

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO
ESCUELA DE DERECHO**

**TESIS
ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

**Alumno: Román Ignacio Gómez Contreras.
Profesora Guía: Gabriela Novoa Muñoz.**

Temuco, Noviembre 03 de 2004.

INDICE

ABREVIATURAS	3
DESCRIPCION DEL CASO	5
INTRODUCCION	8
CAPITULO I	9
ASPECTOS GENERALES.	9
1. <i>La Negociación Directa</i>	10
2. <i>La Mediación</i>	11
3. <i>El Arbitraje</i>	12
4. <i>La Conciliación</i>	14
5. <i>La Jurisdicción Nacional</i>	14
CAPITULO II	16
EL ARBITRAJE EN LA PRÁCTICA COMERCIAL	16
CAPITULO III	21
EL CONVENIO ARBITRAL	21
1. HIPÓTESIS EN EL CONVENIO ARBITRAL.	23
1.1. <i>Arbitraje Ad-Hoc</i>	23
1.2. <i>Arbitraje institucionalizado</i>	24
1.3. <i>La sede arbitral</i>	26
1.4. <i>Árbitros de derecho y Árbitros de equidad</i>	28
1.5. <i>Ley de procedimiento aplicable</i>	29
1.6. <i>Ley de fondo aplicable</i>	32
CAPITULO IV	37

ORGANIZACION DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.	37
CAPITULO V.....	39
EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.....	39
CAPITULO VI.....	41
EL LAUDO ARBITRAL.....	41
CAPITULO VII.....	44
IMPUGNACION DEL LAUDO.	44
CAPITULO VIII.....	46
RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES.	46
CAPITULO IX.....	48
CONCLUSIONES.....	48
BIBLIOGRAFIA.....	50

ABREVIATURAS

TLC	:	Tratado de Libre Comercio.
MARC	:	Método Alternativo de Resolución de Conflicto.
RAC	:	Resolución alternativo de Conflictos.
ACCESO	:	Programa de Formación para la Abogacía Oral y la Resolución Alternativa de Conflictos
CENEMEDYA	:	Centro de Negociación Mediación y Arbitraje Comercial
CNUDMI	:	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CCI	:	Cámara de Comercio Internacional.
EEUU	:	Estados Unidos de Norteamérica.
CIAC	:	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
AAA	:	Asociación Americana de Arbitraje.
C.O.T	:	Código Orgánico de Tribunales.
CPC	:	Código de Procedimiento Civil.
AMCHAM	:	The Chilean American Chamber of Commerce.
ADR	:	Alternative disputed resolution.
CAM	:	Cámara de Arbitraje y Mediación.

CASO N ° 1

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

ÁREA : DERECHO COMERCIAL Y CIVIL

DESCRIPCION DEL CASO

Don Eugenio Cortes es un agricultor de la Novena región de Chile que habitualmente siembra y cosecha trigo en sus campos. Este año, aprovechando las ventajas del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, celebra un contrato de compraventa internacional de trigo con un molino norteamericano, llamado "Good Bread".

De esta forma, con fecha 15 de noviembre de 2003, Eugenio Cortés y Good Bread celebran un contrato de compraventa de 10.000.000 toneladas de trigo por el que se le pagarían US \$250 por tonelada. El precio se pagaría con un 50% de anticipo, pagado al firmarse el acuerdo de venta y el saldo restante se devengaría una vez entregado el trigo en puerto norteamericano al representante autorizado de Good Bread.

Entre las condiciones bajo las cuales se celebró el mencionado contrato de compraventa, estaba el hecho de llegar a puerto de destino, sin contratiempos el envío de trigo, por razones que no le fueran imputables al vendedor.

El trigo es embarcado en Valparaíso a bordo de un navío especialmente habilitado para el transporte de granos, el día 28 de diciembre de 2003, esperándose la

fecha de llegada a puerto norteamericano aproximadamente el 25 de enero de 2004.

En forma repentina, el barco que transportaba el trigo, el día 10 de enero de 2004 se acerca a las costas venezolanas y descarga todo el contenido transportado. Por la transacción realizada en Venezuela, Eugenio Cortés recibe la suma de US\$400 por tonelada, precio bastante alto en atención a que ese país estaba en serios problemas de carencia de trigo, alimento básico de subsistencia.

Good Bread toma conocimiento extraoficial de que el embarque solicitado y acordado en la compraventa con Eugenio Cortés no llegaría a sus manos porque habría sido vendido en Venezuela. Trata de comunicarse con el vendedor lo que le resulta imposible, recibiendo como respuesta una nota de correo electrónico del señor Cortés en que le manifiesta la imposibilidad de cumplir con el contrato de compraventa, ya que por un problema del barco transportista, tuvo que suspender el viaje en Venezuela y vender el trigo en ese país antes de que se arruinara todo lo transportado.

Good Bread molesto por la situación y preocupado por la devolución del dinero adelantado, hace por su parte, averiguaciones respecto del desembarco en Venezuela. De esta forma, se entera que Eugenio Cortés los primeros días de enero habría recibido una llamada del molino más grande en Venezuela, quien le manifiesta su desesperación por la falta de trigo y le ofrece una suma muy elevada de dinero a cambio de su producción. Eugenio Cortés niega todo lo manifestado por Good Bread.

Usted es asesor legal, en Chile, de Good Bread, señale los pasos que debe seguir su representado para hacer valer sus derechos.

INTRODUCCION

Esta investigación está basada en el caso numero tres denominado “Arbitraje Comercial Internacional”, propuesto por la profesora Gabriela Novoa Muñoz.

Para efectuar este trabajo comenzaremos por hacer un análisis de las distintas vías de solución frente al caso propuesto. Así, entonces, analizaremos algunos de los mecanismos de solución de conflictos para llegar a una solución satisfactoria del caso.

Luego de analizar los mecanismos de resolución de conflictos, abordaremos el arbitraje comercial internacional de una manera mas acabada, investigando las distintas aristas que plantea este tema.

Para llevar a cabo lo propuesto en el párrafo anterior utilizaremos doctrina y legislación nacional e internacional y reglamentos de instituciones arbitrales.

Con respecto a la legislación debemos acotar que se utilizara recurrentemente la Ley modelo UNCITRAL y los convenios Internacionales ratificados por nuestro país relacionado a este tema, esto a consecuencia de que estos instrumentos servirán de base para la creación de nuestra actual Ley de Arbitraje Comercial Internacional.

Finalmente concluiremos que, el arbitraje comercial internacional se presenta como el mecanismo alternativo de resolución de conflictos ideal para dirimir disputas en materia mercantil, ello debido a las grandes ventajas que ofrece en esta materia.

CAPITULO I

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS

Aspectos Generales.

El caso anteriormente descrito se puede resolver mediante diversas formas o mecanismos de solución distintas a la justicia ordinaria, a estas disímiles maneras de resolver un conflicto se les ha llamado "Métodos Alternativos de resolución de conflictos"¹ como por ejemplo la negociación, la mediación, el arbitraje etc.

Así entonces y como consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior nuestro trabajo se va a abocar principalmente a llegar a una solución práctica y satisfactoria del problema propuesto, solución que vamos a centrar en los distintos mecanismos que harían posible exigir la responsabilidad contractual en el comercio internacional. En consecuencia, para llegar a tal certera solución debemos realizar una investigación sucinta pero concreta y fundada de tales mecanismos dentro de los cuales podemos mencionar principalmente a:

- 1) La Negociación Directa
- 2) La Mediación
- 3) El Arbitraje
- 4) La Conciliación
- 5) El Juicio Ordinario.

¹ Otros autores como por ejemplo, Osvaldo A. Gozáini, los llaman "Instituciones no Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos.". GOZAINI, Osvaldo A., "*Formas alternativas para la resolución de conflictos*", Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995. Pág., 1.

Examinaremos, entonces, algunos de los sistemas existentes actualmente para resolver conflictos de carácter comercial internacional y que según el Tratado de Libre Comercio (TLC) firmado y ratificado entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica, serian mecanismos validos para la solución de controversias de carácter mercantil².

1. La Negociación Directa.

Esta inserto en los denominados “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos”³ y que se puede definir como el “método de solución de controversias entre partes antagónicas, el cual se basa en la comunicación directa entre los titulares del conflicto los cuales son dueños absolutos del proceso y que por lo tanto pueden llegar o no a una solución, sin que sea necesario la intervención de un tercero⁴.”

La principal ventaja de este mecanismo de solución de controversias es la capacidad de las partes del conflicto para resolver sus diferencias conforme lo estimen convenientes de forma tal que ambas se sientan satisfechas en sus pretensiones.

² El Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos de Norteamérica dispone en su artículo 22.21 número uno: “En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la resolución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.”

³ Denominación extraída de documento desarrollado por la Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho proyecto ACCESO/CENEMEDYA curso teórico-practico: Técnicas de negociación y métodos alternativos de conflictos RAC, año 2002.

⁴ Definición extraída de documento desarrollado por la Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho proyecto ACCESO/CENEMEDYA curso teórico-practico: Técnicas de negociación y métodos alternativos de conflictos RAC, año 2002.

2. La Mediación.

Es otro sistema de solución de controversias que se encuentra inserto dentro de los MARC y que se puede utilizar cuando, quizás, haya fracasado la negociación.

Algunos la han definido como “un método de gestión de conflictos en el que uno o mas terceros imparciales asisten a las partes para que estas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable”⁵.

También se puede definir como “(...) proceso no adversarial estructurado, pero flexible, en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a solucionar el conflicto colaborativamente actuando como facilitador”⁶.

La mediación cuenta con una serie de principios rectores los cuales deben ser abordados para así entender como funciona este mecanismo.

Estos son:

- a) Equilibrio e igualdad entre las partes.
- b) Voluntariedad para participar en el proceso de mediación.
- c) Confidencialidad del proceso.
- d) Imparcialidad.

En cuanto al inicio de la mediación esta se puede gestar ya sea a través de una cláusula de mediación o por un acuerdo en donde las partes convienen someterse a este mecanismo (acuerdo de sumisión).

⁵ Lowry, Randolph, y Harding, Jack: “*Mediation. The art of facilitating settlement*” en CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E., “*Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna*”.Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, primera edición, 1997, Pág.209

⁶ Definición obtenida de documento desarrollado por la Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho proyecto ACCESO/CENEMEDYA curso teórico-practico: Técnicas de negociación y métodos alternativos de conflictos RAC., Pág. 40.

Las ventajas que ofrece la mediación sin duda son múltiples y algunas de ellas son:

- a) Rapidez
- b) Menor costo (incluso que el arbitraje)
- c) Posibilita el mantenimiento de las relaciones entre las partes
- d) Permite la participación directa de las partes
- e) Confidencialidad
- f) El mediador no impone solución alguna, solo propone vías de solución
- g) Genera una sensación de victoria para cada una de las partes.

Dentro de la mediación podemos encontrar un método llamado "mini-Juicios" el cual busca solucionar conflictos de orden comercial a través de los altos ejecutivos, administrativos o apoderados de las partes involucradas que se reúnen neutral frente a un consejero. Lo más relevante de este sistema (llamado mini-trial en inglés) es la firma de un acuerdo sobre el procedimiento que se va a utilizar y que se caracteriza principalmente por su rapidez y por la forma de hacer cada parte su exposición⁷ (se estila en Nueva York un mini-trial de 24 horas).

3. El Arbitraje.

En caso de haber fracasado los mecanismos anteriores o si estos no han existido, las partes pueden recurrir a un arbitraje comercial.

⁷Para el señor Roca Aymar, el Mini-trial consistiría "en un acuerdo o convenio arbitral atípico, peculiar e informal, suscrito entre los directivos y ejecutivos de las partes."ROCA AYMAR, José Luís, *El arbitraje en la contratación internacional*, Esic, Madrid,1994, Pág. 38

El arbitraje es un método adversarial tradicional de resolución de conflictos, el cual se encuentra consagrado en nuestro país en el Código de Procedimiento Civil, cuerpo legal que distingue entre árbitros de derecho, arbitradores y mixtos. Los tipos de árbitros que a nosotros nos interesan son los árbitros de derecho y los árbitros de equidad⁸. En cuanto al caso que nos atañe, podemos decir que se configurarían los presupuestos básicos de un arbitraje comercial internacional, los que al respecto serían: i) arbitrabilidad; ii) comerciabilidad; iii) e internacionalidad de la contienda⁹. Todo lo anterior está dispuesto expresamente en la Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional y además en la ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional Chilena, la cual será analizada a lo largo de este trabajo. Pero de forma muy anticipada podemos acotar que en base a lo que se desprende del caso en el cual trabajamos los requisitos básicos para la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje comercial internacional, serían por ejemplo, que las partes tengan su establecimiento en Estados diferentes o que las partes hayan acordado que la cuestión objeto del arbitraje este relacionada con mas de un Estado, etc.

Por lo tanto no se tratará en este trabajo todo relacionado con el arbitraje tradicional aplicado en Chile, esto por tratarse de un caso internacional. (Art.687 CPC).

Al arbitraje se llega principalmente a través de dos vías, las cuales son :

- a) La cláusula compromisoria
- b) El compromiso.

⁸ Esto se desprende de los artículos 28 n° 1 y 3 de la ley Modelo Uncitral disposiciones que repite nuestra ley de arbitraje comercial internacional.

⁹ Todos estos requisitos se desprenden del artículo 2° de la ley 19.971, norma que repite en forma casi idéntica en la ley modelo UNCITRAL.

En lo que sigue de este trabajo se tratará con detalle y profundidad el arbitraje comercial internacional ya que será el eje central de esta investigación, esto debido a que es el mecanismo que cuenta con el mayor desarrollo en materia comercial internacional según lo dispone expresamente el TLC firmado con EE.UU., en su artículo 22.21¹⁰.

4. La Conciliación.

Se puede definir como "... la actividad desplegada ante un tercero por las partes, previa al litigio formal. Tiene por finalidad lograr un arreglo justo que ponga fin al conflicto de intereses jurídicos"¹¹.

Está contemplada expresamente en el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional y se utiliza como una instancia previa, voluntaria y cuya resolución no es vinculante para las partes.

5. La Jurisdicción Nacional.

Este mecanismo confrontacional y que es llevado ante los tribunales de justicia está cediendo terreno frente a los mecanismos alternativos de resolución de controversias en el área del comercio internacional especialmente debido básicamente a las siguientes razones:

- a) Por el costo de oportunidades tiempo y recursos.
- b) Por que no está acorde al modelo democrático de participación ciudadana.

¹⁰ Este artículo, denominado "Medios Alternativos para la Solución de Controversias", dispone en su numeral primero: "... cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio".

¹¹ ROCA AYMAR, José Luís, *El arbitraje en la contratación internacional*, ob.cit. Pág.54

- c) Se debe dar oportunidad a los propios ciudadanos de resolver por sí mismos sus controversias.
- d) Es un sistema ante el cual se generan múltiples reacciones entre las cuales se destacan :
 - d.1) desconfianza.
 - d.3) burocrática.
 - d.4) politizada, etc.

De esta forma, nuestro trabajo de investigación se abocará únicamente al arbitraje comercial internacional que, según lo ya expuesto, va más acorde a nuestros tiempos y además asegura la plena confianza de todas las partes involucradas.

Debemos reiterar el mandato que impone el TLC ratificado por Chile con EE.UU., en el cual se propone a las Partes vinculadas a este tratado que los litigios se resuelvan a través métodos alternativos al sistema judicial, tales como el arbitraje (artículo 22.21).

CAPITULO II

EL ARBITRAJE EN LA PRÁCTICA COMERCIAL.

En el capítulo anterior esbozamos de manera concisa algunos de los diferentes mecanismos de solución de conflictos (ADR)¹² existentes en Chile, tratando de explicar la manera de cómo se pueden resolver los posibles litigios en el orden comercial internacional.

En este capítulo trataremos el arbitraje, visto como el mecanismo de solución de controversias más apropiado para resolver el presente problema.

Comenzaremos entonces dando una noción básica de lo que se entiende por arbitraje. Se puede definir como “un medio jurídico de arreglo de litigios, presentes o futuros, basados en la voluntad de las partes, que eligen por sí mismas directamente, o a través de mecanismos de designación acordados por ellas, a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria- el laudo arbitral- que ponga fin a las diferencias entre ellas”.¹³

Sobre la base de esta definición podemos decir que existen 2 elementos que son básicos en el arbitraje, estos son:

- a) La resolución del conflicto a través de árbitros a los cuales las partes invistieron de facultades suficientes para resolver el problema.
- b) La competencia para dirimir demandas contradictorias.

¹² ADR, cuyo significado en inglés es Alternatives disputes resolution, y que consiste en el mecanismo utilizado para resolver un litigio, o mejor conocido como los Marc(mecanismo alternativo de resolución de conflicto)

Se puede entonces colegir que el arbitraje comercial internacional es un sistema o mecanismo que permite a las partes resolver un problema sin acudir a un tribunal ordinario. Las razones por las cuales las partes de un conflicto no quisieran someterse a un juicio ordinario se pueden resumir de la siguiente manera:

- i. La lentitud con que se tramitan los juicios, esto básicamente por prácticas dilatorias.
- ii. El mayor y mejor conocimiento de la *lex mercatoria* que tienen árbitros especializados.
- iii. La dificultad de que las partes, en una transacción internacional, puedan aceptar que sus derechos y obligaciones sean determinados por los tribunales de una sola de las partes.
- iv. La rigidez de la sentencia y escaso conocimiento de los jueces respecto al comercio, sus usos y costumbres en la práctica internacional.
- v. Y en general la desconfianza que produce el sistema inquisitivo aplicado en nuestros tribunales de justicia.

Hemos definido y comentado el arbitraje como medio de solución de controversias, pero no hemos explicado aun la diferencia entre el arbitraje interno y el arbitraje comercial internacional.

La ley modelo de 1985 sobre arbitraje comercial internacional¹⁴, establece que un arbitraje es internacional *“si las partes de un convenio arbitral tienen, a la fecha de la conclusión de ese acuerdo, sus lugares de negociación en diferentes estados. También se considera internacional cuando el lugar de arbitraje o ejecución del*

¹³ ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, ob. cit. Pág. 38

*contrato o del asunto objeto de la disputa, están situados en un estado diferente de donde las partes tienen su propio lugar de negociación o cuando éstas han convenido expresamente que el asunto, objeto de la disputa se relaciona con mas de un país*¹⁵. De lo anterior se desprende entonces que las partes pueden quedar circunscritas en más de alguno de los supuestos antes descritos.¹⁶ Así entonces, “la internacionalidad del conflicto comercial (...) vendrá dada tanto si las partes tienen nacionalidad o residencia en Estados distintos como si teniendo, incluso, una misma residencia estén implicadas en un arbitraje internacional”.¹⁷

En consecuencia el elemento diferenciador entre el arbitraje interno y el arbitraje internacional será dado por el carácter internacional del conflicto a disputar¹⁸.

Entonces ya habiendo identificado como internacional nuestra controversia, corresponde analizar la forma de dar inicio a este arbitraje comercial internacional.

La doctrina y la jurisprudencia han estado contestes en el hecho de ser el arbitraje una instancia eminentemente voluntaria y por lo tanto libre de toda forma coercitiva en cuanto al origen del arbitraje. En virtud de esto, el arbitraje se puede iniciar a través de una **cláusula compromisoria**¹⁹ o a través del **compromiso**²⁰. Esta distinción se hace en función al momento en que se forma el consentimiento a través del cual las partes deciden someterse a un arbitraje. En consecuencia, si

¹⁴ Ley aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985.

¹⁵ Ponencias del seminario Arbitraje Comercial Internacional, AmCham Chile, 29-30 de julio, 1998, Pág. 32.

¹⁶ Inciso tercero del artículo primero de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁷ ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, ob. cit., Pág.70.

¹⁸ Inciso tercero del artículo primero de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

¹⁹ “La cláusula compromisoria es la convención por medio de la cual quienes son parte en un contrato se obligan a someter al arbitraje los litigios que podrían nacer en relación con ese contrato”. PAILLAS, Enrique, *EL Arbitraje Nacional e Internacional Privado*, editorial Lexis nexis, Santiago de Chile. 2003, Pág. 11.

²⁰ “El compromiso es la convención por la cual las partes en un litigio someten este a un arbitraje de una o varias personas, como dice el artículo 1447 del Código Civil francés”. PAILLAS, Enrique, *EL Arbitraje Nacional e Internacional Privado*, ob.cit., Pág. 21.

ya existe una controversia entre las partes, y estas están de acuerdo en cuanto al nombramiento de los árbitros y las demás circunstancias del procedimiento arbitral, estamos frente a un compromiso. Por el contrario, si estamos frente a un acuerdo ya perfeccionado por las partes de un contrato, en el que éstas hayan decidido someter a un arbitraje cualquier controversia que pudiera acontecer en la ejecución del contrato o su cumplimiento, sustrayéndola de la justicia ordinaria, a través de una cláusula inserta en el mismo contrato, o en una aparte, se configuraría la llamada cláusula compromisoria.

Tanto el compromiso como la cláusula compromisoria son especies del convenio arbitral o **acuerdo de arbitraje**²¹.

La distinción entre cláusula compromisoria y compromiso aun subsiste en algunas legislaciones de ciertos países. La tendencia adoptada ya por casi la unanimidad de las legislaciones desarrolladas y de casi todas de las que van hacia el desarrollo, es hacer del convenio arbitral un instrumento que se baste por sí mismo, no necesitándose entonces del compromiso posterior, como medio jurídico necesario, para iniciar un arbitraje comercial internacional. Por lo tanto no se requiere un nuevo acuerdo entre las partes, una vez ya nacido el conflicto, para celebrar el compromiso, o de recurrir a un tribunal cuando una de las partes no lo desea. Se considera entonces, por la legislación actual moderna, como:

²¹ El "acuerdo de arbitraje" es aquel por el cual 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. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Inciso primero del artículo 7º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Lo mismo se repite en el artículo 7º de la ley 19.971.

“...necesario y suficiente el convenio arbitral y la cláusula como tal, si puede proporcionarse prueba condicional por escrito y con carácter previo de su existencia”²². En la práctica las partes pueden acordar someterse aun arbitraje tanto a través de una cláusula inserta en el contrato que pretenden celebrar (por ejemplo una compraventa de mercaderías), como también a través de un acuerdo aparte en el cual se convenga someter a arbitraje un litigio futuro o uno ya existente.

Importante es entonces redactar en términos claros y precisos las cláusulas arbitrales, para no incurrir en las llamadas cláusulas patológicas²³.

²² ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, ob. cit., Pág. 84

²³ Se tratarían según el decir de ROCA AYMAR, de cláusulas incompletas o erróneas, que serían frutos de redacciones equívocas y de ignorancia del funcionamiento global del procedimiento arbitral. Por ejemplo “toda controversia se resolverá mediante arbitraje. La sede del mismo será la ciudad de Córdoba. ¿Argentina, España?”. ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, ob.cit., Pág.86.

CAPITULO III

EL CONVENIO ARBITRAL

Como se esbozó en el capítulo anterior, el concepto de convenio arbitral comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, siendo estos especies del género convenio arbitral.

El convenio arbitral se presenta como el supuesto básico de todo arbitraje, sin el cual no se puede concebir este mecanismo de solución de controversias. Entonces existiendo acuerdo entre las partes en orden a someter a arbitraje el conflicto, corresponde entonces analizar la forma que debe reunir este convenio.

En lo primero que se debe hacer hincapié es a los requisitos de la esencia del convenio, esto debido a que estamos frente a un acto jurídico (contrato), el cual exige que se cumplan a cabalidad todos los supuestos básicos para tener una relación contractual válida esto es: capacidad, consentimiento libre y espontáneo objeto lícito, etcétera. Además de estos requisitos básicos se exige expresamente que el acuerdo arbitral conste por escrito²⁴.

El convenio arbitral variará en cuanto a su forma y contenido según sea la modalidad arbitral que las partes prefieran; si seleccionan a un árbitro ad-hoc deberán ellos mismos redactar el convenio arbitral o podrán si lo desean, recurrir a un organismo permanente para que puedan acceder a un modelo de convenio arbitral ya redactado. Al elegir las partes una institución arbitral, la situación es

²⁴ Así lo establecen la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en su artículo II N ° 2, la Ley modelo UNCITRAL en su artículo 7 N ° 2, y la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Comercial Internacional en el artículo 1.

distinta ya que estos centros cuentan con sus propias normas, reglamentos y cláusulas tipo que se pueden incluir en los contratos que se celebren.

Pero sea cual sea la manera que prefieran las partes, ellas siempre deberán tener presente los siguientes puntos al momento de celebrar el acuerdo arbitral:

- i) Forma de designación de los árbitros, su nacionalidad y experticia en el tema.
- ii) Lugar de la celebración (por los efectos que produce la sede arbitral).
- iii) La legislación aplicable.
- iv) Las normas de procedimiento.
- v) La forma de designación de los árbitros.
- vi) La calidad que tendrán los árbitros (abogados, técnicos, ingenieros, etc.)
- vii) Calidad en que se pronunciarán (árbitros de derecho o amigable componedor).

Lo que debe quedar muy claro es que siempre el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito, no requiriéndose formalidad alguna aceptándose incluso que conste en un fax o en un e-mail²⁵.

Este requisito se contempla tanto en instrumentos internacionales como en los reglamentos de las instituciones arbitrales²⁶.

²⁵ Mencionamos al correo electrónico por que el artículo 7 de la ley 19.971 si bien no lo menciona expresamente tampoco lo excluye. Esto se desprende del numeral segundo de dicho artículo el cual dispone "Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando este consignado (...) telegramas u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo..."

²⁶ Artículo 1 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje.

1. Hipótesis en el convenio arbitral.

Habiendo sometido el conflicto o disputa a arbitraje, corresponde entonces analizar las hipótesis que se nos pueden presentar al momento de proseguir con el estudio del conflicto en cuestión, por lo tanto analizaremos las cuestiones que provocarían mayor problemática.

1.1. Arbitraje Ad-Hoc.

El arbitraje ad-hoc o también llamado libre, se puede definir como aquel tipo de arbitraje en el cual las partes eligen libremente el o los árbitros que desean les solucionen sus controversias actuales o futuras. Aquí las partes dan al arbitraje la forma que ellos deseen.

La ventaja de esta forma de arbitraje es que las partes lo pueden ir moldeando según las características especiales de su conflicto en particular. Aquí resulta indispensable e imprescindible para el éxito de la operación contar con la completa colaboración de las partes, tanto para la constitución del tribunal arbitral, como para el desarrollo del proceso arbitral.

Esta modalidad de arbitraje se caracteriza por la confianza que las partes depositen en el árbitro a elegir²⁷.

Es aquí donde encontramos a él principio de la autonomía de la voluntad en su máxima expresión, esto se refleja por ejemplo: en la elección de las normas de procedimiento; la elección del lugar del arbitraje; la ley de fondo aplicable, y en general toda otra cuestión que no sea atentatoria al orden público.

²⁷ Ello debido a que será éste a quien le corresponderá en silencio de las partes o de la cláusula arbitral llenar los posibles silencios.

Otra de las ventajas que presenta el arbitraje ad-hoc es la de ser más personalizado, ello debido a que las partes pueden elegir directamente la o las personas que dirimirán su disputa.

Entre las desventajas que se vislumbran podemos enumerar las siguientes:

- a) En el caso de que se elija a una persona determinada como árbitro en el momento de celebrar el contrato principal (como por ejemplo una compraventa), se corre el riesgo de que en el futuro éste pierda la neutralidad requerida.
- b) Puede acontecer que el árbitro se encuentre imposibilitado de ejercer sus funciones al momento de ser requerido por las partes (como por ejemplo en caso de muerte o enfermedad mental).
- c) Por último y al decir de Rafael Eyzaguirre Echeverría, "...es un tanto aleatorio, pues puede afectar la estabilidad de las relaciones jurídicas contractuales de largo plazo"²⁸.

1.2. Arbitraje institucionalizado.

Arbitraje institucionalizado o administrado es aquel que se desarrolla en una organización de arbitraje permanente que cuenta con normas y reglamentos preestablecidos para el desarrollo del juicio arbitral.

Entre sus ventajas se encuentran:

- a) Mayor solidez y estabilidad que ostenta por tratarse de un organismo permanente y generalmente supervisado²⁹.

²⁸ Eyzaguirre Echeverría, Rafael, *el arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Editorial Jurídica, Santiago, 1981, Pág. 109.

- b) Certeza en cuanto a las normas aplicables. Estas normas resultan aplicables por la sola elección del tribunal arbitral.
 - c) Existencia de normas de referencias probadas.
 - d) Cortes que fiscalizan que las normas y reglamentos se cumplan.
 - e) Neutralidad³⁰.
- a) Mayor experticia y profesionalismo de los árbitros.
 - b) Permite simplificar el acuerdo arbitral, al contar éstos centros con cláusulas modelos o tipos de convenio arbitral.
 - c) Posibilita someter a arbitraje los conflictos que puedan surgir en las relaciones contractuales de tracto sucesivo o de ejecución diferida.

Las partes entonces elegirán las instituciones que según su apreciación personal les provoque mayor confianza producto de su fama, prestigio solvencia y experticia en el tema de la contratación internacional.

Si bien como se ha dicho anteriormente los centros de arbitraje cuentan con normas que permiten salvar los vacíos dejados por las partes, eso no significa que las partes no puedan redactar o adoptar las reglas y normas que ellas estimen procedentes y pertinentes en cuanto a su aplicación en el juicio arbitral. Así entonces las partes podrán agregar, modificar e incluso sustituir las normas o reglas de las instituciones arbitrales que ellas consideren que no se ajustan a su voluntad o a su realidad jurídica.

²⁹ Como por ejemplo en el caso de la Corte Internacional de Arbitraje quien supervisa el actuar de sus tribunales arbitrales.

³⁰ Ello debido a que las partes podrían elegir un tribunal arbitral de sede distinta al de alguna de ellas. En el arbitraje ad-hoc también se puede utilizar esta prerrogativa.

La gran ventaja que podemos apreciar además de las ya expuestas, es la confianza que genera el hecho de que el laudo dictado por el árbitro será lo mas ecuánime posible, ello debido a que al centro de arbitraje privado le interesará consolidarse como organismo internacional destinado a resolver controversias internacionales³¹.

Como desventajas se podría decir (debido a que estamos frente a un ente privado que se rige por la leyes de mercado) que este sería más costoso que el arbitraje ad-hoc y que habría un desconocimiento por las partes de los reglamentos y normas reguladoras del arbitraje de estos centros.

1.3. La sede arbitral.

Este es otro tema de gran relevancia en el ámbito del arbitraje comercial internacional, que las partes deben solucionar antes de dar inicio a este.

Como se ha comentado a lo largo de este trabajo, aquí también va a primar la voluntad de las partes, disponiendo éstas de la mas irrestricta libertad para fijar la sede arbitral, tanto en el arbitraje ad-hoc como en el arbitraje institucional.

La elección de la sede arbitral tiene vital importancia en:

- la validez del arbitraje³².
- la capacidad de la jurisdicción interna para interferir en el arbitraje.

³¹ Ya que las instituciones arbitrales reciben cierta cantidad de dinero por concepto de honorarios por la asistencia en el arbitraje.

³² Habrá que analizar la legislación interna del Estado de la sede para saber por ejemplo si tal materia puede ser sometida arbitraje.(Ej.: pensiones alimenticias)

En nuestro caso en particular, si designamos a un centro con sede en Santiago de Chile, los árbitros de derecho deberán ser abogados chilenos, esto según lo preceptuado en los artículos 222, 225 y 526 del Código Orgánico de Tribunales.

Esta circunstancia podría no ser del todo favorable para un inversionista extranjero, como lo es en nuestro caso (empresario norteamericano), esto debido a que lo que se busca principalmente es la neutralidad, neutralidad que se lograría eligiendo a un árbitro de nacionalidad distinta al de las partes o en caso ser tres los árbitros al menos uno de los tres debería ser de nacionalidad diversa al de las partes del conflicto.

En el evento de elegir por ejemplo a Nueva York como sede arbitral será necesario conocer la “Federal Act of Arbitration” y las “US. Federal Rules a Civil Prodecure”, para determinar la constitución del arbitraje y el sistema de designación de árbitros.

La sede arbitral será además importante por 2 razones:

- Por la existencia de leyes procesales del país sede, que aseguren que los tribunales estatales se encuentren en condiciones y dispuestos a ayudar en caso de ser requeridos por las partes.
- La confianza que le otorguen los tribunales de justicia estatales a las partes en cuanto a la menor interferencia posible de estos al proceso arbitral.

Este tema es muy importante para el reconocimiento y ejecución de las sentencias³³.

³³ Es necesario para la mayor validez del laudo arbitral en el plano internacional, que los países en donde se haga exigible éste, tenga incorporada en su ordenamiento jurídico la Convención de Nueva York y Panamá.

Lo que se busca entonces es la mayor certeza posible en lo que dice relación con el respeto de las garantías del proceso arbitral.

1.4. Árbitros de derecho y Árbitros de equidad.

La calidad que le otorguen las partes a los árbitros que dirimirán sus disputas, es otra de las formas de manifestarse el principio de la autonomía de la voluntad en el juicio arbitral. Así entonces las partes podrán optar a que los árbitros decidan la disputa ya sea como árbitro de derecho³⁴ o como árbitro *ex aequo et bono* o amigable componedor³⁵.

El fallar como amigable componedor está contemplado expresamente tanto en reglamentos arbitrales de instituciones como en leyes modelos internacionales³⁶ las cuales han servido de base para la creación por parte de los órganos legislativos de cada Estado de las leyes internas que regulan el arbitraje comercial internacional.

Si bien ya hemos definido al arbitraje de derecho y al de equidad o amigable componedor consideramos que sería conveniente establecer de forma más clara en que consisten estos tipos o formas de arbitraje: así tenemos que el “árbitro *iuris* dicta su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado” y “el árbitro arbitrador o amigable

³⁴ “Los árbitros de derecho deben someterse, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida”. PAILLAS, Enrique, *EL Arbitraje Nacional e Internacional Privado*, ob. cit. Pág. 39.

³⁵ El árbitro arbitrador o amigable componedor, fallará según le dicte su prudencia y equidad, y no está obligado a seguir en sus procedimientos norma o ley imperativa alguna..

³⁶ Así lo dispone por ejemplo el artículo 28 número 3 del reglamento de arbitraje de la AAA y el artículo 28 de la ley modelo de la CNUDMI en su numeral tercero.

componedor resuelve *ex aequo et bono*, es decir según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de solución de la controversia”³⁷.

En lo que dice relación con el laudo o sentencia (tema que será tratado más adelante) la diferencia que existe entre ambos arbitrajes radica en la motivación o fundamento de estos, lo cual quiere decir que aunque en el arbitraje de equidad se observa una mayor libertad de acción de los árbitros esto no significa que sus decisiones o laudos puedan ser apartados de la ley o irracionales.

1.5. Ley de procedimiento aplicable.

Las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad dispondrán libremente de las reglas de procedimiento que más les acomode según sea la modalidad de arbitraje que escojan sin que esto signifique un desmedro de las garantías procesales básicas.

Es necesario hacer la distinción acerca de si estamos ante un arbitraje libre o ad-hoc o ante uno reglado o institucionalizado.

Si las partes eligen de común acuerdo un arbitraje ad-hoc corresponderá a estos determinar las normas o reglas que regirán el arbitraje, confeccionado ellos mismos un procedimiento a la medida de sus propios requerimientos y necesidades, o también se podría dar el caso en que las partes de común acuerdo deleguen esta responsabilidad a los propios árbitros que sustanciaran el procedimiento.

³⁷ Feldstein de Cárdenas, Sara L.-Leonardi de Herbón, Hebe M., *El Arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998, Pág. 13.

Las desventajas que posee esta modalidad de arbitraje es que se requiere un mayor esfuerzo de las partes y de sus colaboradores para determinar las reglas de procedimiento aplicables.

En el caso del arbitraje institucionalizado, esta labor se ve notoriamente simplificada debido a que estos organismos cuentan con un conjunto de normas procesales que hacen que el desarrollo sea entre otras cosas mas sencillo, expedito y requiriendo por parte de los litigantes un menor esfuerzo³⁸.

Pero cabe hacerse una pregunta ¿Qué sucede si las partes de una controversia han elegido al arbitro, su calidad, la sede, pero han omitido pronunciarse acerca de las reglas de procedimiento aplicable?.

La respuesta va depender de la modalidad de arbitraje elegido por las partes.

Si las partes optan por el arbitraje institucionalizado la mayoría de los centros de arbitrajes cuentan con sus propias normas que solucionan este problema.

En el caso del arbitraje ad-hoc, corresponderá generalmente al árbitro la determinación de las normas de procedimiento aplicables a la contienda, normalmente el árbitro elegirá las normas presentes en el ordenamiento jurídico imperante en su territorio sede, provocando por consiguiente en los litigantes la consiguiente desconfianza acerca de cómo se va a sustanciar el juicio arbitral, por ejemplo con el tema de los emplazamientos. Esto queda solucionado con la existencia de una ley de arbitraje comercial internacional la cual está destinada a suplir el silencio de las partes.

³⁸ En el artículo 1º del reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje se establece en caso de que las partes elijan dicha institución para solucionar sus controversias se aplicaran sus propias reglas para resolver la disputa.

Además la falta de estipulación en este sentido puede generar un retardo excesivo en la tramitación del procedimiento arbitral, esto debido a la aplicación de normas procesales propias de los ordenamientos jurídicos domésticos de cada estado, los cuales, en algunos casos, no cuentan con una legislación que se ajuste a las necesidades del arbitraje comercial internacional, lo que conlleva a una desnaturalización de esta institución como mecanismo alternativo de solución de controversias ³⁹, que precisamente las partes del arbitraje han elegido para evitar todos los inconvenientes propios de las de los juicios ordinarios los cuales no se ajustan a la realidad que ellos viven como comerciantes internacionales.

Por lo tanto es de vital importancia que las partes redacten en términos claros y precisos las cláusulas que sometan el litigio a una institución arbitral encargada de solucionar conflictos de corte internacional.

Importante es destacar el tema del lugar de la sede arbitral, ello por cuanto determinará la legislación aplicable en caso de silencio de las partes. Hacemos alusión a este tema debido a que nuestro país no contaba con una ley sobre arbitraje comercial internacional que solucionara el tema por ejemplo del procedimiento arbitral. Entonces en consideración a lo anterior tenemos que ante el evento de que las partes hayan escogido un arbitraje ad-hoc (el cual como señalamos anteriormente no cuenta con normas de procedimiento propias y predeterminadas) y no hayan salvado el tema de la ley que regirá su procedimiento arbitral, tenemos que este tribunal deberá aplicar las normas especiales contenidas en la nueva ley de arbitraje comercial internacional, atendiendo al principio de especialidad.

³⁹ Chile actualmente cuenta con una ley vigente de arbitraje comercial internacional, ley 19.971.

Pondré un ejemplo práctico para ilustrar de mejor manera el problema planteado en el párrafo anterior. Si no existiera una ley vigente en Chile sobre arbitraje comercial internacional, el caso propuesto como tema de esta investigación se resolvería de la siguiente manera: si el contratante norteamericano y el chileno pactan que la sede del arbitraje será Chile y eligieron un tipo de arbitraje ad-hoc y no se pronunciaron en cuanto al procedimiento a utilizar se nos generaría el problema que para practicar la primera notificación el tribunal arbitral estaría obligado a utilizar las normas contenidas en los artículos 38 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Pero siguiendo este mismo ejemplo si las partes hubieran otorgado sus propias normas o hubieran elegido una institución arbitral se podría perfectamente realizar esta notificación por fax, carta certificada o cualquier otro medio idóneo elegido para el efecto por las partes⁴⁰. Esto es muy importante debido a que si el procedimiento no se ajusta a la ley del país donde se ha desarrollado el arbitraje, podría eventualmente ser anulado el laudo recaído en juicio arbitral⁴¹.

1.6. Ley de fondo aplicable.

En principio los árbitros dirimirán las disputas conforme las normas que las propias partes hayan puesto dentro de la esfera de su competencia. También puede acontecer que las partes dejen en las manos de los propios árbitros la determinación de la ley aplicable al fondo del asunto controvertido.

⁴⁰ Así lo disponen la mayoría de los reglamentos de arbitraje comercial intencional debido a que estos utilizan las leyes modelos de la CNUDMI arquetipo para sus reglamentos.

⁴¹ En el caso de las notificaciones se podría argumentar que al no ser efectuadas conforme lo dispone nuestro Código de Procedimiento Civil (en el caso de la primera notificación la cual debería practicarse en forma personal) podría ser declarado nulo el emplazamiento por no ser hecho conforme a la ley por haberse transgredido una norma de derecho público. Esto claro, antes de haberse promulgado la ley 19.971.

Al igual como ocurría con la ley procesal, si las partes nada dijeren en cuanto a la ley sustantiva a aplicar, debemos distinguir si estamos ante un arbitraje ad-hoc o ante uno institucionalizado. En el primer caso, aquí el arbitro aplicara las normas de fondo que a le parezcan mas apropiadas, el problema que se presenta es que se corre el riesgo de que siendo el arbitro de nacionalidad del lugar sede del arbitraje este tenderá a aplicar las normas que mejor conoce, y estas serian probablemente las de su país de origen, originándose la natural desconfianza del litigante que sea de nacionalidad distinta, ello debido al desconocimiento de las normas existentes en ese ordenamiento jurídico. Todo esto se soluciona al existir una ley de arbitraje comercial internacional que supla el silencio de las partes.

En el segundo supuesto, esto es en el arbitraje institucionalizado, los distintos organismos cuentan con normas que soluciona el posible silencio de las partes en cuanto a la ley aplicable al fondo del asunto.

Aquí sólo se necesitaría el consentimiento de las partes en orden a someterse a las normas y reglas de la institución arbitral para que estas instituciones suplan el silencio de estas.

Se debe tener presente que si bien las instituciones pueden aplicar las normas que estimen pertinentes, siempre deben respetar las disposiciones de derecho que sean inderogables por las partes⁴².

Nos gustaría referirnos a un tema que nos merece una especial atención y que se presenta en el artículo 28 de la ley modelo de la CNUDMI, ello debido a que ésta

⁴² El artículo 2 del reglamento de la AAA dispone por ejemplo que “Estas reglas regirán el arbitraje, excepto cuando cualquiera regla este en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición”, así también lo dispone El artículo V.2 de la Convención de Nueva York, lo mismo se repite en artículo en la Convención de Panamá.

ley sirve de arquetipo para la creación de distintas leyes de arbitraje incluso sirvió de modelo para la creación nuestra nueva ley de arbitraje comercial internacional⁴³.

Del artículo 28 de la ley modelo y del artículo 30 del reglamento de la CIAC⁴⁴, se desprende que en el evento de que las partes elijan la ley de fondo para la solución del conflicto, se estaría refiriendo a la ley de **ese estado** según lo dispone el artículo 28 inciso primero parte final, lo cual al decir de Feldstein y Leonardi “Esto debe entenderse como el rechazo liso y llano a la posibilidad del reenvío.”⁴⁵

Otro aspecto importante a nuestro entender, es lo que se desprende del artículo 28 inciso segundo en cuanto al silencio de las partes en esta materia, el que dispone: “Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime procedentes”.

Según los autores antes citados la interpretación del inciso reproducido en el párrafo anterior debe relacionarse y circunscribirse al alcance semántico del inciso anterior (inciso primero del artículo 28), esto debido a que el tribunal arbitral sería subsidiario o supletorio de la voluntad de las partes, concluyéndose por lo tanto que si las partes deben someterse a la ley sustantiva estatal, los árbitros también deberían hacerlo.

Con el propósito de explicar de una mejor forma lo expuesto anteriormente haremos una relación de las normas citadas en forma textual. El artículo 28 en su

⁴³ Ley 19.971 del 29 de septiembre de 2004.

⁴⁴ Hacemos alusión al reglamento de la CIAC debido a que antes de que se promulgara la ley de arbitraje comercial internacional en Chile, la Convención de Panamá disponía que en caso de desacuerdo de las partes estas debían remitirse a las reglas establecidas en este reglamento. Actualmente las partes de un arbitraje deben someterse en primer lugar a la ley (...) de la cual soluciona este problema.

⁴⁵ Feldstein de Cárdenas, Sara L.-Leonardi de Herbón, Hebe M., *El Arbitraje*, ob. cit., Pág. 175.

numeral primero dispone “*El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.*”, de esta norma se desprende que las partes al escoger un derecho de un Estado determinado, estarían obligados a someterse al derecho sustantivo de ese estado y no al de conflicto de leyes. Siguiendo con esta interpretación literal de las normas este artículo en su numeral segundo dispone “*Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicara la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime procedentes.*”, entonces el razonamiento sería el siguiente: si en el inciso anterior se obligaba a las partes a someterse al derecho sustantivo de **ese estado** igualmente los árbitros, que en este caso estarían actuando en forma supletoria de la voluntad de las partes, estarían obligados a someterse a **esa ley** sustantiva Estatal de las partes no pudiendo elegir una legislación diversa. Esta postura entendería que esta norma está destinada a impedir al tribunal arbitral la aplicación de una ley anacional, transnacional o la llamada *lex mercatoria*⁴⁶.

⁴⁶ Según los autores Feldstein y Leonardi el contenido de la *lex mercatoria* se basaría en algunos de estos principios generales:

- a) Las prestaciones contractuales deben ser equilibradas.
- b) Interpretación de buena fe de los convenios.
- c) Presunción de competencia profesional.
- d) *Pacta sunt servanda*.
- e) Obligación del acreedor de una obligación incumplida, de minimizar su perjuicio.
- f) Presunción, a falta de acción, de renuncia a las sanciones contractuales.
- g) Deber de cooperación entre las partes.
- h) Exigencia de una diligencia normal, útil y razonable de las partes en el cuidado de sus intereses.
- i) Validez de la aceptación tácita de un contrato.
- j) Reglas de interpretación de los contratos (buena fe, verdadera intención de las partes, norma del efecto útil, regla *in claris non fit interpretatio*).

La otra postura dice que según se desprende de los números 2 y 4 de dicho artículo dejaría abierta la puerta para la aplicación de la *lex mercatoria*.

El problema de la *lex mercatoria* es ser demasiado imprecisa y variable lo cual suscitaría la desconfianza de la parte vencida en el pleito, la cual podría recurrir a los tribunales ordinarios para obtener la anulación del laudo.

Haciendo un resumen y refiriéndonos al caso inserto podemos concluir lo siguiente: en primer lugar debemos estaros a lo que dispongan las partes, si nada dijeren en cuanto a la legislación aplicable debemos recurrir a la actual ley de arbitraje comercial internacional vigente en nuestro país y a los convenios ratificados por Chile.⁴⁷

k) Transparencia sustantiva en un grupo de sociedades y ampliación del efecto relativo de los contratos.

⁴⁷ Dichos convenios son el de Nueva York y el de Panamá los cuales contienen normas que permitirían a algunas de las partes anular el laudo e incluso impedir su reconocimiento. Feldstein de Cárdenas, Sara L.-Leonardi de Herbón, Hebe M., *El Arbitraje*, ob. cit., Pág.175

CAPITULO IV

ORGANIZACION DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

Este varía según la modalidad del arbitraje elegido por las partes para dirimir sus diferencias.

En general comenzará por la designación de los árbitros, tarea que las partes pueden haber efectuado en el propio convenio arbitral⁴⁸.

Como en todo lo relacionado con el arbitraje prima la autonomía de la voluntad, las partes entonces podrían tener las siguientes alternativas:

- Elegir un árbitro nacional o uno extranjero.
- Seleccionar el número de árbitros.
- Delegar la designación del o los árbitros en manos de un tercero.
- Dejar en manos de la propia institución arbitral la designación del o los árbitros etc.

En la ley Modelo UNCITRAL (que significa lo mismo que la sigla CNUDMI), se establecen los mecanismos de organización del arbitraje en su artículo 6, 10 y 11.

Destacamos la forma de designación de los árbitros prevista en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, ya que facilita e interviene en la designación de los árbitros, en caso de ser necesario⁴⁹.

⁴⁸ Aquí las partes cuentan con varias opciones para la elección del o los árbitros: podrían haber elegido una institución arbitral la cual cuenta con sus propios árbitros, podrían también haber designado al o los árbitros en el mismo convenio arbitral o incluso podrían haber convenido que su designación se haga por un tercero.

⁴⁹ En la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional sus miembros son designados por el Consejo de la Cámara de Comercio Internacional, la cual participa en la designación y aprobación de los

También debemos destacar la forma de organizar el arbitraje de la CIAC, ello debido a que la Convención de Panamá en su artículo 3° remite en caso de silencio o desacuerdo de las partes con el procedimiento a aplicar al reglamento de esta institución, la que a su vez dispone en su sección II la forma de organizar el arbitraje.

La mayoría de los reglamentos de los centros arbitrales disponen formas de designación de árbitros en caso de silencio o desacuerdo de las partes⁵⁰.

La organización del arbitraje variará según la forma que quieran darle las partes a su procedimiento⁵¹.

miembros del tribunal arbitral respectivo pero no resuelve la disputa. Esta Corte también cuenta con una Secretaria General que controla el curso del procedimiento.

⁵⁰ Por ejemplo el artículo 5° de la AAA dispone “ Si la s partes no acuerdan el numero de árbitros, se nombrará un arbitro a menos que la administradora determine, dentro de su discreción, que un tribunal de tres árbitros es apropiado debido a la cantidad en disputa, complejidad de la misma u otras circunstancias del caso.”

⁵¹ Las partes podrían incluso hacer la designación de los árbitros en los escritos de notificación de la demanda así lo disponen el artículo 3.3 letra g) de la del Reglamento de la CIAC y en los artículos 2.3 letra g) y 3.3 del reglamento de la AAA.

CAPITULO V

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

La voluntad de las partes vuelve a ser fundamental en este aspecto, así esta reconocido expresamente en la Convención de Nueva York en su artículo V.1.d), que contempla como presupuesto para el no reconocimiento de un laudo arbitral, el que la parte recurrente acredite que el procedimiento arbitral no se ha llevado de la forma convenida por las partes. Lo mismo se repite en la convención de Panamá y en la ley 19.971.

No obstante la gran libertad con que cuentan las partes para regular su arbitraje, estos siempre deben respetar las garantías mínimas que informan el debido proceso:

- La bilateralidad de la audiencia.
- Contradicción.
- Igualdad de las partes⁵²

En el evento de que no se respeten las garantías mínimas del debido proceso, el laudo que recaiga en el juicio arbitral sería susceptible de ser anulado y además podría no ser reconocido y por lo tanto no ser ejecutado⁵³.

⁵² Estas garantías están contempladas en diversas disposiciones ya sean de organismos públicos o privados como por ejemplo: en el artículo 15 número 1° del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI; en artículo 18 de la ley Modelo de la CNUDMI; artículo V.1.b y artículo V.1.b de la Convención de Nueva York y Panamá respectivamente; y artículo 12 del reglamento de procedimiento de la CIAC, este último por remisión de la Convención de Panamá en su artículo 3°.

⁵³ Así lo disponen los artículos 34 y 36 de la ley modelo UNCITRAL.

El arbitraje se tramitará, entonces conforme a las reglas que se otorguen las partes, o por las normas de que dispongan la respectiva institución arbitral o en su defecto por lo que determinen en definitiva los árbitros.

CAPITULO VI

EL LAUDO ARBITRAL

Las actuaciones arbitrales suelen concluir con la dictación del laudo, pero eso no quiere decir que no existan otras maneras de terminar con el procedimiento arbitral, podría también terminar a través de una transacción; o que el demandante retire su demanda; que las mismas partes den por terminadas sus actuaciones; o que el tribunal compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

Sin perjuicio de existir las formas de terminar con el juicio nombradas en el párrafo anterior lo que se busca es que se dicte un laudo.

El laudo según Faustino Cordón Moreno es "... la resolución de los árbitros que decide la controversia o diferencia entre las partes poniendo fin al arbitraje"⁵⁴.

Otra definición de laudo es la que da José Luís Roca Aymar el que dispone "Sentencia que dicta el árbitro o tribunal arbitral al final del procedimiento. Tiene el valor ejecutivo que le confieren las leyes, los Tratados y Convenios Internacionales tales como el de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras"⁵⁵.

⁵⁴ CORDON MORENO, Faustino, "El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional", editorial Aranzadi, Pamplona, 1995, pag., 176.

⁵⁵ ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, ob.cit., Pág. 166.

Siguiendo a Cordón Moreno el laudo "... debe ser escrito, firmado por el árbitro o la mayoría de los árbitros, motivado, fechado, especificando el lugar del dictado y debidamente notificado a las partes"⁵⁶.

Pero, ¿Debe ser motivado el laudo?⁵⁷

La respuesta dependerá según estemos frente a un arbitraje de derecho o ante un arbitraje de equidad. En los arbitrajes de derecho es imprescindible que el laudo sea motivado, esto debido a que el árbitro *iuris* dicta su laudo ajustándose a los preceptos legales que las partes le hayan ordenado aplicar o en su caso las disposiciones de derecho que el árbitro o institución arbitral escojan para dirimir la disputa.

En los casos de arbitraje de equidad no se exige el requisito de la motivación, ello debido a que estos árbitros fallan según muy bien lo expresa Feldstein y Leonardi "según su leal saber y entender"⁵⁸.

Otro requisito fundamental, a parte de la motivación en caso de ser el arbitraje de derecho, es la congruencia, esto queda de manifiesto en la Convención de Nueva York y de Panamá, al disponer las causas de oposición al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral⁵⁹.

La ley modelo UNCITRAL de 1985, establece la forma que debe revestir el laudo y su contenido en su artículo 31. En general el laudo debe ser escrito, firmado por

⁵⁶ Así lo dispone por ejemplo la Ley Modelo UNCITRAL en su artículo 31.

⁵⁷ La exigencia de ser el laudo motivado esta contemplado expresamente en el artículo 31 de la ley 19.971, que dispone "El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que....."

⁵⁸ Feldstein de Cárdenas, Sara L.-Leonardi de Herbón, Hebe M., *El Arbitraje*, ob. cit. Pág. 13.

⁵⁹ El artículo V.1.c) de la Convención de Nueva York señala el requisito de la congruencia " Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendidas en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria: no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje, pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras:". Lo mismo dispone la Convención de Panamá.

el árbitro o la mayoría de los árbitros, motivado, fechado, debe señalar además el lugar del dictado y debe ser debidamente notificado a las partes.

La ley modelo y la mayoría de los reglamentos de instituciones arbitrales prevén la posibilidad de que el laudo sea objeto de correcciones, también se contempla la posibilidad de la dictación de un laudo adicional⁶⁰.

El laudo será firme y producirá efecto de cosa juzgada material y formal lo que provocará que la misma cuestión objeto de la controversia, no sea nuevamente planteado ante un tribunal ordinario u otro de carácter arbitral⁶¹.

⁶⁰ Según don José Luis Roca A. existirían tres tipos de laudos:

- Laudo provisional, interlocutorio o parcial.

-Laudo adicional respecto a reclamaciones. formuladas en el procedimiento pero omitidas en el laudo.

-Laudo convenido o de acuerdo por las partes, recogiendo la transacción correspondiente, en orden a la conclusión del procedimiento. ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, Esic., Madrid, 1994, Pág. 127.

⁶¹ Así lo demuestra la Convención de Panamá en su artículo 4º que dispone expresamente “Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento.....”

CAPITULO VII

IMPUGNACION DEL LAUDO.

Como lo preceptúa el artículo 34 de la ley de Arbitraje Comercial Internacional, ley 19.971, la única forma de de impugnar el laudo arbitral es a través de la nulidad.

Según lo dispone la ley antes mencionada y las normas internacionales contenidas en la Convención de Panamá y Nueva York, se podría anular el laudo a petición de parte o de oficio por el tribunal que el estado sede fije como organismo encargado de cumplir las funciones de vigilancia y supervisión del arbitraje. En Chile sería la Corte de Apelaciones respectiva, esto según lo dispone expresamente los articulo 6º y 34 de la ley 19.971. Todo lo dicho en el párrafo anterior tendrá a lugar si el lugar del arbitraje se encuentra en territorio nacional (art. 1º nº 2 de la ley 19.971).

Una vez dictado el laudo este puede ser objeto de impugnación en dos oportunidades distintas, las cuales son: Ante el tribunal de la sede del arbitraje⁶², o ante el tribunal del estado en donde se solicita su reconocimiento y ejecución⁶³.

Las causas que pueden originar la nulidad del laudo se pueden sintetizar en que el acuerdo de arbitraje no es válido; que una de las partes no fue notificada de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales y no pudo defenderse como le correspondía; que el laudo es contrario al orden público del Estado en que debe cumplirse, etc.

⁶² En Chile sería la Corte de Apelaciones respectiva.

⁶³ Esto se desprende del análisis de los artículos 2; 6; 34; 35; 36; de la ley 19.971.

La interposición de un recurso de nulidad podría eventualmente retardar la decisión sobre el reconocimiento y ejecución del laudo⁶⁴.

La ley 19.971 dispone en forma imperativa que el único recurso que permitiría impugnar la decisión arbitral sería la petición de nulidad (art. 34).

La idea del legislador de la CNUDMI, que creó la ley modelo, es la de darle al arbitraje la mayor fuerza posible a sus decisiones arbitrales, para que así se transforme en una vía útil y efectiva para la solución de una controversia. Si se aceptara otros recursos se provocaría entre otras consecuencias negativas: una excesiva dilatación en la adopción de una decisión; falta de seguridad al permitirse la interposición de numerosos recursos que puedan ser usados con fines dilatorios y en general causaría la falta de interés de los sujetos internacionales en someter sus conflictos al arbitraje, ya que lo que se busca principalmente con este tipo de procedimientos es precisamente evitar los posibles subterfugios legales que eventualmente podrían usarse en juicio ordinario.

El señor Roca Aymar reflexiona sobre este tema diciendo “Los recursos contra el laudo deberán ser limitados y se aplicarán restrictivamente según los motivos previstos en la ley que regule el procedimiento.”⁶⁵

⁶⁴ Esto está contemplado en el artículo 36 n° 2 de la ley 19.971, el cual desarrollaremos en el párrafo sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales.

CAPITULO VIII

RECONOCIMIENTO Y EJECUCION DE LAS SENTENCIAS ARBITRALES.

Lo que se persigue con el procedimiento arbitral es la dictación del laudo y por consiguiente que ese laudo sea reconocido y ejecutable en el Estado que corresponda hacerlo exigible en su caso.

El tema del reconocimiento y ejecución esta contemplado por nuestro ordenamiento jurídico en las Convenciones de Nueva York y de Panamá y actualmente en la nueva ley de Arbitraje Comercial Internacional 19.971.

Estos convenios y la ley aludida en el párrafo anterior establecen un principio de legalidad del arbitraje y de veracidad del laudo, esto se desprende de los artículos 34 y 36 de la ley y de los artículos 5º de ambas Convenciones internacionales, al limitar las causas para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

Los motivos para denegar el reconocimiento y ejecución de los laudos son idénticos a los previstos para la declaración de nulidad de estos. Solo se agrega una causal, que es que el laudo aún no sea obligatorio para las partes, o que ha sido anulado o suspendido por un tribunal del estado en que se ha dictado el laudo.

Se establece también en estos instrumentos que en el supuesto de que se haya solicitado la nulidad o la suspensión del laudo, la autoridad ante la cual se invoca este último podría aplazar la decisión sobre la ejecución a instancia de parte que

⁶⁵ ROCA AYMAR, José Luís, *El arbitraje en la contratación internacional*, ob. cit. Pág., Pág. 130.

solicite la ejecución, podrá ordenar a la otra parte que otorgue garantía en cantidad suficiente o como lo dispone nuestra ley 19.971 en su artículo 36 n° 2 “...y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que de garantías apropiadas”.

El procedimiento que corresponde aplicar para hacer exigible el laudo arbitral en Chile esta contemplado en los artículos 35 y 36 de la ley 19.971; 242 y siguientes, del Código de Procedimiento Civil; 4, 5, y 6 de la Convención de Panamá y artículos III, IV, VI de la Convención de Nueva York, todas estas normas debidamente concordadas según criterios de jerarquía y especialidad.

CAPITULO IX

CONCLUSIONES

En virtud de lo investigado podemos concluir que en el caso propuesto no existe una única vía de solución al problema surgido entre el señor Cortés y el molino Norteamericano Good Bread, sino que por el contrario y según lo analizado en este trabajo las formas para dar término al conflicto son bastantes diversas.

Analizamos brevemente los mecanismos de solución de conflictos que serian susceptibles de ser aplicados a este caso en particular, optando en definitiva por el arbitraje comercial internacional.

Para el estudio del arbitraje en materia comercial internacional recurrimos a normas internacionales, a la nueva Ley de arbitraje comercial internacional Ley 19.971, reglamentos de instituciones arbitrales y a doctrina.

Ya en inserto en el ámbito del arbitraje comercial internacional comenzamos a investigar las distintas aristas que nos ofrecía el tema, investigando desde el convenio arbitral hasta llegar al reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, siempre teniendo en consideración que a la fecha de la proposición de este caso en Chile no existía una Ley de arbitraje comercial internacional. Ante la inexistencia de una ley de arbitraje que regulara esta materia, decidimos estudiar el caso teniendo en vista fundamentalmente la ley modelo UNCITRAL y los tratados internacionales ratificados por Chile y Estados Unidos de Norteamérica.

Como se desprende de este trabajo de investigación, sería el arbitraje el mecanismo más idóneo y conveniente para las pretensiones de nuestro cliente, lográndose una solución rápida, justa, confiable y concreta.

Podemos concluir entonces que, frente a las numerosas conjeturas que se generaban producto de las escasas medidas de resguardo de las partes y el silencio de estas en materias fundamentales de la contratación mercantil internacional, es el arbitraje la herramienta apropiada para la solución de esta controversia ya que soluciona de manera satisfactoria los problemas antes mencionados a través de nuestra Ley 19.971 y las convenciones internacionales ratificadas por ambos países.

BIBLIOGRAFIA

ARTUCH IRIBERRI, Elena, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, editorial Eurolex, Madrid, España, 1997.

BLOCH D., Roberto; IGLESIAS, Daniel O., *Solución de controversias en el MERCOSUR*, editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina, 1995.

CAIVANO, ROQUE J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E., *Negociación y mediación, instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Ad-Hoc S.R.L., Buenos Aires, Argentina, primera edición, 1997.

CAM, *Sentencias arbitrales 1994-1999*, tomo I, ediciones Salesianos, Santiago, Chile, 2001.

CAM, *Sentencias arbitrales 1999-2001*, tomo II, ediciones Salesianos, Santiago, Chile, 2001.

CORDÓN, MORENO Faustino, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

EYZAGUIRRE, ECHEVERRÍA, Rafael, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Editorial Jurídica, Santiago, 1981.

FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara L. y LEONARDI DE HERBÓN, Hebe M., *El Arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998.

GONZALEZ, SORIA, Julio, *La intervención judicial en el arbitraje. Recursos jurisdiccionales y ejecución judicial del laudo arbitral*, editado por la Cámara de Comercio e industria de Madrid, Madrid, España. 1988.

GOZAINI, Osvaldo A., *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1995.

PAILLAS, Enrique, *EL Arbitraje Nacional e Internacional Privado.*

Ponencias del seminario Arbitraje Comercial Internacional, AmCham Chile, 29-30 de julio, 1998.

PUCCI, N., Adriana, *Arbitraje en los Países del MERCOSUR*, editorial Ad-hoc, primera edición, Buenos Aires, Argentina, 1997.

ROCA AYMAR, José Luís, *El arbitraje en la contratación internacional*, Esic, Madrid, 1994.

ROCA MARTINEZ, José Maria, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, editor: José Maria Bosch, Barcelona, España, 1992.

SHILLING FUENZALIDA, Mario Tomás, *Métodos alternativos de resolución de conflictos*, editorial Jurídica Conosur, 1997.

LEGISLACIÓN:

CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, Convención sobre el Reconocimiento y ejecución de Sentencias Extranjeras, Nueva York 10 de junio 1958.

CONVENCIÓN DE PANAMA, Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, suscrita en Panamá el 30 de enero de 1975.

LEY 19.971, publicada el 29 de septiembre de 2004.

LEY MODELO UNCITRAL, de 21 de junio 1985.

OTROS:

REGLAMENTO DE LA AAA.

REGLAMENTO DE LA CIAC.

REGLAMENTO DE LA CCI.

REGLAMENTO DE LA CAM-SANTIAGO.

REGLAMENTO DE LA CNUDMI.

DOCUMENTO, desarrollado por la Universidad Católica de Temuco, Escuela de Derecho proyecto ACCESO/ CENEMEDYA curso teórico-practico: Técnicas de negociación y métodos alternativos de conflictos RAC, año 2002.