ESTUDIOS DE ARBITRAJE.
LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR PATRICIO AYLWIN
AZÓCAR. VARIOS AUTORES, EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE,
2007, 859 P.

María Fernanda Vásquez*

El objeto de este libro es rendir homenaje a D. Patricio Aylwin Azócar, cuya trayectoria e importancia en Chile es reconocida por la generalidad y, más importante aún, desde distintos escenarios y posturas políticas. El tema que sirve de excusa para estos efectos es el instituto arbitral, materia que el homenajeado conoce y trató de forma muy temprana a propósito de su tesis de grado, cuya rigurosidad hizo de aquella una obra monográfica que a la fecha aún se mantiene vigente¹ y que tuvo ocasión de profundizar legislativamente cuando siendo Presidente de la República envió un mensaje presidencial con el objeto de modificar la actual legislación arbitral en el plano doméstico, aunque tal propuesta no llegó a prosperar².

El libro se divide en tres partes, además de una extensa presentación en la que se dedican varias cartas al autor por distintas personalidades públicas y familiares del homenajeado. La primera se destina al arbitraje interno, la segunda al arbitraje internacional y la tercera a estudios de arbitraje de Derecho comparado. En total, el libro incluye 53 trabajos, 22 sobre la primera temática, 26 sobre arbitraje internacional y 5 sobre arbitraje comparado.

Sin ánimo de reproducir tales artículos y/o ensayos, ni querer efectuar un *collage* de los

* Profesora Derecho comercial en la Universidad de Talca. Magíster en Derecho. Doctor © Universidad Complutense de Madrid. E-mail: mfvasquez@utalca.cl.

¹ La quinta edición fue publicada por la Editorial Jurídica de Chile en el año 2005.

² Sobre la tramitación de este proyecto de ley, Vid. www.bcn.cl (Boletín N° 857-07).

mismos, conviene destacar varios de los aspectos puestos a la palestra en esta recopilación, básicamente porque constituye una de las pocas obras -sino la única- que se refiere a una temática tan en boga desde un punto de vista tan amplio y diverso, donde vale la pena profundizar en base a un doble objetivo: adentrarnos en la disparidad de pensamientos y, en segundo lugar, situar -en cuanto fuere posible- el estadio dogmático del arbitraje chileno lo que no se consigue sólo a través de la lectura de la primera parte, sino que más bien de su globalidad, es decir, conjugando aspectos locales y foráneos, contrastando realidades. Siguiendo esta finalidad, la presente recensión no tuvo por objeto ocuparse de todos y cada uno de las exposiciones leídas, no por minusvalorarlas, sino precisamente por no querer apartarnos de aquellas motivaciones.

A grosso modo, G. Figueroa Yáñez parte por plantear la idea de ampliar la lista de asuntos que se someten a arbitraje forzoso u obligatorio y de incentivar el arbitraje en las esferas del Derecho civil básicamente por el “atochamiento” del cual padecen los tribunales ordinarios lo que conlleva plazos extensos en la resolución y en muchos casos, liviandad y falta de estudio en las mismas. A partir de un vuelo rasante, enumera parte de las ventajas del instituto, así como de sus desventajas, para terminar concluyendo que los arbitrajes debieran quedar reservado sólo a los juicios civiles declarativos, con exclusión de los ejecutivos, porque no le parece prudente entregarles la facultad de imperio.

Por su parte, R. Abeliuk, distingue y profundiza la naturaleza jurídica y operación de la cláusula compromisoria, el compromiso, el contrato del compromisario y los derechos y obligaciones que surgen en cada uno de estos casos. Reconoce que el compromiso no se encuentra reglamentado en el COT aunque en general no ha existido controversia en afirmar que el art. 234 referido al nombramiento de árbitros, se aplique a esta materia. Sostiene, a diferencia de lo que comúnmente se ha dicho en la doctrina, que el compromiso no es una convención, sino que un contrato con todas las repercusiones que ello provoca, ya que el hecho que el contenido del mismo sea eminentemente procesal no le quita el mencionado carácter.

A. Dougnac ofrece seguramente el estudio histórico legislativo más completo escrito hasta ahora sobre el arbitraje en Chile. Para ello entrega una síntesis del origen y desarrollo del arbitraje en Chile que se remonta a las VII Partidas de Alfonso X “El Sabio”, cuya Novísima Recopilación estuvo vigente hasta mediados del siglo XIX, recorriendo el período indiano y el patrio.

A. Silva Bascuñán trata a la justicia arbitral en su dimensión constitucional, resultando interesante tal análisis en cuanto argumenta que los tribunales arbitrales, aunque no son creados directamente por la ley integran el poder judicial y, por tanto, los árbitros son en su concepto órganos del Estado a quienes se aplican los preceptos de la Constitución contenidos en el capítulo sobre Bases de la Institucionalidad.

J. Colombo Campbell, plantea el estudio de los “principios informativos del proceso

arbitral”, donde parte por confirmar la idea antes expuesta en el sentido de señalar que los jueces árbitros se insertan en el sistema de jurisdicción nacional (art. 5º COT) y como tribunales que son, cuentan con todas las prerrogativas que les proporciona el “poder” de la jurisdicción y tienen todas las obligaciones y cargas que les impone este deber, conclusión que es relevante por cuanto los tribunales han resuelto desde antigua data que los árbitros son tribunales de justicia. Entre los principios, destaca el de jurisdicción, afirmando que los árbitros en cuanto jueces ejercen plenamente esta potestad y el de competencia, señalando que las partes pueden prorrogar la competencia absoluta a los árbitros en ciertos casos.

A. Romero Seguel, se ocupa de la diferenciación existente entre un arbitraje de derecho y un arbitraje de equidad visto desde el escenario interno e internacional. Entre ellas, se destacan valiosas aportaciones en cuanto a las posibilidades de actuación que tiene cada uno de estos árbitros en la adaptación o integración de los contratos, como instrumento para desarrollar el principio de buena fe y como herramienta para que actúe la justicia distributiva.

También desde la óptica procesalista. R. Nuñez Ávila se refiere a los “problemas del juez ecléctico con el recurso de apelación”, en donde se adentra en la labor del árbitro mixto y las disyuntivas que se presentan en torno a la apelabilidad de sus sentencias.

I. Solis Palma, se refiere al arbitraje desde la nueva justicia civil en donde cobra especial relevancia la modernización del arbitraje como un “mecanismo alternativo de resolución de controversias” recogiendo las actuales tendencias que existen sobre la materia en Derecho comparado.

E. Picand Albónico formula reflexiones sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, cuyas conclusiones nos muestra una vez más el camino jurisprudencial adoptado por la generalidad de la doctrina chilena, en el entendido que los jueces gozan de la misma potestad jurisdiccional que los tribunales ordinarios aunque no posean imperio para dictar sus laudos, y como tales se constituyen en verdaderos funcionarios del Estado, los cuales deben obrar como ministros del poder público.

A. Etcheverry analiza los “aspectos penales del arbitraje” en donde concluye, luego de un acabado análisis, que los árbitros no pueden entenderse como un empleado público a la luz de las normas de esta rama del Derecho.

W. Thayer, habla sobre el arbitraje laboral en Chile, comenzando por señalar que el Derecho laboral chileno no admite el arbitraje como regla general, por cuanto se ha entendido que forma parte de los derechos renunciables del trabajador, en lo que respecta al art. 345 del Código del ramo, esta constituirá una excepción más aparente que real que se explica razonablemente desde el colectivo de trabajadores y su fuerza negociadora.

P. Figueroa Velasco, a propósito de los conflictos en sede tributaria, plantea - luego de analizar la actual justicia tributaria en Chile- que el arbitraje puede constituir una buena herramienta de solución de este tipo de controversias señalando al respecto las características de este sistema y cómo podría aplicarse en estas materias. Sobre el arbitraje en materia de arrendamientos urbanos se pronuncia.

A. Bascuñán Valdés, temática desde antigua data discutida tanto en doctrina como en la jurisprudencia en cuanto la posibilidad de su utilización. Luego de revisar la evolución legislativa en esta materia, subraya que el arbitraje es perfectamente aplicable en este ámbito de materias apoyándose en los fallos más recientes.

R. Gómez Balmaceda, trata el arbitraje en general y en particular en el seguro, dando cuenta que la justicia arbitral se encuentra profusamente difundida en la actividad aseguradora y por ello casi la totalidad de modelos registrados en la Superintendencia incluyan una cláusula sobre arbitraje.

Sobre el arbitraje en los procesos concursales de quiebra se refiere O. Torres Zagal, incursionando en el papel que juega el arbitraje en el Derecho concursal chileno luego de la reforma que sufriera la ley del ramo.

Finalmente, sobre las sociedades anónimas y su relación con la justicia arbitral y ordinaria se refiere L. Morand Valdivieso, tratando especialmente el problemático y controvertido tema del Art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En la segunda parte, esto es, la que se refiere a estudios de arbitraje en el ámbito internacional cabe destacar el artículo sobre la Institucionalidad chilena y el arbitraje internacional escrito por G. Biggs, en que relata brevemente las etapas que han cursado el instituto arbitral en Chile, su singularidad dentro de la región por no haber sido objeto de reformas desde la promulgación de las normas que hasta el día de hoy se mantienen vigentes para luego analizar el arbitraje chileno en el ámbito internacional.

R. Sateler y J. Figueroa Valdés profundizan en uno de estos aspectos, como es la dictación de la ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, el primero lo hace en cuanto a sus aspectos históricos, mientras que el segundo lo hará en varios de sus tópicos prácticos o de aplicación.

J. Puga Vial alude a uno de uno de los elementos del ámbito de aplicación material del arbitraje internacional, como es la mercantilidad explicando el distinto significado que tal vocablo tiene en relación al derecho interno.

J. Irarrazabal se extiende sobre el arbitraje en los tratados de libre comercio suscritos por Chile.

H. Llanos se refiere a la Corte Permanente de arbitraje de la Haya y U. Montoya Alberti, hace lo propio respecto de la Comisión Interamericana de arbitraje comercial (CIAC).

A propósito de dos casos específicos (Clarín y Lucchetti) R. Mayorga Lorca alude a la irretroactividad del arbitraje en el sistema CIADI.

R. Sandoval López, analiza la normativa UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional como instrumento de unificación, acentuando los principios básicos que rigen la institución.

Sobre las modificaciones a la Ley Modelo UNCITRAL alude J. Siqueiros. J. López Santa María refiriéndose especialmente a las notas prácticas sobre el arbitraje y contratación internacionales.

R. Santos Balandro anuncia las nuevas brisas favorables que rigen al arbitraje comercial internacional en la región.

S. Feldstein de Cárdenas trata la temática del arbitraje electrónico con una mirada de futuro.

H. Grigera Naón alude al *quo vadis* que parece padecer el arbitraje comercial internacional.

Analizando una nueva tendencia jurisprudencial sobre la *lex mercatoria* y los principios UNIDROIT en el arbitraje comercial internacional se refiere I. García Pujol. Sobre los mecanismos arbitrales en el TLCAN y la particular óptica mexicana trata J. Witker.

Sobre la jurisdicción cautelar en el arbitraje comercial internacional alude F. Ossa Guzmán.

Sobre el Centro de arbitraje y mediación de la OMPI, es decir, referida a la propiedad intelectual se refiere M. Porzio.

J. Morales Godoy, por su parte, trata la temática del Libre Comercio Chile-Estados Unidos sobre inversión extranjera en servicios financieros.

JC. Fernández Rozas analiza la situación del convenio arbitral hoy en día, lo que expresa bajo la frase “entre la estabilidad y el desatino”, expone, en líneas generales, los requerimientos de estos contratos y se ocupa del denominado “contrato arbitral patológico”.

La tercera y última parte es más breve que las anteriores.

Destacan entre ellos el artículo de E. Mereminscaya sobre la eficacia de las sentencias

arbitrales internacionales en el Derecho ruso y el alemán; un análisis comparativo de los sistemas arbitrales internacionales efectuado por A. Yrarrázaval Covarrubias y la configuración actual del arbitraje interno español realizado por JL. Gómez Colomer.

Pues bien, lo interesante de esta obra puede cifrarse en las variadas aportaciones que realizan los autores desde diferentes ángulos, lo que ciertamente constituye un rico sustrato doctrinal para el análisis de una institución que poco se ha analizado en Chile, quizás de la mano de la inercia que presentan sus normas que datan del siglo pasado. Y es que el estudio de la temática arbitral, a lo menos en el derecho interno, pareciera haberse detenido en el tiempo, como si no hubiese nada más que decir sobre esta materia ignorando la realidad de este instituto que ha motivado sendos estudios en el Derecho comparado en el convencimiento que se trata de un instituto complejo que requiere de un cuidadoso tratamiento.

Sobre las ideas vertidas en el papel, llaman la atención principalmente dos, la primera el querer aumentar el elenco de materias de arbitraje forzoso y la segunda, en la recurrente afirmación que los árbitros son jueces pertenecientes al poder judicial y, como tales, gozan de la calidad de funcionarios públicos. Ambas elucubraciones no son inocuas, muy el contrario, conviene tomarlas y analizarlas cuidadosamente porque conllevan importantes consecuencias. Dado que no es nuestro propósito profundizar en estas temáticas que nos requeriría bastante más que estas líneas, baste por el momento precisar que en la mayor parte del Derecho comparado arbitral moderno no tienen lugar a discusión hoy en día, la primera de ellas es que los arbitrajes “obligatorios” no constituyen un auténtico arbitraje porque carecen del pilar que les impregna vida, fuerza y fundamento, como es la autonomía de la voluntad. Por otra parte, creemos que no es aconsejable atribuir *a priori* la calidad de “jueces públicos” a los árbitros, esta es una idea que no obedece necesariamente a la tesis “jurisdiccional” adoptada en Chile que más bien dice relación con su raigambre procesal. Por lo demás, debiera tenerse en cuenta que la opinión de la Excma. Corte Suprema ya fue expresada otrora en sentido negativo, es decir, afirmando precisamente lo contrario: los árbitros no forman parte del poder judicial³. Quizás, es que nuestro ánimo simplificador el que tiene a encasillar las instituciones dentro de lo “conocido” o “querido”, y no siempre esa es la respuesta que debe guiarnos, principalmente cuando lo que se intenta es mejorar una institución tan antigua y a la vez moderna como lo es el “arbitraje”.

Cabe destacar igualmente, las aportaciones efectuadas en relación al arbitraje y algunas materias concretas, como son los seguros, arrendamiento, sociedades y la quiebra, por constituir ellas un recipiente obligado de aplicación de la normativa existente y sobre las cuales no existen abundantes opiniones.

³ Así consta de la Sesión de elaboración del Segundo informe llevada a cabo con fecha 16 de Octubre de 1995. Vid. Discusión parlamentaria en <http://sil.senado.cl/pags/index.html>

Por otra parte, la división de la obra –muy rigurosa y esquemática- pone freno al tratamiento de diversas cuestiones transversales que habría sido interesantes de analizar, como la obsolescencia de la distinción entre compromiso y cláusula arbitral, sobre las diferencias entre arbitraje interno y el internacional, sobre la figura del árbitro, sobre los principios del moderno instituto arbitral, entre otras, temas que en la actualidad se encuentran reiteradamente tratados por la doctrina más avanzada del Derecho arbitral y que habría sido interesante incorporar. A modo de ejemplo, en la parte del Derecho internacional de esta obra se destaca el hecho que la Ley Modelo es perfectamente aplicable en su generalidad al Derecho interno, sin embargo, ese debate no se ha producido en Chile que hace pocos años promulgó una ley de arbitraje comercial internacional que sigue a esta Ley Modelo⁴ y que se aparta decididamente del instituto arbitral de Derecho interno sin un análisis conjunto, provocando una situación paradójica al abrigar dos institutos arbitrales muy distintos dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

En fin, nos parece que el espíritu del libro es noble y constituye, sin lugar a dudas, un valioso aporte al estudio del instituto arbitral en su conjunto y sólo esperamos que alimente nuevas discusiones doctrinarias sobre varias materias que no están del todo zanjadas y sobre las cuales se requiere seguir avanzando en aras de modernizar verdaderamente el arbitraje en Chile. En tal contexto, nos parece que seguir mirando la realidad del arbitraje sólo como una forma de “destrabar” la “atareada” actividad judicial chilena no es el camino adecuado. El arbitraje constituye un camino válido que se construye sobre los principios de libertad reconocidos por la Carta Política, de modo que no debe pensarse en él como un mero instrumento político/administrativo y como tal “coyuntural”, sino que debemos mirar en sus cimientos y construir un instituto con bases sólidas que mire a sus propias necesidades que por cierto no están abordadas en la actualidad.

⁴ Ley 19.971, DO. 29 de septiembre de 2004.