los árbitros serán tres. El artículo siguiente prescribe que la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro; a falta de acuerdo, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, otorgándose un plazo para estos efectos³⁹.

La ley 60/2003 también señala que las partes podrán elegir libremente el número de árbitros (artículo 9) y, salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como tal (artículo 13)⁴⁰. Por otro lado, igualmente se permite que las partes determinen libremente su nombramiento, sin embargo, se establece un requisito en cuanto a su capacidad ya que dispone que para ser árbitro debe necesariamente ser persona natural que se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Para conservar el árbitro su cargo deberá permanecer

³⁹ El artículo 10.3, a) dispone que “[...] *si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que la haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje*”; b) *En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el juicio [...]*”.

⁴⁰ La nueva ley pone fin a las restricciones que en virtud de su profesión u oficio contemplaba la antigua ley de 1988.

imparcial e independiente (artículo 17.1). Se establece además un requisito de aceptación del cargo de cada árbitro dentro de los quince días siguientes a la comunicación de su nombramiento y si no lo hace, se entenderá que no acepta el cargo.

En ambas leyes se franquea la posibilidad de recusar a o los árbitros, para ello se establece que la persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro debe revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia y desde el momento de su nombramiento y durante todo el juicio revelará sin demora tales circunstancias a las partes.

Las únicas causales de recusación que se establecen son: si existen motivos que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad e independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes.

En cuanto al procedimiento se establece que las partes podrán acordarlo libremente y sólo a falta de acuerdo, la parte interesada podrá enviar al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal o de cualquiera de las circunstancias antes mencionadas un escrito en que se expongan los motivos (artículo 13 de la ley chilena y 18 de la española). Sin embargo, esta última ley dispone que en caso de prosperar la recusación en la forma antes señalada, la parte recusante podrá hacer valer la recusación al impugnar el laudo, y la ley chilena establece en este último caso que la parte podrá recurrir al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente del lugar donde deba seguirse el arbitraje que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable.

IV. DIFERENCIAS ENTRE LAS LEYES ESPAÑOLA Y CHILENA

1. *En cuanto al ámbito de aplicación: el sistema monista frente al sistema dualista*

En el caso chileno, la ley adoptada tiene como ámbito de aplicación los arbitrajes “comerciales” “internacionales”, de esta forma se deja plenamente vigente la ordenación interna existente establecida principalmente en el COT. y CPC., provocándose así la coexistencia de dos regímenes jurídicos arbitrales muy diversos entre sí: uno para el derecho interno y otro para el internacional.

En el caso español, en cambio, el legislador opta por un criterio monista y general, al regular de forma unitaria el arbitraje interno e internacional referente básicamente a todas las materias y no sólo a las comerciales, en el convencimiento de que la legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer suficientes ventajas e incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y porque el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado y con arreglo a sus normas⁴¹. Se agrega a ello, el hecho de que a pesar que la Ley Modelo está concebida específicamente para el arbitraje

⁴¹ La situación que hoy se da en Chile también se dio en España, por cuanto este país permaneció durante muchos años ajeno al fenómeno del arbitraje internacional debido a su ley de 1953 que no ofrecía una base normativa favorecedora de la institución arbitral, ya que

comercial internacional, su inspiración y soluciones resultan perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno⁴². Veremos a continuación cada uno de los aspectos más relevantes.

a) Criterio de arbitrabilidad. La nueva ley chilena no se pronuncia sobre el criterio que sirva para delimitar la arbitrabilidad del conflicto, por el contrario, sólo señala que su ámbito de aplicación serán las materias comerciales internacionales. Sin embargo, de los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución al laudo se desprende que el concepto de “orden público de Chile” y “materias no susceptibles de arbitraje según la ley chilena” se posicionan como límites del laudo y de la arbitrabilidad del asunto sometido a arbitraje, respectivamente (artículos 34 y 36)⁴³.

Al respecto, el artículo 2 de la ley española regula las materias objeto de arbitraje sobre la base de la “libre disposición”, tal como lo hacía la ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga algún elenco, siquiera ejemplificador, de materias que no son de libre disposición. Por el contrario, basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto por las partes⁴⁴. En relación a los motivos por los cuales se puede anular el laudo, el artículo 41 (e y f) señala que lo será cuando los árbitros han resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje o si el laudo es contrario al orden público. Nótese una importante distinción entre ambas legislaciones a la hora de limitar la eficacia del laudo arbitra, ya que mientras la ley

fruto de la época era en extremo formalista, negadora del arbitraje institucional, desconocedora de las exigencias del tráfico jurídico y en especial del mercantil; sin embargo, y de una manera aparentemente contradictoria, en la década del 70 ratificó los tratados internacionales más importantes sobre esta materia: el Convenio europeo de Ginebra de 1961 y el de Nueva York de 1958. De este modo se propició una situación cuando menos curiosa ya que coexistían en dicho país dos ordenamientos arbitrales: el interno abocado al fracaso y el internacional en creciente éxito, que en gran medida dificultaban la aplicación de las remisiones que los convenios internacionales hacen a favor de las legislaciones de los Estados parte. La imperiosa adaptación se produjo sólo con la ley 36/1988. CORDÓN MORENO, F., *Panorámica europea*, cit. (n. 26), p. 573.

⁴² El artículo 1 de esta ley dispone: “1. *Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados en los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje*, 2. *Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España*, 3. *Esta ley será de aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en otras leyes*, 4. *Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales*”.

⁴³ La referida disposición copia íntegramente las causales contenidas en la Ley Modelo (artículo 36) y la Convención de Nueva York (artículo 5).

⁴⁴ Se agrega en la exposición de motivos de la citada ley que, en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles, no obstante, es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales. Véase la Exposición de motivos de la ley N° 60/2003.

chilena incorpora motivaciones más bien de índole locales (ley chilena - orden público chileno), la ley española lo hace en un plano bastante más genérico o internacional al no usar tales expresiones.

b) Criterio de internacionalidad. El artículo 1 N° 3 de nuestra la ley señala las causales por las cuales se entenderá que un arbitraje es internacional, siguiendo para ello la literalidad de lo estatuido en la Ley Modelo (artículo 1 N° 3). Se desprende de dicha disposición que la internacionalidad tiene dos fuentes: un criterio objetivo y uno subjetivo.

El primero se da precisamente por la territorialidad (si las partes en el acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes o si el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos⁴⁵). El segundo, en cambio, dice relación con la intencionalidad de las partes, sin establecer limitaciones al respecto (si las partes han convenido expresamente en que la cuestión del objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado).

En el caso español la determinación del carácter internacional del arbitraje también sigue los criterios de la Ley Modelo, pero cambia el que he denominado criterio subjetivo por el siguiente: *“que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a los intereses del comercio internacional”*⁴⁶. Pese a que éste último criterio no está referido a algún aspecto territorial, sino que más bien a los “intereses” comerciales⁴⁷, lo cierto es que aquél establece un parámetro concreto que ha de afectar a la relación jurídica de la que nazca la controversia; de esta forma, no permite que la internacionalidad del arbitraje quede entregada a la mera voluntad de las partes⁴⁸.

⁴⁵ El numeral 4° del artículo 1 dispone que: *“A los efectos del numeral 3) de este artículo: a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje, b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”*.

⁴⁶ Según reza la exposición de motivos de la ley, se pretende con ello dar cabida a supuestos en que, aunque no concurran los elementos establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso.

⁴⁷ Este criterio tiene inspiración francesa, que hace internacional el arbitraje cuando la relación jurídica de base –no la controversia misma– afecte a intereses del comercio internacional. Se pretende con ella dejar una posibilidad abierta para que aquellos arbitrajes que no participen de ninguna de las circunstancias mencionadas en los demás literales del artículo 3.1. de la nueva ley, no puedan ser tenidos como domésticos, por implicar asuntos de comercio internacional. Tal sería el caso de cuestiones que involucren financiamiento externo o la utilización de una sociedad domiciliada localmente por meros motivos de conveniencia, cuando en realidad se trata de una filial extranjera. Así mismo, cuando los suministros provienen principalmente del extranjero o también respecto de aquellos contratos que, aunque ejecutados localmente, forman parte de un complejo contractual más amplio que se ejecuta en el extranjero. MANTILLA-SERRANO, F., *La nueva ley española*, cit. (n. 23), pp. 36 - 37.

⁴⁸ La anterior ley de España (1988) recogía un criterio de territorialidad un tanto problemático, toda vez que su artículo 56.2 señalaba que es laudo arbitral extranjero *“el que no haya sido pronunciado en España”*; el problema se hallaba bastante simplificado ya que ni el laudo

c) Criterio de comercialidad. La ley chilena determina como ámbitos de aplicación las materias comerciales internacionales. Para ello define el término comercial tal como está concebido en la Ley Modelo (artículo 2 letra g)⁴⁹ lo que sin duda es peligroso dado que se trata de un concepto que va mutando en el tiempo a gran velocidad, razón por la cual podría posteriormente quedar limitada la norma frente a la realidad⁵⁰.

La ley española en cambio, no da una definición de comercio por no estar relacionado su ámbito de aplicabilidad directamente con estas materias sino que como he señalado, con materias más bien genéricas.

2. Institucionalización del arbitraje.

La libertad de las partes se extiende a la designación de los árbitros y esa libertad se traduce entre designar una o varias personas de su confianza a cuya decisión se someten (arbitraje *ad hoc*) o bien delegar esta decisión en una institución permanente (arbitraje institucional)⁵¹. Pues bien, nuestra nueva ley de arbitraje no se pronuncia expresamente sobre este tipo de arbitraje, sin embargo de la lectura de su artículo 2 letra a⁵², se colige que aquel sí es posible.

El artículo 14 de la ley de España no sólo posibilita acudir al arbitraje institucional, sino que señala expresamente las instituciones a las cuales las partes podrán encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros y que son: i) Las Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladoras, y en particular el Tribu-

arbitral dictado en España puede ser internacional, aunque el procedimiento se desarrollara conforme a una ley distinta a la española, ni uno dictado en el extranjero podía ser nacional, aunque el procedimiento se haya desarrollado conforme a esta ley.

⁴⁹ Señala la citada disposición que: "*La expresión comercial debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, 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 mercaderías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera*".

⁵⁰ En este sentido no deja de extrañar que el concepto se hubiere insertado dentro del articulado de nuestra ley, dado que ni aún la Ley Modelo lo ha hecho. En efecto, ésta última contempla tal vocablo sólo en un pie de página (artículo 1) evitando encasillar o limitar el concepto.

⁵¹ La tendencia en torno a acudir al arbitraje institucional se ha ido incrementando en el transcurso del tiempo, ello principalmente porque la institución arbitral vigilará el procedimiento en todas sus fases respaldando el laudo con la autoridad y prestigio no sólo del eventual árbitro que lo dicta, sino que también de la institución en cuyo marco se ha llevado a cabo el procedimiento. De esta forma, el arbitraje institucional supone un verdadero refuerzo de la actividad concreta de los árbitros, quienes se saben respaldados por una actividad especializada en temas arbitrales. CORDÓN MORENO, F., *Panorámica europea*, cit. (n. 26), p. 577.

⁵² Dispone el artículo: "*Arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo*".

nal de Defensa de la Competencia; y ii) Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Se agrega que las funciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

Se agrega a ello que las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos.

3. *De la naturaleza del arbitraje*

En nuestra ley se alude en más de una ocasión a que el árbitro sería un mandatario de las partes en la resolución del conflicto. Así, por ejemplo, el artículo 14 N° 1, en relación a la falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones, señala que "...De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá pedir al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable".

Por su parte, el artículo 16 N° 2, refiriéndose a la facultad del tribunal arbitral de decidir acerca de su competencia, establece que "[...] *la excepción de incompetencia [...] basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato*".

La legislación española sobre estos puntos, pese a contener idénticos apartados, no menciona la palabra "*mandato*" en ningún caso, por el contrario, en su lugar se hace referencia a exceder "*el ámbito*" o su "*competencia*"⁵³, apartándose de esta forma, de la clásicas teorías sobre la naturaleza del arbitraje⁵⁴.

4. *De la responsabilidad de los árbitros*

Nuestra ley, al igual que la Ley Modelo, no contempla ningún apartado que se refiera a la posible responsabilidad de los jueces árbitros.

Por el contrario, la legislación española dispone en su artículo 21 que la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral a cumplir fielmente el cargo, incurriendo si no lo hicieren en responsabilidad de daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. Además, en los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan aquélla contra los árbitros.

⁵³ Así, por ejemplo el artículo 22.2, tratando sobre la potestad de los árbitros para decidir su propia competencia, dispone que "[...] *La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito*".

⁵⁴ Me refiero a la teoría contractual, que estima que los árbitros actúan por mandato de las partes; judicial, que proclama que la función del árbitro es eminentemente jurisdiccional; y la mixta que combina ambos planteamientos. Como se sabe, en doctrina se ha discutido por largo tiempo sobre la "correcta" teoría y ha sido ésta última quien ha ganado una mayor connotación. Sin embargo, actualmente se ha puesto en duda tal hipótesis por considerarse como algo "híbrido", comenzando la búsqueda de una nueva teoría que permita explicar la naturaleza del arbitraje sin tener que recurrir a los viejos esquemas doctrinales.

Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

5. *Del convenio arbitral*

El artículo 7 de nuestra ley define “acuerdo de arbitraje” señalando que este es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. Nótese que el término “controversia” es bastante restringido, razón por la cual habría que entender que los asuntos que no cumplen claramente dicha cualidad no podrán ser arbitrables⁵⁵.

El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Se agrega que el referido acuerdo deberá constar por escrito. Además el numeral 2° del artículo en cita señala que se entenderá cumplido el requisito de escrituración cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo. Es más, este convenio podrá incluso presumirse cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte y no negada por otra. En cuanto a la ley aplicable al acuerdo arbitral nada se señala.

La ley española igualmente señala en su artículo 9 que “podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las

⁵⁵ La discusión doctrinal internacional se ha centrado durante algún tiempo en dilucidar si el arbitraje debe solo referirse a las “controversias” (entiéndase jurídicas) o también puede pronunciarse sobre “cuestiones litigiosas” en general sin que con ello se trate verdaderamente de una controversia jurídica. La Convención de Nueva York, por ejemplo, emplea el término “diferencias” (II.1), mientras que la de Ginebra utiliza los términos “contendiosas y controversias” (artículo I.1). Por su parte, la ley española de 1988 utilizaba el término “cuestión litigiosa” y con ello desapareció el precepto contenido en el artículo 2° de la ley de 1953 que señalaba: “No se considerará arbitraje la intervención de tercero que no se haga para resolver un conflicto pendiente, sino para completar o integrar una relación jurídica aún no definida totalmente”. Asimismo nuestra legislación interna emplea en el artículo 222 del COT. la expresión “asunto litigioso” criterio que se ve corroborado en su artículo 227 al disponer la obligatoriedad del arbitraje para una serie de cuestiones que no representan una necesaria controversia jurídica, tales como: la liquidación de una sociedad conyugal u de otro tipo, la partición de bienes, las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, entre otras.

controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual⁵⁶, sin embargo denomina a este acuerdo como “convenio arbitral”. Además, señala que se entenderá que se cumple el requisito de escrituración en los mismos supuestos antes señalados, mas agrega que estará cumplido tal requisito cuando el convenio conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 9.3).

En lo que respecta a la ley aplicable, se opta por una solución inspirada en un principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. De este modo, basta que el convenio sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos antes señalados: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español⁵⁷.

Además, se mantiene los llamados efectos positivos y negativos del convenio arbitral: en el caso de este último, se señala que debe ser hecho valer por las partes y específicamente por el demandado mediante declinatoria y ello no impide que el proceso arbitral se inicie o prosiga. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de la controversia sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien le interese lo invoque mediante declinatoria, pero ello no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales⁵⁸.

Por último cabe señalar que también a diferencia de la ley chilena, se encuentra expresamente permitido el arbitraje testamentario para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (artículo 10).

6. *Confidencialidad del arbitraje*

El artículo 24 N° 2 de la ley española dispone: “*Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales*”.

Nuestra ley nada señala en relación a esta materia.

7. *Tribunales de apoyo*

Los tribunales de apoyo, es decir, aquellos que prestan colaboración a un árbitro en un juicio determinado, son indispensables para llevar a efecto el procedimiento arbitral por cuanto los árbitros carecen de imperio para desarrollar

⁵⁶ Elimina, por tanto, la expresión “cláusula compromisoria”.

⁵⁷ En el caso del arbitraje internacional, el convenio será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español. También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos y legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (artículo 10).

⁵⁸ En nuestra ley también se plantea esta posibilidad, sin embargo, no se pone énfasis en la fuerza obligatoria que tiene el convenio arbitral para las partes.

determinadas funciones por sí mismos. Este apoyo se requiere concretamente en las facultades de llevar a efecto órdenes de arresto, embargos, medidas cautelares, entre otras. Es por ello que la ley chilena, siguiendo en idénticos apartados a la Ley Modelo, dispone en su artículo 5 que: *“En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”*⁵⁹. Seguidamente el artículo 6 establece cuáles serán los tribunales para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión⁶⁰.

La legislación española es más clara y completa en este sentido, ya que en forma detallada dispone en su artículo 8 cuáles serán los tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje⁶¹.

8. *Impugnación del laudo*

La legislación española regula la anulación y revisión del laudo en su Título VII, evitando la expresión “recurso” por considerar que técnicamente es incorrecta ya que lo que se inicia en su concepto es una “acción de anulación” que es un proceso de impugnación de la validez del laudo. Se señala además que los motivos de la anulación del laudo han de ser tasados y no se permiten, por regla general, una revisión del fondo de la decisión de los árbitros.

El procedimiento para el ejercicio de la acción de anulación trata de conjugar las exigencias de rapidez y de mejor defensa de las partes; así, tras una demanda y una contestación escritas, se siguen los trámites del juicio verbal y el plazo de interposición será durante los dos meses siguientes a su notificación o, en caso que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla (artículo 40 N° 4).

⁵⁹ Discusión del proyecto.

⁶⁰ Señala que: *“Las funciones a que se refieren los artículos 11, numerales 3 y 4; 13 numeral 3; 14 y 16 numeral 3, serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo 34, numeral 2, será desempeñada por la respectiva Corte de Apelaciones”*.

⁶¹ Señala la aludida disposición de estos tribunales: *“1. Para el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje; de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección; 2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. 3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la ley de enjuiciamiento civil. 4. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, el previsto en el artículo 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. 5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Audiencia Provincial del lugar donde aquél se hubiere dictado. 6. Para el exequátur de laudos extranjeros será competente el órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros”*.

Por su parte, nuestra ley franquea la posibilidad de impugnar el laudo mediante el denominado “recurso de nulidad”, el que se podrá interponer ante la respectiva Corte de Apelaciones (artículo 34). Las causales de este recurso se encuentran divididas en dos tipos: el primero sometido a la obligación de prueba de la parte que lo interpone y el segundo por los hechos que el tribunal compruebe⁶² y el plazo de interposición será de tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 32 (corrección o interpretación del laudo), desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral (artículo 33 N° 3).

En general, las causales señaladas para estos efectos por ambas legislaciones utilizan como fuente a la Ley Modelo, sin embargo la legislación española es aún más precisa⁶³.

Además, existe una gran diferencia entre dos causales que, a mi juicio, son muy relevantes en la materia. En efecto, nuestra ley posibilita que la Corte de Apelaciones respectiva de oficio pueda anular el laudo o negar su reconocimiento y ejecución cuando compruebe que: i) según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de Chile. El problema que revisten tales causales es que en nuestro país actualmente coexisten dos ordenamientos arbitrales: uno interno creado hace ya varias décadas y por ello mismo bastante caduco y el internacional. De este modo, el laudo arbitral internacional podrá carecer de eficacia en razón de una normativa bastante arcaica en la materia. Por lo demás, tal disposición no se condice con lo estatuido en el artículo 28 de la ley que deja a las partes en libertad de elegir la legislación de fondo que se aplicará al respectivo arbitraje, por cuanto, aun cuando así lo hagan las partes, el juez respectivo igualmente podrá de oficio

⁶² En el primer caso se encuentran: a) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afecta a alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley o que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado en este respecto, en virtud de la ley de este Estado; b) que no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; c) que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje puedan separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; y d) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley. En el segundo, el tribunal podrá comprobar: a) que el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; b) que el laudo es contrario al orden público.

⁶³ Por ejemplo, nuestro proyecto establece como causal “*que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afecta por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley que las partes lo han sometido [...]*”, en cambio, la legislación española en ese mismo punto establece: “*que el convenio arbitral no existe o no es válido*”, subsumiendo, de esta forma, todas las causales de invalidez e inexistencia que pueden afectar a un contrato, donde por supuesto se encuentra la incapacidad de una de las partes al momento de su celebración. Luego, el proyecto alude como causal “*que según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público*”. La legislación española, en cambio, sólo hace referencia a que el laudo sea contrario al orden público.

negar valor al laudo por las causales antes señaladas.

La ley española en cambio –y en mi opinión acertadamente– no apellida las causales en cita, por el contrario dispone que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: “[...] e) *que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje*” y f) *“que el laudo es contrario al orden público”*⁶⁴.

9. Reconocimiento y ejecución del laudo

El artículo 35 de la ley chilena dispone que el laudo, cualquiera 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. El numeral 2° de la citada normativa prescribe que 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 estuvieran redactados en el idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.

El siguiente artículo señala los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo, que básicamente son las mismas causales señaladas para anular el laudo (artículo 34), razón por la cual también se contienen hechas las taras antes señaladas.

Por último, cabe mencionar que el numeral 2° de esta disposición prescribe que si se ha pedido a un tribunal la nulidad o suspensión de un laudo, aquel podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y a instancia de parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo podrá también ordenar a la otra parte que dé garantía apropiada.

Por su parte, la legislación española dispone en Título VIII sólo de la ejecución forzada del laudo (artículo 44 y 45) y no se pronuncia sobre su reconocimiento. Al respecto señala que el laudo será ejecutable aún cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación. En este caso el ejecutado podrá solicitar al

⁶⁴ Para comprender lo expuesto se debe tener presente que en materia arbitral internacional se ha vuelto necesario hablar de “orden público” u “orden público internacional”, concepto que es mucho más restringido que el interno, toda vez que en dicha nomenclatura se intenta sólo limitar el espectro arbitral de una manera genérica y no casuística como ocurre en el interno. De esta forma, la diferencia se traduce en que los laudos arbitrales según la ley de España sólo será posible de anular por cuestiones fundamentales en el plano internacional, mientras que según nuestra ley, estos laudos podrán anularse al vulnerarse cualquier norma de orden público interno. En el mismo sentido, se ha señalado que tomar en consideración una interpretación muy amplia del concepto de orden público atenta contra la finalidad del arbitraje internacional, la construcción del concepto de orden público debiera hacerse en términos restrictivos pero con contenido específico a fin de que sirva como base o guía a los tribunales a la hora de analizar la causal invocada para rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. FERNÁNDEZ ROZAS, José - SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de derecho internacional privado* (3° edición, Madrid, Civitas, 1996), p. 383.

tribunal competente la suspensión de la ejecución, siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieren derivarse de la demora en la ejecución del laudo. Se alzaré la suspensión y se ordenará que continúe la ejecución cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutante a solicitar, en su caso, indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución. La ejecución igualmente se alzaré cuando conste al tribunal que ha sido estimada la acción de anulación.

Existe entonces una diferencia importante en cuanto a la ejecución del laudo entre las legislaciones en análisis, principalmente en lo que dice relación con la fijación de la caución que el ejecutado debe prestar en caso de pedir suspensión de la ejecución del laudo, toda vez que en la legislación chilena queda a discreción del tribunal su monto, mientras que en la española se determina por ley la base de esta suma.

10. *Exequátur de laudos extranjeros*

A este respecto, la legislación española se limita a declarar en su título IX, artículo 46, que se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español y que el exequátur de estos laudos se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios más favorables a su concesión, y se sustanciará según el procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

De esta forma, se realiza un reenvío a los convenios internacionales en los que España sea parte y, sobre todo, al Convenio de Nueva York, dado que España no ha formulado reserva alguna a éste, resulta aplicable con independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido o no dictado en un Estado parte en el convenio. Esto significa que el ámbito de aplicación del referido convenio en España, hace innecesario un régimen legal interno de exequátur de laudos extranjeros, sin perjuicio de lo que pudieran disponer otros convenios internacionales más favorables.

Nuestra ley sólo dispone a este respecto que 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 de la forma descrita en el artículo 35 (ya visto); sin embargo, nada señala sobre la necesidad o no de efectuar un exequátur.

11. *Plazo para dictar el laudo*

La normativa española introduce la novedad de fijar un plazo para el pronunciamiento del laudo, en defecto de acuerdo de las partes. Aquel será de seis meses desde la fecha de la presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla. Tal plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, salvo acuerdo contrario de las partes, por un plazo no superior a dos meses, mediante decisión motivada.

Si llegado el plazo no se ha dictado el laudo definitivo, igual se terminarán las actuaciones arbitrales y se provocará el cese de los árbitros. No obstante, ello no afectará la eficacia del convenio arbitral, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros (artículo 37 N° 2).

La ley chilena, en cambio, no contempla un plazo para tales efectos.

V. CONCLUSIONES

1. De la historia legislativa expuesta se colige que nuestro país ha tenido un lento andar en la regulación de la institución arbitral a diferencia de España quien se ha dotado de una legislación no solo moderna en materia arbitral sino, en muchos aspectos, de avanzada en relación con los países vecinos y aún con la misma Ley Modelo UNCITRAL en la que se inspira. Dicha ley rompe con los viejos esquemas y prácticas como es: el disgregar el arbitraje entre interno e internacional, o el haber desprendido al arbitraje de su antigua connotación de mandato.

2. Lo anterior ha repercutido en mi opinión en la escasa reflexión que se ha dado a esta materia que ha llevado a mantener intactas las normativas arbitrales que se contienen en el plano doméstico, las que derivadas de las exigencias de su época, se encuentran completamente anacrónicas. De esta forma, nuestro país presenta actualmente un sistema un tanto esquizofrénico, por cuanto coexisten dos regímenes arbitrales antagónicos entre sí, uno interno y otro internacional, y lo peor de ello es que el primero tiene incidencia en este último a partir de las causales de impugnación y denegación del laudo arbitral comercial internacional, pudiendo provocar incluso la ineficacia de este último.

3. La nueva ley de arbitraje promulgada en nuestro país constituye un avance cualitativo en la materia, la que de paso lo posiciona a la altura de los estándares internacionales entregando los elementos necesarios para que pueda convertirse en una nación prestadora de servicios arbitrales al resto de las economías del mundo. Dentro de sus avances normativos cabe mencionar principalmente los que dicen relación con el reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes, una mayor flexibilidad en el proceso, mayores prerrogativas a los árbitros, entre otras, las que intentan dar satisfacción a las necesidades actuales que tiene nuestro país en el medio comercial internacional.

4. La aludida ley presenta varios puntos de unión con la nueva ley de arbitraje de España, principalmente tres que podrían resumirse de la siguiente forma: a) con la emisión de estas leyes se pretende modernizar la institución del arbitraje en sus respectivos países; b) se basan en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) creada en 1966 que establece un marco jurídico unificado y uniforme compartido por las Naciones para la resolución de controversias propias del Comercio Internacional y c) con ellas, Chile y España pretenden convertirse en una sede de arbitraje para el resto de las naciones, principalmente del mundo hispanico.

5. Lo anterior se puede ver reflejado en la regulación de ciertas materias que en mayor o menor medida son coincidentes en cuanto a sus contenidos, me refiero concretamente a el reconocimiento del principio de autonomía de la

voluntad de las partes, otorgar mayor flexibilidad tanto en el procedimiento como en el convenio arbitral, reconocer la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, posibilitar a los jueces árbitros la emisión de medidas cautelares, reconocer el principio de igualdad, entre otras.

6. No obstante lo anterior, las referidas normativas nos ofrecen posiciones distintas en algunas materias de enorme trascendencia, tales como el ámbito de aplicación, tipos de arbitraje, naturaleza del arbitraje, responsabilidad de los árbitros, requisitos del convenio arbitral, confidencialidad del arbitraje, tribunales de apoyo, impugnación y reconocimiento del laudo, plazo para dictar el laudo, entre otras.

7. De lo expuesto anteriormente parece aconsejable realizar un esfuerzo en torno a realizar una reflexión más profunda sobre este nuevo escenario, imitando el modelo español en algunas materias, principalmente en lo que dice relación con la unificación de ambos sistemas normativos (interno e internacional), en la convicción de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno y viceversa.

8. Igualmente deben plantearse y discutirse ciertos temas que no fueron tratados de una forma completa y respecto de los cuales se plantean generosas dudas, tales como: la necesidad de un exequátur para la ejecución de un laudo extranjero, plazo para dictar laudo, responsabilidad de los árbitros, confidencialidad del arbitraje, transcripción de idiomas, entre otras.

9. Con todo, existen materias que ninguna de las leyes han tratado y que igualmente representan una inquietud para la práctica de los arbitrajes. Estas dicen relación con los montos mínimos que deben estar involucrados para generar la puesta en marcha del sistema arbitral, los costos y plazos del procedimiento, la condena en costas, los honorarios de los árbitros y formas de hacerlos exigibles, los depósitos y la inmunidad de los árbitros y las materias que pueden ser objeto de un arbitraje.

10. Por consiguiente, es necesario reanudar en mi opinión un debate sobre estos aspectos con la finalidad de seguir trabajando en aras de una legislación más detallada y completa que verdaderamente preste garantías a todas las partes involucradas en este proceso.

[Recibido el 29 de marzo y aprobado el 17 mayo de 2005].