



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Vasquez Palma, Ma. Fernanda

La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y  
ubicación en el escenario legislativo chileno

Ius et Praxis, vol. 12, núm. 1, 2006, pp. 181-213

Universidad de Talca

Talca, Chile

Available in: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19712108>

- How to cite
- Complete issue
- More information about this article
- Journal's homepage in redalyc.org

redalyc.org

Scientific Information System

Network of Scientific Journals from Latin America, the Caribbean, Spain and Portugal

Non-profit academic project, developed under the open access initiative

Revista Ius et Praxis, 12 (1): 181 - 213, 2006

## I. ARTÍCULOS DE DOCTRINA

### **La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno**

**Ma. Fernanda Vasquez Palma**

<sup>1</sup> Dra. (c) en Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Profesora de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Recibido el 4 de mayo de 2006 y aceptado el 9 de junio de 2006.

---

#### **RESUMEN**

El presente artículo pretende investigar los aspectos dogmáticos y legislativos de un tema de creciente importancia en la institución arbitral, cual es, el ámbito material de aplicación del arbitraje. Se parte por revisar los aspectos históricos de esta temática, luego se estudia la realidad legislativa actual en Derecho comparado y las tendencias doctrinarias. Por último se repasa la historia legislativa chilena y su escenario normativo actual. Con tales elementos se realiza finalmente el ejercicio de posicionar la realidad chilena en el contexto de Derecho comparado. El resultado resulta interesante desde un punto de vista teórico y práctico, dado que las conclusiones a que se arriba en el presente estudio generan varias inquietudes dignas de analizar y debatir.

**Palabras claves:** Arbitrabilidad. Historia. Tendencias. Legislación chilena.

---

#### **ABSTRACT**

The present article tries to investigate the dogmatic and legislative aspects of a subject of increasing importance in the by arbitration institution, as it is, the material scope of application of the arbitration.

First, it reviewed the historical aspects of this thematic one. Later soon studies the present legislative reality in compared low and the dogmatics tendencies. Finally is done one reviews Chilean legislative history and its present normative scene. With such elements the exercise is finally made to position the Chilean reality in the context of compared Law. The result is interesting from a theoretical point of view, since the conclusions to that it is arrived the present in study generate several restlessness worthy to analyze and to debate.

**Key words:** Arbitrabilidad. History. Tendencies. Chilean legislation.

---

Tabla de Abreviaturas: 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; Art.: artículo; inc.: inciso; N°: número; p.: página; pp.: páginas; s.: siguiente; ss.: siguientes; Rev.: revista; vol: volumen; ed.: edición.

## **I. Consideraciones generales.**

La pregunta de qué puede someterse a arbitraje no es, ni ha sido, de fácil respuesta en los diversos ordenamientos jurídicos del orbe<sup>2</sup>, razón por la que se han suscitado numerosas discusiones en Derecho Comparado, básicamente por cuanto existen ciertas materias que han sido difíciles de ubicar dentro de la categoría de lo arbitrable o lo inarbitrable. Dentro de ellas se encuentran: el derecho concursal, contrato de agencia, propiedad industrial, derecho de la competencia, derecho societario, entre otros, las que suelen coincidir, además, con los temas más sensibles que se citan con relación a la arbitrabilidad internacional o entre Estados<sup>3</sup>.

Esta falta de consensos se aprecia con toda claridad en la realidad legislativa de los países que tienen instaurada la institución del arbitraje dentro de sus mecanismos para resolver conflictos de intereses. Así, por ejemplo, existen diferencias cualitativas entre los sistemas jurídicos europeo-continenciales de raíz latina o germánica y el sistema del *common law*, toda vez que para los primeros, el legislador determina las categorías de litigios arbitrables recurriendo a ciertas fórmulas generales y estereotipadas; en cambio, para los segundos no existen tales delimitaciones, razón por la que es la jurisprudencia la que, caso por caso, perfila las categorías jurídicas del arreglo arbitral.

La importancia de determinar el campo de la arbitrabilidad liga con la eficacia de la institución arbitral, toda vez que si la materia no es arbitrable puede atacarse el convenio y/o el laudo a través de una serie de medios y en etapas procesales diversas. En el escenario internacional, tal determinación es doble por cuanto no sólo importa delimitar la arbitrabilidad respecto de la legislación por la cual se rijan las partes, sino que además, aquella donde se piensa cumplir y ejecutar la sentencia arbitral, las que no siempre serán coincidentes provocándose, de esta forma, la ineficacia del laudo arbitral.

Por lo anterior, resulta interesante revisar el tema en Derecho comparado, tanto en sus aspectos histórico-legislativos como dogmáticos y en tal contexto es preciso ubicar la realidad legislativa en Chile con la intención de revisar en qué posición se encuentra y hacia donde se debe dirigir la mirada, en el convencimiento de que esta herramienta adquiere cada día una mayor trascendencia y connotación.

El presente artículo se divide en tres apartados. El primero se destina a la revisión global del tema de la arbitrabilidad en el Derecho comparado, comenzando por sus aspectos históricos, siguiendo por lo legislativo y terminando con las tendencias doctrinales más avanzadas sobre la materia. En el segundo, se abarcará la realidad legislativa chilena desde dos puntos de vistas: proceso histórico y normativa actual. Y en el tercero, se realizará un contraste de ambos escenarios con el objeto de establecer la posición de Chile sobre la materia y cuáles son los pasos que se deben dar para avanzar en el perfeccionamiento de la institución. Por último, se presentan las conclusiones a que es posible arribar.

## **II. Revisión de la arbitrabilidad en Derecho Comparado.**

### **1. Nociones previas en torno a la arbitrabilidad:**

La arbitrabilidad objetiva (en adelante arbitrabilidad) responde a la pregunta de qué materias pueden someterse a arbitraje. Tal dimensión puede ser vista, a lo menos, desde dos ópticas: a) como una restricción al poder de comprometer o una incapacidad legal derivada de las circunstancias referentes a la naturaleza del litigio; y b) como un defecto del convenio arbitral, condición de validez del mismo. En el primer caso, ésta se encuentra íntimamente ligada al fondo del asunto y, por consiguiente, es la *lex causae* o ley aplicable al fondo del litigio la que debe determinar si una determinada categoría de litigios es arbitrable y en qué circunstancias; en el segundo, en cambio, se someten estas consideraciones a la ley rectora de la validez por razones de fondo del convenio arbitral<sup>4</sup>.

A su vez, la búsqueda de la arbitrabilidad puede presentarse en diferentes fases del arbitraje: en sede arbitral, como presupuesto de la competencia de los árbitros (en el examen que éstos hacen de su propia competencia antes de iniciarse el proceso propiamente dicho); y en sede judicial; tanto con ocasión del análisis de

la validez del convenio (para afirmar o denegar la competencia arbitral), como en el trámite de reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral.

Asimismo, la falta de arbitrabilidad tiene a grandes rasgos tres orígenes: a) *rationae materiae* o exclusiones por la naturaleza de determinadas relaciones jurídicas; b) por la eliminación del principio de autodeterminación de las partes; y, c) por una indisponibilidad formal o procesal derivada de la atribución imperativa de jurisdicción<sup>5</sup>.

Se puede inferir de lo anteriormente expuesto que la arbitrabilidad es una materia transversal, ya que constituye un presupuesto de la institución entera del arbitraje. Lo es de su existencia, al ser un requisito de validez y eficacia del convenio arbitral; es también, un límite a la facultad de las partes; y, al mismo tiempo, es poder y competencia de los árbitros. Por lo anterior, la inarbitrabilidad es tanto una causa de impugnación del convenio arbitral y del laudo, como de oposición al reconocimiento y ejecución del mismo.

## 2. Evolución histórica del contenido de la arbitrabilidad:

Para comprender las modernas tendencias que existen sobre la noción de arbitrabilidad, se debe revisar necesariamente la historia de esta institución con el afán de dilucidar cuál ha sido el tratamiento de esta temática en el transcurso del tiempo. Dado que el instituto del arbitraje se remonta a los inicios de la historia, se han escogido los momentos y/o etapas más relevantes con el objeto de analizar el contenido de la arbitrabilidad.

En el Derecho Romano, en cuyo lugar se dice tiene sus orígenes esta institución<sup>6</sup>, existían tres figuras próximas al arbitraje: *el iudex*, *el arbiter* y el *arbiter ex compromisso*<sup>7</sup>. Ésta última, es la que procedía del arbitraje propiamente dicho dado que no requería para su configuración de ninguna autoridad pública<sup>8</sup>. En cualquier caso, la circunstancia que determinaba el que las partes acudiesen, tanto al *iudex* o al *arbiter de la legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, como al *arbiter ex compromisso* era la existencia de un "conflicto" entre aquellas<sup>9</sup>. En cuanto a las materias, se sometían al *arbiter et compromisso* preferentemente los procesos que requerían gran discreción \_ *los bonae fidei iudicia*-, así como las cuestiones que perteneciendo al *ius civile* necesitaban para ser resueltas que se dejara, al que hubiere de decidir las, una considerable libertad de apreciación. Dichas cuestiones se referían a: la división de una comunidad familiar, la división de una cosa común, la asignación de partes en una cosa o comunidad patrimonial.

Por su parte, la etapa que comprende los siglos VIII a XIII se caracteriza por la dispersión normativa y la pluralidad de derechos locales de naturaleza consuetudinaria que responden a regímenes muy heterogéneos; sin embargo, pese a ello sí existió una preocupación por delimitar el ámbito material de

aplicación del arbitraje. En general, se siguió un criterio económico de manera que sólo por debajo de determinada cuantía se podía someter el pleito a un arbitraje. En otros casos, se prefirió un criterio material, como por ejemplo, en un sentido positivo, las relaciones obligacionales entre particulares; y en un sentido negativo, excluyendo los asuntos que no podían ser sometidos a estos árbitros<sup>10</sup>.

En la Edad Media, la justicia tiene un carácter marcadamente arbitral<sup>11</sup>, toda vez que las condiciones de vida que imperan son propicias para ello (los Estados carecían de organización estable y la autoridad de los poderes públicos era casi nula). Por consiguiente, los burgueses, artesanos y comerciantes buscan justicia en sus gremios y corporaciones, en los grandes señores o en el rey y sus delegados<sup>12</sup>.

En el Fuero Juzgo, la figura arbitral comenzará a adquirir cuerpo propio, a la vez que se le reconoce una naturaleza jurisdiccional, tendencia que se mantiene en el Fuero Real, pero en el primer caso no se hizo referencia a ningún criterio que permitiera delimitar objetivamente el ámbito de actuación de los árbitros; mientras que en el segundo, se intentó al menos llevar a cabo tal delimitación basándose en la distinción de "pleitos de justicia" y "pleitos de otra cosa", dejando a los primeros excluidos del ámbito que nos ocupa<sup>13</sup>.

En Las Partidas, se logró una mayor precisión en la materia. En efecto, en ellas se estableció que no podían someterse a arbitraje los delitos que merecían pena corporal, como muerte, mutilación, escarmiento, o destierro, razón por la cual no todos los delitos estaban excluidos del arbitraje, sino que era la pena aparejada la que constituía un criterio decidor. El resto de los casos que se excluían del arbitraje, eran aquellos que requerían de *imperium*, del que carecían los árbitros, ya que con ellos se satisfacía la vindicta pública; sin embargo, otros que merecían penas pecuniarias, como los de injurias y calumnias sí podían someterse a arbitraje, ya que en ellos no se perjudicaba a la comunidad<sup>14</sup>.

En este mismo orden de ideas, tampoco podía ser materia de arbitraje en esta época, las causas relativas al estado de libertad o servidumbre, ya que aunque eran de interés privado, ejercían una gran influencia en la armonía social; las contiendas sobre casamiento en cuanto a la nulidad y separación ya que, siendo éste un sacramento, no podía decidirse sobre el mismo a través de una jurisdicción privada; y también estaban excluidas las causas que tenían por objeto bienes comunales, a menos que la mayoría de los comuneros estuviere de acuerdo en comprometer, nombrando para ello una persona con ese fin<sup>15</sup>.

A partir del siglo XIII va a ser decisiva la elaboración del Derecho Común. El Ordenamiento de Alcalá de 1348 pone fin a la anarquía legislativa, estableciendo por primera vez un orden de prelación de fuentes, aplicándose en primer lugar el propio ordenamiento, luego los fueros municipales y por último las partidas. Lo

anterior, dará paso a la Recopilación, la que también guardará silencio respecto del ámbito de aplicación del arbitraje<sup>16</sup>.

Con la Revolución Francesa se provoca un giro del arbitraje, al mirarse como un remedio eficaz contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia, institución que se considera está en consonancia con los principios republicanos y libertades que, fundamentados en la idea del contrato social, preconizan la libre elección de todos los ciudadanos<sup>17</sup>.

Luego, la institución arbitral avanza hasta lo que se conoce hoy en día, razón por la que queda su estudio reservado para las siguientes líneas.

Con los datos aportados, es posible concluir que la arbitrabilidad fue un concepto mutable en el transcurso del tiempo y su delimitación material decía directa relación con la instrumentalización política del instituto del arbitraje. En otras palabras, mientras más se confiaba en esta institución, más amplia era su esfera de conocimientos.

No obstante lo anterior, cabe destacar que desde antiguo existía una inclinación por arbitrar materias de cierta índole económica o patrimonial, que se entendía formaba parte de los intereses privados de las partes; asimismo, existió meridiano consenso en considerar excluidas materias que requerían del poder de imperio de un tribunal y aquellas donde existía un predominante interés del orden público, tales como: los delitos.

### 3. Revisión de la arbitrabilidad en el contexto actual de la legislación internacional:

Como se indicó, el término "arbitrabilidad de los litigios", en tanto concepto clave para definir las materias susceptibles de ser sustraídas mediante un convenio arbitral, ha sido controvertido en la legislación internacional<sup>18</sup>, situación que se comprende al entender que esta cuestión liga con la concepción de orden público de cada Estado y con la necesidad de salvaguardar sus disposiciones imperativas<sup>19</sup>.

En efecto, el método y los criterios utilizados en los distintos ordenamientos jurídicos para efectuar tal delimitación varían de unos a otros por consideraciones de muy diversa índole. Así, mientras que en los sistemas jurídicos europeo-continenciales de raíz latina o germánica, el legislador determina las categorías de litigios que escapan al arbitraje, recurriendo a ciertas fórmulas generales y estereotipadas (del estilo de las que declaran no arbitrables los litigios relativos a materias que interesan al orden público, que no pueden ser objeto de transacción o en el que las partes no pueden disponer libremente de sus derechos); en los países del *common law* no existen tales delimitaciones, razón por la que cual es la jurisprudencia la que, caso por caso, perfila las categorías jurídicas del arreglo

arbitral<sup>20</sup>.

En el derecho español, por ejemplo, el criterio utilizado para identificar a las materias susceptibles de arbitraje es el de la "libre disposición conforme a derecho" (Art. 2 N° 1 Ley 60/2003)<sup>21</sup>, criterio compartido por otros ordenamientos jurídicos<sup>22</sup> que a menudo se identifican con nociones afines: "derechos susceptibles de transacción"<sup>23</sup>, materias patrimoniales<sup>24</sup>; y, materias ajenas al orden público. Por su parte, los derechos suizo y alemán se refieren respectivamente a las "causas de naturaleza patrimonial" (Art. 177 de la Ley Federal Suiza sobre DIPr de 1987), y a las "pretensiones que tienen un valor económico para las partes" (Art. 1.030 de la Ley Alemana de arbitraje de 1997). La ley Modelo Uncitral, asimismo, plantea la "mercantilidad" como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad (Art. 1°).

Más allá de su significado exacto, todos estos criterios generales expresan la idea de que la libertad de las partes para someter sus diferencias a arbitraje no es absoluta, sino que se encuentra sujeta a ciertas limitaciones. Empero, la imprecisión con que éstas se formulan ofrecen el riesgo de que se confundan con los límites a la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual y/o procesal<sup>25</sup>, que son precisamente las naturalezas que comúnmente se han atribuido a la institución arbitral<sup>26</sup>.

Finalmente, es preciso señalar que las propuestas tendientes a lograr un consenso mundial sobre las materias que pueden ser sometidas a arbitraje no han prosperado dado las dificultades que existen para lograr una formulación uniforme de arbitrabilidad<sup>27</sup>. El inconveniente de ello podría resumirse en la posibilidad de elaborar criterios muy genéricos o muy estrechos que, en definitiva, puedan perjudicar la eficacia de este instituto. Por ello, aún corresponde a cada Estado pronunciarse sobre el derecho que sus tribunales deberán aplicar cada vez que deban pronunciarse sobre la arbitrabilidad de la controversia.

#### 4. Revisión de las tendencias doctrinales seguidas sobre esta materia:

A grandes rasgos puede afirmarse que las tendencias doctrinales seguidas con más fuerza en esta materia son dos: los que sostienen que la arbitrabilidad es una noción de contenido contractual, donde las materias arbitrables se encuentran en directa relación con las materias susceptibles de ser transadas<sup>28</sup> o de libre disposición por las partes<sup>29</sup>; y están los que declaran que el citado contenido debe verse desde una óptica puramente procesal partiendo de la base que ofrece disponibilidad o libre disposición de aquellas materias reguladas por normas dispositivas<sup>30</sup>.

Para la primera, sólo podrá versar el arbitramiento sobre cuestiones o derechos



susceptibles de disposición por las partes, o como reiteradamente lo ha sostenido la legislación y la jurisprudencia, por personas que tengan capacidad de transigir, o dicho de otro modo, capacidad plena, porque sólo las cuestiones respecto de las cuales sea lícito o permitido transigir pueden ser sometidas a arbitraje. La segunda, en cambio, afirma que un litigio es arbitrable sólo cuando el procedimiento arbitral es susceptible de proporcionar a las partes una tutela de los derechos en que se basan sus pretensiones equivalentes al que pueda proporcionar el procedimiento judicial declarativo ordinario, y en términos negativos un litigio es inarbitrable cuando por motivos de índole jurisdiccional, el procedimiento arbitral resulta inadecuado para resolverlo. Se distingue así la indisponibilidad de la materia con la imperatividad de las normas que la regulan<sup>31</sup>.

Esta dualidad no es fortuita, sino que dice relación directa con la naturaleza híbrida que generalmente se ha atribuido a esta institución (contractual-jurisdiccional). Por ello, se han alzado voces en torno a replantear la naturaleza de la institución arbitral, que comúnmente se ha entendido como mixta<sup>32</sup>, dado que muchos de los inconvenientes de la delimitación del ámbito de aplicación material del arbitraje y sus limitaciones se derivan precisamente de estos argumentos, en el sentido de querer encasillar estas materias forzosamente en uno u otro aspecto. Tal construcción debiera dirigirse a la creación de una nueva naturaleza que mire a la institución del arbitraje a través de sus propias necesidades y con un contenido propio que sea independiente de otras consideraciones<sup>33</sup>.

Por otra parte, se ha dicho que el problema de formular un contenido específico del ámbito de aplicación y concretamente lo que comprende la arbitrabilidad, viene dado porque los límites de la autonomía de la voluntad (que es a su vez cimiento de la institución arbitral) tienen sus fundamentos en consideraciones de interés general. De esta forma, los debates sobre el exacto encuadramiento de este instituto han dificultado el desarrollo de una articulación del "interés general" y de "las partes" adecuada a la función específica y particular del arbitraje<sup>34</sup>.

Por lo anterior, se ha postulado la idea de ampliar el espectro de las materias arbitrables, incluso aquellas "sensibles" (en tanto susceptible de afectar intereses generales o de terceros), en el entendido de que el riesgo de que un árbitro pronuncie una sentencia contraria al orden público no debiera conjugarse negando la arbitrabilidad sino en todo caso intensificando el control judicial del laudo<sup>35</sup>. Entre estas materias se encuentran temas tales como el Derecho concursal, contrato de agencia, propiedad industrial (marcas y patentes), Derecho de la competencia<sup>36</sup> y ciertos temas de derecho societario<sup>37</sup>. Todas ellas suelen coincidir, además, con los temas más sensibles que se citan con relación a la arbitrabilidad internacional<sup>38</sup>, razón por la que en el Derecho comparado no existe uniformidad al respecto<sup>39</sup>.

La pregunta que se formula es si la arbitrabilidad de una materia depende del

reparto de competencias que realiza un Estado, o de la viabilidad del procedimiento arbitral para proporcionar a las partes una tutela de sus derechos subjetivos e intereses legítimos equivalente a la que proporcionan los cauces procesales establecidos<sup>40</sup>. El tema pasa por despejar algunas variables, por ejemplo, si las normas que establecen la especialidad de un tribunal, implican necesariamente la exclusividad y la exclusión de otros órdenes como el arbitral, toda vez que debemos considerar que el arbitraje no forma parte de la jurisdicción común, razón por la que necesariamente debe quedar excluida<sup>41-42</sup>.

Sobre este punto es importante considerar que existe una importante tendencia de los tribunales arbitrales en orden a ir incorporando materias "sensibles"<sup>43</sup> o que en principio no pueden ser arbitrables por falta de objeto y también por la aplicación del principio "*favor arbitrandum*"<sup>44</sup> que se presenta básicamente por considerar que no es nulo el compromiso que tenga por objeto una controversia que se refiera al orden público, sino cuando el orden público haya sido directamente violado<sup>45</sup>. Se intenta, de esta forma, ir superando los resquemores arcaicos que inmovilizaron el desarrollo del arbitraje comercial internacional basados en el mito de la imposibilidad de los árbitros de entender cuestiones donde se encuentran tan involucrados los más caros intereses públicos<sup>46</sup>.

Esta ampliación del arbitraje a sectores tradicionalmente considerados ajenos a su ámbito de aplicación, suscita nuevos planteamientos y propicia la relectura de la normativa existente sobre la materia.

## 5. Relación entre la arbitrabilidad y el orden público:

Mención aparte merece la relación existente entre estos dos temas, toda vez que la arbitrabilidad liga con la noción de orden público en el sentido de que resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio<sup>47</sup>. Tanto es así, que recurrentemente se posibilita la anulación del laudo cuando éste contraría el orden público<sup>48</sup>.

Tal afirmación se comprende si se piensa que el orden público constituye un conjunto de normas y principios establecido a favor de la comunidad, razón por la que no es posible a los particulares modificarlas, ya que constituye un límite a la autonomía de la voluntad, principio en que se inspira la institución arbitral. En tal sentido, las partes no podrían someter a arbitraje una materia que envuelva un interés superior o de la colectividad (Ej. Estado civil) o pactar un acuerdo arbitral donde se vulneren tales normas<sup>49</sup>. Tal exclusión se entiende *rationae materiae*.

La interrelación entre arbitrabilidad y control del laudo por motivos de orden público es uno de los aspectos de mayor interés en el Derecho actual del arbitraje, ya que cuanto más se extiende la arbitrabilidad de los litigios más se incrementa

el control sobre el contenido del laudo<sup>50</sup>; sin embargo, tal como acertadamente señala Perales V.<sup>51</sup>, el asunto no es tanto reconocer el orden público, sino el rol que jugará, en su caso, como criterio configurador de la arbitrabilidad, dado que el orden público no opera en todas las situaciones como fundamento de la inarbitrabilidad de las materias que pueden quedar sujetas a arbitraje, sino también como un límite para el poder decisorio de los árbitros, en el sentido que éstos se convierten en auténticos guardianes de aquél.

El concepto de orden público es, por su parte, extremadamente difícil de precisar, hecho que inevitablemente conlleva una serie de dificultades a la hora de delimitar el ámbito de aplicación material del arbitraje, por cuanto no existe precisión sobre las materias que forman parte de esta noción. De esta forma, serán los tribunales de justicia de cada país los que finalmente serán los llamados a precisar el alcance de esta noción<sup>52</sup>.

Por otra parte, se ha puesto en entredicho cuándo el orden público interno o doméstico de un país determinado, puede convertirse en una limitante de un arbitraje internacional. Para ello se debe considerar que la noción de orden público presenta carácter mutable en el tiempo y varía de un país a otro, dependiendo - entre otros factores- del entorno social, económico, religioso o cultural<sup>53</sup>, entonces interesa determinar en qué medida éste último podrá comportar un efecto derogatorio de las normas establecidas para el arbitraje interno, lo que obliga a plantear la función del orden público respecto del arbitraje internacional.

Lo anterior importa plantearse la posibilidad de construir un concepto internacional o supralocal de orden público, que trascienda las nociones particulares de cada país para centrarse en aquellos valores o estándares que sean comunes y compartidos por la comunidad internacional y que ello además sea acotado. En otras palabras, se trata de que el orden público sólo intervenga en la medida que sea necesario salvaguardar las concepciones del foro, cumpliendo, por tanto, una función positiva que contribuye a la creación de reglas de naturaleza material directamente aplicables a la relación jurídica que se establece en forma distinta al orden público interno<sup>54</sup>. Visto de esta forma, el orden público internacional sería más restringido que el local ya que sólo afectaría a aquellas violaciones, normas o principios legales fundamentales del derecho del país donde se busca la ejecución del fallo<sup>55</sup>.

En este sentido, se ha afirmado que frente al reconocimiento del laudo internacional, los tribunales locales debieran aplicar este orden público más restringido y no el orden público interno, que terminaría por sepultar la institución arbitral<sup>56</sup>.

### **III. De la arbitrabilidad en Chile.**

## 1. Revisión de la historia legislativa:

Analizada la historia legislativa a nivel general, corresponde ahora revisar el proceso particular en Chile, con el objeto de dimensionar la evolución en ambos casos.

Pues bien, en nuestro país la institución del arbitraje viene gestándose desde el año 1811 cuando, recién declarada la Independencia Nacional, el Congreso decidió solicitar al Tribunal Supremo que reglamentara la Constitución de los Tribunales de Arbitraje; sin embargo, estos tribunales tenían entonces una connotación muy distinta a la que hoy en día tiene. Concretamente se trataba de 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 colonial<sup>57</sup>.

La idea era encargar al Tribunal de Justicia y de Apelaciones la formación de un proyecto de ordenanza para establecer en el país estos tribunales de arbitraje o "juzgados de paz". La petición, se fundamentó en el hecho que era excesivo el número y duración de los litigios, y esta era una de las causas que más influyen en el atraso y descontento general. El objetivo de estos tribunales consistía, entonces, en *"cortar o componer las desavenencias antes de que comparezcan ante los jueces interesados"*<sup>58</sup>, razonamiento del cual se desprende que el instituto del arbitraje se equiparaba al de la conciliación. No obstante, no existió mayor preocupación por delimitar el tema de la arbitrabilidad objetiva.

La Constitución Política de 1822 persiguió idéntico objetivo al establecer los jueces de paz, encargados de conciliar y componer a los litigantes. Así, el Capítulo Tercero de la Carta en comento instituyó: "Los Jueces de Paz" y su artículo 190 establecía: *"Será su instituto conciliar y componer a los litigantes y no pudiéndolo conseguir, procurarán se comprometan en hombres buenos, nunca decidirán definitivamente y suscribirán con las partes el resultado de la conferencia"*. Si bien, tampoco se indicaban las materias susceptibles de ser arbitradas, el artículo 195 exceptuaba de estos juicios a las acciones fiscales, las criminales graves, los menores, los ausentes, las de retracto y cuando se tema la fuga de un deudor.

En la Constitución de 1823 se suprimen estos jueces de paz, pero se crea una institución similar a ésta en el Título XV con la nomenclatura de "Jueces de Conciliación". Al efecto, el artículo 167 hacía obligatoria esta institución al disponer que: *"Ninguno puede presentarse a los tribunales ordinarios con demanda judicial, sin haber ocurrido a los de conciliación"*, el siguiente artículo señalaba: *"Debe llamarse a conciliación toda demanda civil y las criminales que admitan transacción, sin perjuicio de la causa pública. Pueden llamarse también las eclesiásticas sobre bienes personales y acciones civiles"*. Por último, el artículo 172 exceptuaba de estos juicios a las acciones fiscales. Asimismo, en el numeral 8º del artículo 149, 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*"<sup>59</sup>, más no se señalan cuáles son estos "negocios".

Se observa como el arbitraje se ligaba a un acuerdo o conciliación previa que evitaba acudir a los tribunales ordinarios. En tal sentido, sus orígenes se distancian de lo que hoy en día concierne a la institución objeto de análisis.

Pese a lo anterior, la misma Carta Política comenzó a tratar una institución muy cercana a la institución arbitral actual pero en otro articulado. Se trata de los llamados "juicios prácticos", instituidos en su título XVI. Así el artículo 176 de esta normativa disponía: *"Cuando se disputen deslindes, direcciones, localidades, giros de aguas, internaciones, pertenencias de minas y demás objetos que esencialmente exigen conocimientos locales, se procederá por jueces que conozcan el objeto disputado y resuelvan prontamente..."*. Seguidamente el artículo 176 señalaba: *"Estos jueces deben ser 1 o 2 personas que nombren a su satisfacción las mismas partes ante el juez conciliador o un tribunal ordinario a lo que serán necesariamente compelidas en un término perentorio"*. El Artículo 178, por su parte, prescribía: *"Si se nombran como arbitradores, su sentencia es inapelable. Si proceden ordinariamente, se verificará la apelación ante uno o dos jueces nombrados de la misma forma"*. *"Ellos harán cumplir su sentencia auxiliados por el jefe político"*.

De la lectura de esta última normativa se desprenden varias cuestiones: 1. Las materias que podían someterse a este tipo de juicios, se encontraban perfectamente delimitadas, y decían relación con conflictos jurídicos de índole patrimonial; 2. Los jueces debían tener cierta experticia sobre los temas en conflictos. De hecho, la razón de estos juicios era precisamente que los especialistas en la materia resolvieran las controversias; y 3. Su nombramiento, facultades de fallar, procedimiento de apelación y cumplimiento del fallo se estableció de una forma muy similar a la que hoy en día se conoce.

La Constitución de 1928 continúa con la figura de "los juzgados de paz" y olvida en su articulado a estos "juicios prácticos". Al efecto, el artículo 100 señalaba: *"Habrá juzgados de paz para conciliar los pleitos en la forma que designe una ley especial"*. Por su parte, el artículo siguiente expresaba: *"En cada provincia habrá uno o más jueces de 1º instancia para conocer de las causas civiles y criminales que en ella se susciten cuyo ministerio será ejercido por letrados según el modo que designe una ley particular"*.

Finalmente, fue la ley de Organización y Atribuciones de 1875, el primer texto que reglamentó el arbitraje y su ámbito de aplicación material, normas que fueron refundidas en un solo texto, promulgándose el Código Orgánico de Tribunales en 1943<sup>60</sup>. El Código de Procedimiento Civil, por su parte, promulgado en 1902, trató el **"Juicio arbitral"** en el título VIII de lo Libro III.

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<sup>61</sup>.

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 interpretaciones legales o contractuales denominadas "juicios de mera declaración de certeza" y reconocer plena validez al arbitraje institucional<sup>62</sup>.

En su oportunidad, se criticó este proyecto<sup>63</sup>, 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 otras<sup>64</sup>. Finalmente, este ideal de ley nunca llegó a concretarse<sup>65</sup>.

En el año 2003, se presentó<sup>66</sup> al Congreso Nacional un nuevo proyecto de ley<sup>67</sup> con un objeto más ambicioso que el anterior: regular el arbitraje comercial internacional. El texto legal presentado, copiaba en forma íntegra<sup>68</sup> la ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional<sup>69</sup> 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 recomendado a todas las naciones<sup>70</sup>.



El proyecto en comento, se mantuvo prácticamente inalterado durante su discusión parlamentaria, publicándose como ley de la República con el N° 19.971 con fecha 29 de septiembre del año 2004; no obstante, tal normativa dejó subsistente toda la legislación interna conviviendo ambas en la actualidad.

## 2. Revisión de la normativa actual:

De los antecedentes analizados, se deduce que en la actualidad nuestro sistema normativo arbitral puede verse desde una doble óptica: desde el plano interno y desde el plano internacional. El primero se compone de disposiciones establecidas en el COT y en el CPC, además de algunas normas aisladas sobre esta materia<sup>71</sup>; y, el segundo, en cambio, se contiene de una serie de Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Chile<sup>72</sup> y una nueva ley sobre arbitraje comercial internacional.

Ahora bien, al revisar el contenido de la arbitrabilidad en nuestro Derecho<sup>73</sup> se encuentran igualmente dos realidades. En el caso de nuestro derecho doméstico, el COT \_referente obligado a la hora de hablar de arbitrabilidad- se pronuncia sobre este tema planteando tres escenarios posibles: de arbitraje forzoso<sup>74</sup>, prohibido<sup>75</sup> y voluntario, señalando expresamente el elenco que forma parte de los dos primeros ámbitos (forzoso y prohibido), cuestión que no ocurre en el último caso.

En efecto, ni la normativa en estudio, ni ninguna otra, establece un catálogo de materias arbitrables, ni aún un criterio expreso que permita dilucidar cuáles materias pueden arbitrarse a diferencia de lo que ocurre en buena parte de Derecho comparado<sup>76</sup>.

No obstante ello, es posible abstraer, a partir de lo dispuesto en el art. 228 del COT que prescribe: *"Fuera de los casos expresados en el artículo precedente \_de arbitraje forzoso-, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial"*, el principio de libre disposición por las partes, en el que debe primar por regla general su autonomía, a menos que se encuentre limitada por razones de forzamiento o prohibición<sup>77-78</sup>.

El forzamiento de esta institución no está exento de críticas, toda vez que no se condice con el pilar básico de autonomía de la voluntad que inspira la institución arbitral y, a su vez, algunas de las materias señaladas como de arbitraje prohibido son cuestionables toda vez que no se explica razonablemente la razón de seguir incluyendo algunas de estas materias dentro de este articulado<sup>79</sup>.

El estudio de la normativa en cita permite concluir que el ámbito material de aplicación del arbitraje en el campo interno es más bien genérico, ya que no se

encuentra dirigido a la regulación de una sola materia; arcaico, toda vez que la institución arbitral moderna no fuerza el arbitraje bajo ninguna circunstancia, sino que privilegia la autonomía de las partes; y un tanto difuso, en tanto no se señala ningún criterio que permita determinar las materias que pueden someterse a arbitraje.

En el campo internacional el escenario cambia diametralmente, toda vez que el legislador plantea el principio de la especialidad al dirigir este ámbito de aplicación sólo a las materias "comerciales". Es más, la ley chilena de arbitraje comercial internacional da un concepto amplio en cuanto a lo que se debe entender por "comercial"<sup>80-81</sup>, el cual difiere de la noción de comercio contenida en el derecho interno nacional que es bastante más acotada. A su vez, esta normativa abandona el tratamiento del arbitraje forzoso, le basta con señalar que serán las partes voluntariamente las que deberán someter un asunto a arbitraje cuando este sea de carácter comercial. Por su parte, si bien no menciona la ley qué materias resultan inarbitrables, se remite \_ al momento de brindar motivos para impugnar y/o denegar el laudo arbitral- a la ley interna<sup>82</sup>, razón por la que esta legislación permite declarar como inarbitrables las mismas materias que en el derecho chileno gozan de tal carácter.

#### **IV. Contextualización de nuestra realidad legislativa en torno a la arbitrabilidad dentro del marco del Derecho comparado.**

Se analizarán a continuación, los temas más relevantes respecto del posicionamiento de Chile en relación al tema de la arbitrabilidad en el Derecho comparado, tanto en el plano legislativo, como dogmático.

##### **1. En cuanto a la historia legislativa:**

Del desarrollo histórico de la arbitrabilidad se deduce que no ha existido una coherencia en torno a las materias que pueden o no someterse a arbitraje. De hecho, queda la sensación de que fueron inspiraciones políticas las que han plasmado su sello a la hora de delimitar este escenario, en cuanto a la mayor o menor confianza que esta institución presta en un momento histórico determinado, dado que estas materias no se encontraban vinculadas necesariamente a la libertad de las partes o su autonomía, sino más bien a una política descongestionante, un retroceso en la justicia ordinaria, o una mayor o menor desconfianza en la institución.

No obstante ello, si hubiera que definir los criterios que mayormente se han utilizado a la hora de delimitar el ámbito de aplicación material del arbitraje habría que decir que éstos se centran en las materias de cierta índole económica o patrimonial, que se entendía formaba parte de los intereses privados de las partes; asimismo, se encontraban excluidas materias que requerían del poder de imperio de un tribunal y aquellas donde existía un predominante interés del orden



público, tales como los delitos.

El proceso histórico en Chile muestra en cambio que el arbitraje se encontraba muy emparentado a otro tipo de institutos, como es la conciliación, y no a lo que hoy en día se conoce como tal. Dentro de este contexto, las materias que se permitían "arbitrar" estaban generalmente ligadas con aspectos patrimoniales; en cambio, las que no podían serlo, se encontraban unidas a los intereses generales de la población, siguiendo, por tanto, un criterio más o menos a fin con la historia general de la institución.

En todo caso, es innegable la tradición de la institución arbitral en el plano internacional, cuestión que no ocurre en el escenario histórico de Chile. En efecto, la historia del arbitraje en Chile si bien no es breve en términos temporales, si lo es en cuanto a su discusión, toda vez que pareciera no haber existido gran interés por perfeccionarla. Lo anterior, se aprecia en el hecho que todavía rigen Códigos decimonómicos y carentes de toda reforma, que aún contemplan el forzamiento del arbitraje, en circunstancias que su principio ordenador fundamental e indiscutido es la "autonomía de la voluntad".

Nuestro legislador ha efectuado dos intentos por modificar esta institución, teniendo éxito en el último caso al dictar la Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional; sin embargo, tal importante avance se ve empañado al contemplar la supervivencia de la restante legislación arbitral ya caduca. En otras palabras, tal esfuerzo debiera haberse orientado no sólo a la cobertura de la institución arbitral en el plano internacional, sino que en su totalidad.

Criterios:

Lo primero que se observa es una profunda asimetría entre la arbitrabilidad interna y la internacional.

En efecto, la nueva ley de arbitraje internacional chilena (19.971) proporciona un único criterio delimitador de la arbitrabilidad "la comercialidad", definiendo, para estos efectos, concretamente su significancia. La razón de ello obedece a que esta norma es el fiel reflejo de la Ley Modelo UNCITRAL, cuyo campo de aplicación material es precisamente éste, la "mercantilidad". No obstante, parece que aún con dicho fundamento no se vislumbran razones que permitan acotar dicho campo de acción sólo a estas materias. En tal sentido, parece destacable lo realizado por el legislador español, el que si bien se inspiró en la Ley Modelo, no centró la arbitrabilidad sólo en las cuestiones mercantiles, sino que en un campo más amplio<sup>83</sup>.

Ahora bien, si la mirada se centra en el escenario legislativo interno se aprecia que no existen criterios delimitadores a diferencia de lo que ocurre en Derecho comparado. En efecto, el legislador se limita a catastrar las materias que no

pueden someterse a arbitraje y aquellas que deben serlo forzosamente pero, como se señaló, tales elencos son cuestionables desde varios puntos de vista. La carencia sobre estos criterios emerge con más fuerza al hablar de las materias de arbitraje voluntario, toda vez que a este respecto no existe pronunciamiento expreso del legislador, quedando esta esfera relegada por completo a la interpretación normativa que se puede realizar para estos efectos a la luz de lo señalado en el Art. 228 COT., lo que dificulta una correcta delimitación de estas materias.

Por consiguiente, los esfuerzos en esta materia deben orientarse en dos dimensiones: modernizar la legislación interna sobre arbitraje y uniformar ambos escenarios (interno e internacional) en base a criterios delimitadores claros.

### 3. Arbitrabilidad y orden público:

La nueva ley de arbitraje N° 19.971, siguiendo a la Ley Modelo, estableció en su Art. 34 la posibilidad de anular el laudo cuando este fuere contrario al orden público de Chile, norma que se reproduce en el Art. 36 al hablar de los motivos para denegar la ejecución de laudo. De esta forma, la noción de "orden público chileno" se convierte en una importante limitación del arbitraje comercial internacional.

Lo complejo de este asunto, tal como se señaló es que esta noción es difícil de precisar<sup>84</sup>, hecho que inevitablemente conlleva una serie de dificultades a la hora de delimitar el ámbito de aplicación material del arbitraje, por cuanto no existe certeza sobre las materias que forman parte de ésta<sup>85</sup>.

Por lo anterior, debiera seguirse la tendencia doctrinal<sup>86</sup> y legislativa<sup>87</sup> en torno a acotar la noción de orden público a la realidad "internacional" y no a la local del país en que se pretende ejecutar el fallo, en este caso Chile.

Otro tanto, debe ocurrir con la determinación del rol que jugará el orden público como criterio configurador de la arbitrabilidad, dado que tal como se señaló el orden público no opera en todas las situaciones como fundamento de la inarbitrabilidad de las materias que pueden quedar sujetas a arbitraje<sup>88</sup>.

En ambos casos, debiera orientarse a los tribunales ordinarios, específicamente Cortes de Apelaciones que son las llamadas a conocer y pronunciarse sobre estos asuntos, con el objeto de que utilicen criterios restrictivos en torno a lo que ha de considerarse como "orden público" y su correcta función delimitadora.

En cuanto a las materias sensibles de ser arbitradas:

Este es, uno de los tópicos más relevantes a la hora de hablar de la arbitrabilidad

en nuestros días, toda vez que existen una serie de materias que son inarbitrables en algunas legislaciones y en otras en cambio son perfectamente arbitrables, provocando un desfase que en definitiva afecta la eficacia de la institución arbitral si se considera que esta es una de las causales para denegar su ejecución y/o solicitar su nulidad.

Si bien, nuestro legislador interno ha declarado un elenco de materias inarbitrables con motivo de su prohibición, no es menos cierto que la noción de inarbitrabilidad puede aumentar notablemente si a ella se adicionan todas aquellas disposiciones de carácter imperativo cuya vulneración provoca la contrariedad al orden público por afectar intereses de este tipo.

En efecto, para el legislador chileno algunas materias podrían considerarse inarbitrables por haber sido relegadas o concentradas en forma imperativa en manos de una autoridad judicial o administrativa especializada, o bien, por haber concentrado su conocimiento en manos de un único tribunal, es decir, por exclusiones de competencia absoluta que, como se sabe, miran al interés público<sup>89</sup>.

Este trabajo no aspira a hacerse cargo de cada una de estas materias, sin embargo, basta con señalar que la noción de inarbitrabilidad por razones de competencia absoluta a lo menos genera dudas en nuestra jurisprudencia. Así, por ejemplo, es dable citar un caso sobre las materias de libre competencia<sup>90</sup> donde se ha fallado que: *"Las normas contenidas en el DL N° 211, de 1973, sobre libre competencia, son de orden público, tienen rango constitucional, en virtud del DL N° 788, de 1974 y, por tanto, son irrenunciables. La Comisión Resolutiva es el único Tribunal que tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de asuntos que puedan afectar dicha libre competencia...es objetable la cláusula de arbitraje que en un contrato de concesiones de consignación y de servicio técnico autorizado suprime el recurso de queja y entrega a la voluntad de una sola de las partes recurrir, a su arbitrio, al árbitro designado o a la justicia ordinaria, ya que disposiciones semejantes atentan contra las normas sobre libre competencia, cuya tutela corresponde a los Organismos Antimonopolios"*<sup>91</sup>.

Como se puede apreciar, la discusión al respecto, pasa por despejar algunas variables, por ejemplo, si las normas que establecen la especialidad de un tribunal, implican necesariamente la exclusividad y la exclusión de otros órdenes como el arbitral, toda vez que para algunos autores, sólo de esta última forma podría entenderse la inarbitrabilidad<sup>92</sup>.

Ahora bien, si se considera que la tendencia doctrinal apunta a la ampliación de la esfera de la arbitrabilidad en el entendido que el hecho que determina la arbitrabilidad de un tema no debiera depender del reparto de competencias que realiza un Estado, sino que de la viabilidad del procedimiento arbitral para

proporcionar a las partes una tutela de sus derechos e intereses, entonces es dable cuestionar si estas razones son suficientes para negar la arbitrabilidad de un asunto. En otras palabras, se deben despejar las motivaciones que se fundan, en muchos casos, sólo en el temor de llevar ciertas temáticas a una justicia "privada", toda vez que si lo que se pretende es que no se cometan abusos lo que debiera hacerse es reforzar el control de la arbitrabilidad, más no negar su campo de acción.

## **CONCLUSIONES.**

1. Uno de los temas interesantes que plantea el estudio de la institución arbitral en la actualidad lo constituye su ámbito de aplicación material o de la arbitrabilidad objetiva, que intenta responder la pregunta qué puede someterse a arbitraje, materia que carece de consensos en sede internacional, tanto en el plano dogmático como legislativo.
2. La importancia que se ha atribuido a la delimitación de la arbitrabilidad dice relación con la eficacia de la institución, por cuanto si una materia no es arbitrable, se franquean una serie de medios para que la parte interesada pueda anular el convenio arbitral o el laudo. En el escenario internacional, tal misión es doble por cuanto no sólo importa dilucidar la arbitrabilidad de la normativa por la cual se rigen las partes al momento de celebrar su acuerdo arbitral, sino que también aquella por la cual se va a hacer exigible el laudo, las que no siempre serán coincidentes, provocándose en muchos casos la nulidad del laudo y/o convenio por la inarbitrabilidad del litigio.
3. De esta forma, responder la pregunta de qué materias pueden o no arbitrarse en Chile se vuelve verdaderamente relevante en estos días, si consideramos que Chile intenta abrirse a la institución arbitral. Para ello, fue preciso previamente revisar ciertos aspectos de esta temática, con el objeto de centrar en ellas el presente estudio. Las áreas elegidas para tales efectos fueron: aspectos históricos de la arbitrabilidad, realidad legislativa actual en Derecho comparado y modernas tendencias doctrinales.
4. Pues bien, sobre el primer punto se pudo apreciar que la falta de acuerdos que existe hoy en día sobre la arbitrabilidad tiene sus orígenes en los inicios de la institución arbitral, dado que del estudio del desarrollo histórico de esta noción se colige que no ha existido una coherencia ni uniformidad en torno a las materias que pueden o no someterse a arbitraje. De hecho, han sido inspiraciones más bien políticas las que han plasmado su sello a la hora de delimitar este escenario, en cuanto a la mayor o menor confianza que esta institución presta en un momento histórico determinado. Chile no ha

sido la excepción en esta tradición, muy por el contrario, es posible observar mayores obstáculos en la delimitación de la arbitrabilidad, y más aún en la comprensión de la institución íntegra del arbitraje.

Con todo es posible observar ciertos criterios que se han mantenido, más o menos uniformes, en el transcurso del tiempo y que dicen relación con los aspectos económicos y patrimoniales de las materias que pueden arbitrarse. A *contrario sensu*, se ha negado históricamente la utilización del recurso arbitral a aquellas materias vinculadas a los intereses generales o públicos.

5. En cuanto a la realidad legislativa en Derecho comparado, es posible distinguir dos escenarios completamente distintos. Así, en los sistemas jurídicos europeo-continentales de raíz latina o germánica, el legislador determina las categorías de litigios que escapan al arbitraje, recurriendo a ciertas fórmulas generales y estereotipadas; mientras que en los países del *common law* es la jurisprudencia la que, caso por caso, perfila las categorías jurídicas del arreglo arbitral.

Para ubicar la situación legislativa de la arbitrabilidad en Chile se debe forzosamente distinguir entre derecho interno e internacional. El primero de ellos presenta un ámbito de aplicación material genérico, ya que no se encuentra dirigido a la regulación de una sola materia; arcaico, toda vez que la institución arbitral moderna no fuerza el arbitraje bajo ninguna circunstancia, sino que privilegia la autonomía de las partes; y difuso, en tanto no se señala ningún criterio que nos permita determinar las materias que pueden someterse a arbitraje. El internacional, en cambio, es específico y no permite el forzamiento de la institución; no obstante, cuando alude a las limitaciones del arbitraje se remite a las materias que no pueden arbitrarse en el Derecho chileno en su conjunto, razón por la que los recursos que impiden el arbitraje en esta escenario son los mismos que lo hacen respecto del Derecho interno.

6. Por último, en lo que dice relación con las tendencias doctrinales internacionales es dable distinguir dos puntos. El primero dice relación con acotar la noción de orden público a la realidad internacional y no a la local de un país determinado, con el objeto de que esta herramienta no perjudique la institución arbitral internacional. El segundo, consiste en ampliar paulatinamente el recurso arbitral incluso a las materias sensibles o que en principio no pueden arbitrarse por afectar intereses públicos o de terceros.

Pues bien, al respecto, la normativa chilena, específicamente la nueva ley de arbitraje, contempla la noción de "*contrariedad al orden público*

*chileno*" como un límite de la institución arbitral que permite la nulidad o denegación del laudo, razón por la que se hace necesario restringir esta noción, a lo menos, jurisprudencialmente.

En el segundo caso, si bien el único elenco de inarbitrabilidad expreso en la legislación chilena dice relación con normas prohibitivas (Arts. 229 y 230 COT), es posible que éste aumente al considerar la existencia de ciertas normas de carácter imperativo que protege el orden público, tales como, las normas sobre competencia absoluta, razón por la que es aconsejable dilucidar este punto y determinar en qué casos concretos es posible declarar tal inarbitrabilidad mirando más la utilidad de la institución arbitral que la desconfianza que despierta una "jurisdicción privada".

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### 1. Monografías:

- Artuch Iriberry, Elena. "El Convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional". Madrid, Eurolex, 1997.
- Avilés Hernández, Víctor. "Orden público económico y derecho penal", Ed. Jurídica Conosur Ltda. 1998.
- Aylwin Azocar, Patricio. "El juicio arbitral", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953.
- Aylwin Azocar, Patricio. "El juicio arbitral", 5º Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- Briceño Sierra. Humberto. "El arbitraje comercial. Doctrina y legislación". Editorial Limusa Noriega Editores, México, 1999.
- Calvo Caravanca, Alfonso y Fernández de la Gándara, Luis. "El arbitraje comercial internacional", Editorial Tecnos, Madrid, 1989.
- Chillón Medina, José y Merino Marchán, José. "Tratado de arbitraje privado interno e internacional", Editorial Civitas, Madrid, 1991.
- Claro Solar, Luis. "Explicaciones de derecho civil chileno y comparado", Ed. Jurídica de Chile, Tomo XI, p. 285.
- Cuarteto Rubio, Mª Victoria. "El recurso de apelación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional", Madrid, Eurolex, S.L. 1997.

- De Castro. "El negocio jurídico". IEJ, Madrid, 1967.
- Díez Picazo, Luis. "Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Tomos I y II, Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- "Sistema de derecho civil". Vol II, Sexta edición, Madrid, Tecnos, 1989.
- Ducci Claro, Carlos. "Derecho civil, parte general". 3ª edición, Ed. Jurídica de Chile.
- Eyzaguirre Echeverría, Rafael. "El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional", Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1981.
- Feldstein de Cárdenas, Sara. "Contratos internacionales". Abeledo \_ Perrot, Buenos Aires, 1995.
- Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto. "Curso de derecho internacional privado". Tercera edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996.
- Figueroa Hernández, Dante. "Impugnabilidad en Chile de las decisiones arbitrales internacionales", Santiago de Chile, Editorial Jurídica La Ley, 2001.
- Gaspar Lera, Silvia. "El ámbito de aplicación del arbitraje". Editorial Arazandi, 1998.
- Gasteis, Victoria. "Cursos de Derecho Internacional", Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, 1996.
- Monsálvez Muller, Aldo. "Reconocimiento y ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras", Santiago de Chile, 2º Edición actualizada, Editorial Consosur Ltda..., 2000.
- Monsálvez Muller, Aldo. "Reconocimiento y ejecución en Chile de Sentencias extranjeras". 2º Edición, Ed. Jurídica Conosur Ltda., 2000.
- Montero Aroca. J; Ortells Ramos; Cordón Moreno. F; Monton Redondo. A; Espulgues Mota. C; Barona Villar. S; Mascarell Navarro. Mª. "Comentario breve a la ley de arbitraje, Madrid", Ed. Civitas. 1990.
- Pucci, Adriana. "Arbitraje en los países del MERCOSUR", Buenos Aires, AD-Hoc, 1997.

- Santos Vijande, Jesús M<sup>a</sup>, "Declinatoria y declinatoria internacional, tratamiento procesal de la competencia internacional", Madrid, Ed. Ramón Areces, 1991.
- Uzal, M<sup>a</sup> Elisa. "solución de controversias en el comercio internacional", Ed. Ad-hoc, Buenos Aires, 1992.
- Vodanovic H, Antonio. "Manual de Derecho Civil", Tomo I, ED. Lexis Nexis, 2003.

## 2. Artículos de revistas:

- Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Vol. XV, 1984.
- Bouza Vidal, Nuria. "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral". Revista española de Derecho Internacional, Vol N° 52 (N°2), Julio-Diciembre 2000.
- Biggs, Gonzalo. "Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales". Rev. CEPAL, Santiago, N° 80, 2003.
- -----"El proceso hacia el arbitraje comercial internacional en Chile". Ponencias del Seminario Arbitral Internacional Amcham 29-30 Julio de 1998, American Arbitration Association, Nueva York, 1999.
- Calvo Caravaca, Alfonso. "Nuevas Perspectivas del Arbitraje Comercial Internacional en España", en Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz, Servicio editorial Universidad del país Vasco, 1988.
- Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Anuario. Vol. XXX, 1999, Naciones Unidas, Nueva York, 2001.
- Feldstein de Cárdenas, Sara. "Arbitraje e insolvencia ¿una pareja divorciada?", Revista Chabanex & Asociados Abogados. 21 de Mayo de 2001.
- Mantilla Serrano, Fernando. "La nueva ley española de arbitraje". Foro de Derecho Mercantil. Revista internacional N° 3, Bogotá, Abril-junio 2004.
- Mier Barros. Patricia. "Las materias susceptibles de arbitramento". Rev. de Derecho Público, ediciones Uniandes, Bogotá, 2000.
- Ovalle Faúndez, Ana Inés. "El arbitraje por compromiso en el Derecho Romano". Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVII, 1996.
- Perales Viscasilla, María. "Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad



mercantil: insolvencia y contrato de agencia". Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil, Legis, 2005.

- Romero Seguel, Alejandro. "Nociones generales sobre justicia arbitral". Revista Chilena de Derecho, Vol. 26 N° 2, 1999.

-----"Algunas notas críticas al proyecto de ley sobre modificación del arbitraje", documento de trabajo N° 17, Universidad de Los Andes, 1998

- Sandoval López, Ricardo. "Arbitraje comercial internacional". Revista de Derecho, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, N° 206, Año LXVII, 1999.

### 3.- Otros:

- Revista de Derecho y Jurisprudencia chilena.

---

<sup>2</sup> Los distintos ordenamientos son coincidentes en considerar que ciertos litigios no pueden ser resueltos acudiendo al arbitraje, pero difieren en cuanto a la determinación concreta de las materias arbitrables. Lo anterior es fácilmente comprensible si se piensa que la cuestión de la arbitrabilidad del litigio está directamente emparentada con la concepción de orden público de cada Estado y con la necesidad de salvaguardar las disposiciones imperativas. Chillón Medina, José y Merino Merchán, José. **Tratado de arbitraje privado interno e internacional**. Ed. Civitas S.A., Madrid, 1991, p. 648.

<sup>3</sup> Cfr. Perales Viscosillas, M<sup>a</sup>. "Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil. Insolvencia y contrato de agencia", en *Rev. Internacional Foro de Derecho Mercantil*, Legis, Colombia, N°5, p.8

<sup>4</sup> Cfr., Chillón Medina, José y Merino Marchant, José. Ob.cit., pp. 650-656.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Murga J.L. Derecho romano clásico II. El proceso. Tercera edición, Zaragoza, Publicaciones de la ciudad de Zaragoza, 1989, p. 271-291, citado por Gaspar Lera, Silvia. **El ámbito de aplicación del arbitraje**. Ed. Arazandi, Madrid, 1998, p. 27.

<sup>7</sup> En la etapa procesal de la *legis acciones* el proceso estaba dividido en dos fases perfectamente diferenciadas: una primera, *in iure*, que se seguía ante el magistrado investido de *iurisdictio o ius* y una segunda, *apud iudicem*, ante un juez o un árbitro elegido por las partes, encargado de la *iudicatio o iudicium*. El

proceso se iniciaba ante el Pretor, dotado de *iurisdictio*, quien mediante una serie de actos solemnes y en presencia de testigos decidía si el actor podía o no actuar, demandando en el supuesto concreto que planteaba y, posteriormente, el pretor otorgaba bien a un *iudex*, bien a un *arbiter*, el mandato de juzgar. La misión de éstos suponía una actuación libre no sometida a ningún tipo de limitación, solamente debían comprobar el cumplimiento exacto de la fórmula por parte de los litigantes y, dentro de ese marco, quedaban sujetos únicamente a las reglas de la moral, el honor y la buena fama. Ibid., p. 29.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> La designación de un tercero con un fin distinto al de la resolución de una verdadera controversia \_aún cuando a ese tercero se le denominara arbiter- no era sino un "arbitramiento". Ibid. p. 30.

<sup>10</sup> Ibid, pp. 34-35.

<sup>11</sup> En el mismo sentido se pronuncia Menthón, *Le role l'arbitrage dans l'evolution judicature*, Paris, 1926, p. 127, citado por Chillón y Merino, Ob. cit., p. 47.

<sup>12</sup> En el derecho medieval será en el Fuero Juzgo donde aparecerá una regulación vertebrada sobre el arbitraje, ya que ni el Brevario de Alarico, ni el *Liber Iudiciorum* presentan una regulación específica sobre la institución. Entre ambos, va a existir una marcada diferencia; así, si el arbitraje en el "Brevario" tiene rasgos jurídico-privados; en el *Liber* se inicia la tradición judicialista del arbitraje como regla general y que considera al árbitro como una especie de juez. En el Fuero Real se mantiene esa tendencia y además se pretende dar al arbitraje el carácter de procedimiento general, al regularse el oficio de lo alcaldes. Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem.

<sup>14</sup> Ibid. pp. 36-37.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> En efecto, la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805, nada señalan al respecto, sin embargo, establecieron el principio general de apelabilidad de la sentencia arbitral, admitiéndola salvo cuando las partes hubieren pactado lo contrario expresamente. Ibid. 39.

<sup>17</sup> La Asamblea Constituyente lo declara en el año 1790 como, "el medio más razonable de terminar los litigios de los ciudadanos" y lo eleva a la categoría de principio constitucional, estableciendo que: "El derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje no puede sufrir

restricción alguna por el Poder Legislativo". La convención nacional reafirma estos principios. Numerosas leyes establecen el arbitraje forzado para ciertos litigios y hasta se pretende imponerlo como la única forma de justicia civil, sin embargo, prontamente se produjo la derogación de estos arbitrajes forzosos, excepto en cuanto la Ordenanza de 1673, relativa a dificultades entre los socios comerciantes. Aylwin Azocar, Patricio. **El juicio arbitral**. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1953, p.74.

<sup>18</sup> Ya en 1978, en un Coloquio Celebrado en Bruselas bajo los auspicios de la CEPANI (Centro Belga para la práctica y estudio del arbitraje nacional e internacional), se afirmaba que la arbitrabilidad era el problema más irritante del arbitraje tanto interno como internacional, dado que los Convenios internacionales no habían logrado en este punto una unificación ni la liberalización y cada sistema jurídico nacional determinaba unilateralmente el ámbito del arbitraje en función de consideraciones contingentes o criterios muy generales. Casi veinte años más tarde, la revista inglesa Arbitration Internacional dedicaba su N° 4 de 1996 a la arbitrabilidad y A. Kirry iniciaba su contribución **con** "Arbitrability: Current trenes in Europa" señalando que el debate en torno a esta situación cada vez estaba más de moda. Bouza Vidal, Nuria. 2000. "La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral". *Revista española de Derecho Internacional*, Vol N° 52 (N°2), p. 374.

<sup>19</sup> De hecho, la diferenciación entre lo que comprende la inarbitrabilidad y el orden público no es nada fácil, confusión que tendría sus cimientos en el carácter omnicompreensivo del orden público que integra soluciones sobre materias cuya arbitrabilidad es discutible. Fernández Rozas, Jose Carlos. **Comentarios a la ley de arbitraje**. Ed. Tecnos. Madrid, 1991, p. 840.

<sup>20</sup> Cfr. Calvo Caravaca, Alfonso y Fernández de la Gándara, Luis. **El arbitraje comercial internacional**, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, pp. 81-82.

<sup>21</sup> A ella se debe añadir otras dos disposiciones que aumentan considerablemente el ámbito de la arbitrabilidad para el arbitraje internacional: a) El Art. 2.2. que señala que ni los Estados ni las entidades públicas pueden acudir a disposiciones de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones propias del arbitraje. Es decir, ni la falta de arbitrabilidad del litigio en su derecho interno, ni las prerrogativas que pueda justificar de acuerdo con ese derecho una renuncia o ineficacia del convenio arbitral tendrán efecto alguno para la competencia del tribunal arbitral internacional y b) Por otra parte, en virtud del Art. 9.6 la controversia es arbitrable si así lo reconocen las normas jurídicas escogidas por las partes para regular el convenio arbitral, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español. Es decir, bastará con que el asunto sea considerado como arbitraje por cualquiera de esas normas \_independientemente de que no lo sea por las otras- para que quede solventada la cuestión de la arbitrabilidad. Mantilla Serrano, Fernando. 2004. "La nueva ley española de arbitraje". Foro de Derecho

Mercantil. *Revista internacional* N° 3, Bogotá, Abril-junio, p.31.

<sup>22</sup> Vid: Art. 2059 del NCPC francés de 1981; Art. 1 de la Ley de arbitraje portuguesa; Art. 4.2 de la Ley de reforma del Derecho internacional privado italiano de 31-5-1995 y Art. 2.d de la Ley griega de arbitraje de 1999. Bouza, Nuria. Ob.cit., p. 372.

<sup>23</sup> Vid: Art. 1 de la Ley Sueca de 1999; Art. 1.676 del Código Judicial Belga y Art. 806 del CPC Italiano. Ibidem.

<sup>24</sup> La tendencia mayoritaria en la doctrina española considera que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia. Por lo tanto, los asuntos patrimoniales pueden ser objeto de arbitraje, pero no los relativos a las personas. Esto con la salvedad de que se trate de aspectos disponibles, tales como si la controversia afecta el régimen económico patrimonial. Perales Viscosillas, M. Ob. cit., p. 11.

<sup>25</sup> Bouza Vidal, N. Ob.cit., p. 372.

<sup>26</sup> Al respecto, recuerdo que la discusión se ha centrado básicamente en tres posiciones: a) los que sostienen una naturaleza jurisdiccional del arbitraje; b) los que le atribuyen una naturaleza contractual y c) los que creen que se trata de una naturaleza mixta. Los primeros arguyen que al ser el arbitraje un juicio, importa en consecuencia una especie de jurisdicción ya que involucra la existencia de un tribunal con facultad de juzgar un litigio. Para los segundos, en cambio, el origen de todo arbitraje se plantea en un acuerdo contractual, razón por la cual es éste el que impregna su naturaleza en el arbitraje entendiendo a este instituto como una forma extrajudicial y puramente convencional de terminar las dificultades de los particulares. La posición mixta agrupa ambas tendencias. Calvo Caravaca, Alfonso y Fernández de la Gándara, Luis. Ob.cit., pp. 19 y sgtes .

<sup>27</sup> Vid: documentos de UNCITRAL sobre "*Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional*", 1999. Nota de la Secretaría, sesión de Viena de 17 de Mayo a 04 de junio de 1999.

<sup>28</sup> Para esta doctrina, "sólo podrá versar el arbitramiento sobre cuestiones o derechos susceptibles de disposición por las partes, o como reiteradamente lo ha sostenido la legislación y la jurisprudencia, por personas que tengan capacidad de transigir, o dicho de otro modo, capacidad plena, porque sólo las cuestiones respecto de las cuales sea lícito o permitido transigir pueden ser sometidas a arbitraje". Mier Barros, Patricia. 2000. "Las materias susceptibles de arbitramiento". *Rev. de Derecho Público*, Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, U. de los Andes, Bogotá, Colombia, p. 4.

<sup>29</sup> El criterio de disponibilidad en terreno contractual tampoco es de fácil determinación. Es así que se ha optado por relacionar la libertad de disponer positivamente con la "patrimonialidad" y negativamente con el principio de "orden público" también de contenido variable e indeterminado, naciendo un círculo tautológico que nada aclara.

<sup>30</sup> *Cfr.* N. Bouza, *Ob.cit.*, pp. 375. Por su parte, E. Artuch plantea la distinción entre arbitrabilidad y materias reguladas por normas imperativas en **El Convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional**. Madrid, Eurolex, 1997, p. 185.

<sup>31</sup> *Cfr.* Bouza, *Ob.cit.*, pp. 375.

<sup>32</sup> Vid. Nota 26

<sup>33</sup> En este sentido N. Bouza afirma que: "El resultado al que conduce este enfoque basado en la doble naturaleza contractual y procesal del arbitraje no es satisfactorio por dos motivos fundamentalmente. Por un lado, el arbitraje aparece rígidamente enmarcado por exigencias derivadas de otros sectores del ordenamiento, en lugar de responder a exigencias derivadas de su naturaleza propia y específica. Por el otro, la práctica ha evolucionado en sentido contrario a los resultado restrictivos al que conduce este planteamiento, ampliando progresivamente las materias susceptibles de arbitraje". Bouza Vidal, Nuria. *Ob. cit*, pp. 372-373.

<sup>34</sup> Así por ejemplo, en España tanto la LADP como la LA. establecieron la "inarbitrabilidad", en vez de establecer un criterio específico de arbitrabilidad. La primera señaló como pauta determinate la pertenencia de la misma al sector del derecho privado, sin embargo, la segunda prescinde de dicho requisito por la dificultad de trazar una frontera entre lo público y privado y por que existen materias en derecho público sobre las cuales es perfectamente posible disponer. Luego, se estableció que son materias inarbitrables: las que siendo disponibles aparezcan inseparablemente unidas a unas indisponibles y las que resulten expresamente excluidas de este método heterocompositivo. Gaspar Lera. S. *Ob. cit.*, pp. 87-88.

<sup>35</sup> Desde esta perspectiva resulta llamativo observar que el desarrollo cuantitativo del arbitraje ha venido acompañado de su progresiva expansión a materias tales como: Derecho de la competencia, Derecho de sociedades, Derecho concursal, propiedad industrial, contratos celebrados por consumidores, contratos de trabajo, etc. Y tal expansión no ha empañado la confianza o el soporte que los poderes públicos prestan al arbitraje como lo muestran múltiples sentencias. Bouza., *Ob. cit.*, pp. 373-374

<sup>36</sup> En estos temas las distintas legislaciones varían según como sean ellos regulados en sus respectivas legislaciones. Por ejemplo en Alemania los temas

antimonopolio están expresamente prohibidas, salvo que el sometimiento a arbitraje deje a salvo la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios en cualquier momento.

<sup>37</sup> Feldstein agrega otras temáticas, tales como: cuestiones relacionadas con los recursos naturales, las inversiones extranjeras, oferta de título de valores, patentes, marcas, propiedad intelectual, transporte marítimo de mercaderías, derecho de la competencia y las quiebras. Feldstein de Cárdenas. Sara. 2001. "Arbitraje e insolvencia: ¿una pareja divorciada?", en *Rev. Chabaneix & Asociados, Abogados*.

<sup>38</sup> *Cfr.* Perales Viscasillas. "Algunos problemas en torno a la arbitrabilidad mercantil: insolvencia y contrato de agencia" en *Rev. Foro de Derecho Mercantil. Legis*, N° 5, 2004.

<sup>39</sup> Las distintas legislaciones varían según como sean ellos regulados en sus respectivas legislaciones. Por ejemplo en Alemania los temas antimonopolio están expresamente prohibidas, salvo que el sometimiento a arbitraje deje a salvo la posibilidad de recurrir a los tribunales ordinarios en cualquier momento.

<sup>40</sup> Por consiguiente, el test de la arbitrabilidad no es el de su compatibilidad con las normas de competencia judicial, sino el de la "fugibilidad o intercambiabilidad" del arbitraje con el proceso civil declarativo ordinario. Bouza Vidal. N. Ob.cit., pp. 378-379.

<sup>41</sup> En este sentido, Perales Viscasillas, M. plantea la realidad legislativa del contrato de agencia en España, señalando que si bien la ley 12/1992 sobre este contrato establece que "la competencia para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de agencia corresponderá al juez del domicilio del agente, siendo nulo cualquier pacto en contrario", no inhibe la competencia de un árbitro, ya que la competencia exclusiva del juez del domicilio del agente no supone la exclusión del arbitraje. Se trata de una competencia territorial, pero no objetiva, y por lo tanto, se puede afirmar que lo que se prohíbe es que se celebre un proceso en un lugar diferente al del domicilio del agente, pero no la exclusión del arbitraje. Perales, Ob.cit., pp. 17-18.

<sup>42</sup> Igualmente, Perales Viscasillas, M., comentando la situación de la ley concursal en España, ha señalado que la declaración de exclusividad contemplada en la Ley Orgánica 8/2003, no es suficiente para descartare la materia concursal del ámbito de la inarbitrable, sino que tal inarbitrabilidad deriva del efecto combinado de los artículos 8º y 52.1 de la LC, donde se priva expresamente de valor y efecto a los convenios arbitrales sobre esta materia. Perales, Ob.cit., p. 15.

<sup>43</sup> Un ejemplo en este sentido, lo constituye el fallo pronunciado en EEUU "*Mitsubishi Motors Cor. v/s Soler Chrysler-Plymouth*" (1985)

<sup>44</sup> A modo de ejemplo, cito a) la Stcia. N° 2811 CCI (1978) en que el tribunal arbitral resuelve un litigio planteado entre una sociedad italiana que alegó la resolución de un contrato de concesión entregado a una sociedad francesa. Tal contrato, confería a la sociedad concesionaria francesa el derecho exclusivo de venta de las alfombras fabricadas por la empresa italiana, resultando que ésta última, estimando que la empresa francesa no había cumplido a cabalidad sus obligaciones, demandaba ante el tribunal arbitral la resolución del contrato, por inejecución solicitando, además, la indemnización de daños. El árbitro estimó que era preciso verificar, previamente, la validez del contrato al tenor de lo dispuesto en el Art. 85 del Tratado de Roma, afirmado, luego, su competencia para conocer sobre la validez de un contrato a la luz del derecho europeo de la libre competencia; b) Stcia. N° 4606 CCI (1984), en que el tribunal arbitral (con sede en la ciudad de Génova) frente a una nulidad impetrada por una empresa americana, demandada por una italiana, por la inarbitrabilidad del litigio, resolvió que sólo por la aplicación del derecho Suizo debía juzgarse la arbitrabilidad del asunto, no obstante apuntar que el litigio era igualmente arbitrable a la luz del derecho italiano. Señala para ello, que el problema de la arbitrabilidad debe ser examinado a la luz del Concordato Internacional sobre Arbitraje, incluso si el derecho aplicables es una ley extranjera, ya que el Art. 1° del Concordato se aplica a todo procedimiento ante un tribunal arbitral que tenga su sede sobre el territorio de uno de los cantones de aquel, siendo éste el caso de la especie. El Art. 5° del Concordato Internacional sobre arbitraje regula la cuestión de la arbitrabilidad del litigio precisando que es arbitrable todo litigio que trate sobre derechos disponibles de las partes y se trate de una disposición de derecho material, es decir de una regla directa que entrega una solución inmediata al problema a diferencia de la regla de conflicto. El carácter material de la disposición se encuentra confirmado en el Mensaje del Consejo Federal que acompaña al proyecto de la Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado y este proyecto adopta precisamente la misma solución en lo que respecta al problema de la arbitrabilidad del litigio (Art. 170: "es arbitrable toda causa que sea de naturaleza patrimonial"). Lo importante es que se agrega que pese a que el asunto toca materias de orden público, ello en caso alguno priva al tribunal arbitral de su facultad de conocer...ya que no debe confundirse "el objeto del arbitraje" que es un litigio que trata sobre un derecho de libre disposición de las partes, con las reglas legales que son aplicables para resolver el conflicto.

<sup>45</sup> La jurisprudencia francesa se ha ido liberalizando la intocable cuestión del orden público en materia arbitral. Así, L'Arrent de la Cour de Cassation de 17 de abril de 1974, y otros posteriores de 22 de marzo de 1983 y 31 de junio de 1986. Chillón y Merino, Ob. cit., p. 189.

<sup>46</sup> Cfr. Feldstein. Ob.cit., p. 3.

<sup>47</sup> De hecho, Fernández Rozas, J.C. señala que la tendencia a confundir las

causales de "inarbitrabilidad y orden público" se debe normalmente a que el carácter omnicompreensivo del orden público integra soluciones sobre materias cuya arbitrabilidad es discutible. Fernandez, Ob.cit., **Comentarios...** p. 840.

<sup>48</sup> Vid. Arts. 34 y 36 Ley Modelo UNCITRAL

<sup>49</sup> Así se ha dicho que el orden público se convierte en la llave de paso de la arbitrabilidad. Perales Viscasillas, M. citando a Gonzalo Quiroga., Ob.cit., p.23.

<sup>50</sup> Bouza Vidal. N. OB.cit., pp. 391-392.

<sup>51</sup> Ibid., p. 24.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, el art. 34 b) de la Ley Modelo establece que el laudo arbitral podrá ser anulado...ii) cuando el tribunal compruebe que éste es contrario al orden público de ese Estado. Idéntica norma se repite en el artículo 36 del citado cuerpo legal a propósito de los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo.

<sup>53</sup> A modo de ejemplo, en materia legal ciertamente la mayor apertura comercial de los países y en particular de Chile, la protección a la inversión extranjera y la creciente participación de nuestro país en el comercio internacional hacen que las normas legales vayan cambiando y reflejando las nuevas ideas que se tiene del orden público vigente en ese momento. Bahamondez, Felipe. **Los límites objetivos en el arbitraje comercial internacional: algunas consideraciones respecto a la arbitrabilidad y el orden público.** Ponencia presentada en las 2º Jornadas de Derecho de la Empresa, organizadas por la Pontificia Universidad Católica de Chile, 20 de Octubre de 2004.

<sup>54</sup> Ibid. p. 653.

<sup>55</sup> Así por ejemplo, en el fallo "*Parson & Whirttmore*", se señaló que la ejecución de un fallo arbitral internacional sólo podía ser rechazado en función de razones de orden público cuando "su ejecución podría atentar contra las nociones más básicas de moralidad y justicia de la ley del foro".

<sup>56</sup> En el mismo sentido, Fernández y Sánchez señalan que tomando en consideración que 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, JC. y Sánchez Lorenzo, **Curso de Derecho Internacional Privado.** Ed. Civitas, Madrid, 3º Ed., 1996, p. 383.



<sup>57</sup> Estas ideas se inspiraron en los Constituyentes y convenciones francesas del período revolucionario y mostraron una inclinación muy favorable al arbitraje. Aylwin. Ob.cit., p.76.

<sup>58</sup> Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile, 1811 a 1843, T.I, Congreso Nacional de 1811, Santiago, Imprenta Cervantes, 1887, p. 124.

<sup>59</sup> 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 02 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 personas 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**. Editorial Jurídica de Chile, 1981, Santiago, p-19.

<sup>60</sup> En este punto cabe recalcar que esta legislación es seguramente la más antigua del hemisferio. Biggs, Gonzalo. **El proceso hacia el arbitraje comercial internacional en Chile**. En Ponencias del Seminario Arbitral e Internacional / Papers of the International Commercial Arbitration Conference, AMCHAM Chile, 29 -30 de Julio de 1998, American Arbitration Association, 1999, Nueva York, p. 40.

<sup>61</sup> 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

<sup>62</sup> 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, inciso 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, 2003, N° 80, p.42.

<sup>63</sup> Me refiero básicamente a las críticas formuladas por algunos autores, tales como: Biggs, Gonzalo, Ob. Cit, p. 43 y Romero, Alejandro. *Algunas notas críticas al proyecto de ley sobre modificación del arbitraje*, documento de trabajo N° 17, Universidad de Los Andes, 1998.

<sup>64</sup> 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 doméstico, mas el proyecto no mencionaba, ni recogía el instituto del arbitraje comercial internacional.

<sup>65</sup> Pese a que fue aprobado por el Senado el 25 de octubre de 1995, la Cámara de Diputados finalmente no lo aprobó, razón por la que 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>

<sup>66</sup> 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).

<sup>67</sup> En el mensaje se argumentan como razones del nuevo proyecto de ley las siguientes: a) 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. Ello, considerando además la multiplicación de transacciones con cláusula arbitral que involucran a personas naturales y jurídicas chilenas, provoca 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; b) 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; c) 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 d) que se han tenido a la vista antecedentes jurídicos relevantes del proyecto de ley que se propone. Mensaje N° 15-349, de fecha 02 de Junio de 2003, Boletín N° 3252-10.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> La referida ley se puede encontrar visitando la página: <http://www.uncitral.org/sp-index.html>

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> Las que en gran medida establecen este mecanismo para resolver los conflictos derivados en estas materias. Entre ellas, se encuentran: a) El Art. 104, letra h), de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, que dispone como arbitraje obligatorio las diferencias que se produzcan con ocasión de la emisión de bonos, y en caso de no señalar la naturaleza de aquel, la ley prescribe que éstas deberán ser resueltas por uno o más árbitros arbitradores; b) Art. 4° de la ley 19.705 que regula la oferta pública de adquisición de acciones (Ley Opas), modificando el artículo 204 de la ley 18.045 sobre mercado de valores dispone que cualquier controversia que se origine sobre el cumplimiento de la oferta entre el oferente y los accionistas aceptantes, deberá ser resuelta por un juez árbitro arbitrador; c) El artículo 7° que modifica el artículo 4° de la ley 18.815 sobre fondos de pensión, dispone que las diferencias que ocurran entre los aportantes en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores...serán sometidas a arbitraje; d) La Ley 19.233, sobre comunidades agrícolas señala en su artículo 22° que todas las conflictos que se susciten entre los comuneros, o entre ellos y la Comunidad Agrícola...serán sometidos a arbitraje del Directorio; e) El Código del Trabajo, en cuanto a materias sindicales (inc. 2° del Art. 131 de la ley 19.069), establece que el arbitraje será obligatorio en aquellos casos en que estén prohibidas la huelga y cierre temporal de empresas o lock-out y en el de reanudación de faenas previsto en el artículo 161; f) De los Arts. 4 N° 10 y 125 de la ley N° 18.046, de 1981, Ley de Sociedades Anónimas, se puede concluir que el arbitraje que establece la Ley de Sociedades Anónimas es de naturaleza facultativo y no obligatorio o forzado, ya que producido el conflicto jurídico, el demandante puede optar por someter este a la resolución de juez árbitro o bien

recurrir a la justicia ordinaria para su resolución (Art. 125), pero sólo en cuanto se trate de la voluntad unilateral del accionista "litigante", ya que la ley entrega a su elección interponer su demanda ante la justicia ordinaria o bien solicitar la designación de juez arbitro para la resolución del conflicto; g) los asuntos del derecho marítimo, toda vez que el artículo 1203 del CCo., dispone que el conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, serán sometido a arbitraje; h) La ley de Concesiones de obras públicas señala en su Art. 36 inciso 5° que el concesionario podrá solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituya en Comisión Arbitral; i) Arbitraje en la Superintendencia de Isapres: el Art. 3° de la Ley 18.933, que crea la Superintendencia de Isapres, dispone que entre las funciones y atribuciones le corresponde N° 5: resolver a través del Superintendente, quien actuará en calidad de árbitro arbitrador.

<sup>72</sup> Entre ellas cabe destacar: la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 10 de julio de 1958, (Convención de Nueva York), ratificado por Chile, sin reservas, con fecha 04 de septiembre de 1976; La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional de 30 de enero de 1975 (Convención de Panamá), que entró en vigencia en nuestro país, el 04 de mayo de 1975; el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965; Los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por Chile con unos 50 países, aproximadamente y los tratados de libre comercio celebrados con Canadá, México, EEUU, Unión Europea, entre otros.

<sup>73</sup> No se efectúa un estudio de las normas aisladas en el convencimiento de que no aportarán una información sustancial para los objetivos del presente trabajo. Desde la óptica internacional, el análisis se concentrará en la nueva ley de arbitraje comercial, relegando por el momento el estudio de los convenios que igualmente no aportan mayor información sobre la materia.

<sup>74</sup> Los casos de arbitraje forzoso en nuestra legislación se encuentran señalados en el artículo 227 del COT y son: 1.- La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; 2.- la partición de bienes; 3.- las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4.- las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; y 5.- los demás que determinen las leyes, tales como a) la liquidación de las sociedades civiles de responsabilidad limitada (Art. 4° de la ley 3.918) y b) las asociaciones o cuentas en participación (Art. 511 del Código de Comercio). Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el Art. 645 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>75</sup> El artículo 229 del COT dispone que no pueden someterse a arbitraje las cuestiones: a) relativas al derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer y b) las que versen sobre alimentos. El artículo 230 del COT señala que tampoco pueden serlo: a) las causas criminales, b) las de policía local, c) las que se susciten entre un representante legal y su representado y d) aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial. Éstas últimas se encuentran enumeradas en el artículo 357 y 358 del mismo cuerpo legal y son: a) las contiendas de competencia suscitada en razón de la materia de la cosa litigiosa o entre tribunales que ejercen jurisdicción de diferente clase, b) juicios sobre responsabilidad civil de los jueces o de cualesquiera de los empleados públicos, por sus actos ministeriales, c) en los juicios sobre estado civil de alguna persona, d) en los negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público, siempre que el interés de las mismas conste del proceso o resulte de la naturaleza del negocio, e) en general, todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente la audiencia o intervención del ministerio público, f) en los negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público; g) en los juicios de hacienda; h) en los asuntos de jurisdicción voluntaria.

<sup>76</sup> Vid. Pié N°7

<sup>77</sup> Aylwin a este respecto sostiene que dos son los principios que rigen la competencia *rationae materiae* de los jueces árbitros: el de que sólo pueden conocer las materias comprendidas en el título de su nombramiento, y el de que en ningún caso pueden juzgar asuntos que la ley prohíba someter a arbitraje. Alwin, P. **El juicio arbitral**. 5° edición actualizada y complementada, ED. Jurídica de Chile, 2005, p. 388.

<sup>78</sup> En todo caso, la jurisprudencia ha señalado que los árbitros tienen jurisdicción más allá de lo señalado por las partes, pero su competencia deviene de la convención de las partes con las restricciones que establece la ley sobre determinadas materias, razón por la que se reconoce que los particulares sólo pueden encomendar a arbitraje una materia que se encuentre permitida de arbitrar. "...La jurisdicción del juez árbitro emana de la ley y su competencia deviene de la convención de las partes con las restricciones que la ley establece sobre determinadas materias, distinguiéndose cuando pueden resolverse por esta vía, cuáles dependerán de la voluntad de las partes, y cuáles son de arbitraje prohibido". Vid. Stcia. "Sucesión Walter con Aeta Chile Seguros de Vida S.A". Rev. Gaceta Jurídica. N° 1, t. XCVI, 1999; "La competencia de un árbitro queda determinada por la voluntad de las partes en el instrumento en que acordaron someter a arbitraje las diferencias, reclamos o cuestiones que puedan suscitarse con motivo del contrato que los liga y puede conocer los hechos que le someten las partes en pugna acerca de los derechos y obligaciones que emanan de dicho contrato". Vid. Stcia. "Montes con Carvallo", C.A. Santiago, 28 junio de 2002. Rev. Gaceta Jurídica N° 2 T. XCIX, año 2002.

<sup>79</sup> En este sentido Aylwin señala que algunas materias tales como la separación de bienes entre el marido y la mujer hoy puede perfectamente pactarse de común acuerdo (Art. 1723 CC). En el caso de los alimentos, la prohibición tampoco es precisa, toda vez que nada obsta poder someter a compromiso los alimentos ya devengados, Aylwin, Ob.cit, pp. 120-124.

<sup>80</sup> Señala el artículo 2, letra g de la ley 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 mercadería o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera"*.

<sup>81</sup> Cabe destacar que el concepto de "comercial" se describe con precisión dentro de esta nueva ley a diferencia de la Ley Modelo que sólo incorpora una referencia de su significado y extensión como un pie de página de su Art. 1.

<sup>82</sup> En efecto, el Art. 34 de la ley dispone que: *"La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral... 2) El laudo arbitral podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:...b) El tribunal compruebe: i) Que, 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"*. Misma disposición se aprecia en el Art. 36 de este cuerpo legal, a propósito de los motivos para denegar la ejecución del laudo.

<sup>83</sup> Vid. Art. 1º y 3º Ley 60/2003.

<sup>84</sup> A modo de ejemplo, desde un punto de vista material, el orden público se ha definido como *"el conjunto de valoraciones de carácter político, social, económico y moral, propias de una comunidad determinada, en un momento histórico determinado, que fundamentan su derecho positivo y que éste tiende a tutelar"*. Avilés Hernández, Víctor. **Orden público económico y derecho penal**, Ed. Jurídica Conosur Ltda..., 1998, p. 188; Arturo Alessandri y Manuel Somarriba, en el mismo sentido señalan que: *"Son un conjunto de normas y principios jurídicos que se inspiran en el supremo interés de la colectividad y que son esenciales para asegurar el correcto funcionamiento de ésta en determinado momento histórico, por lo que no pueden derogarse por los particulares. El respeto de esas normas y principios resulta indispensable para mantener la organización de dicha sociedad, el buen funcionamiento de las instituciones básicas que la configuran. Los intereses generales protegidos son de muy diverso carácter: político, social,*

*religioso, moral, económico*". Autores. **Curso de derecho civil. Parte general y los sujetos de derecho**. Redactada y ampliada por Antonio Vodanovic, 4<sup>a</sup> edición, Ed. Nacimiento, 1971, p. 162; Luis Claro Solar, lo define como "*el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social*". Claro Solar, Luis. **Explicaciones de derecho civil chileno y comparado**, Ed. Jurídica de Chile, Tomo XI, p. 285.

<sup>85</sup> En la actualidad, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han dado la tarea de definir materias e instituciones que son, indudablemente, de orden público como son: las garantías constitucionales, reconocimiento de un estado civil no aceptado por el derecho chileno, actos jurídicos que conforme a nuestro ordenamiento jurídico adolezcan de objeto o causa ilícita, estado civil de las personas en general, matrimonio, tuición de menores, cuidado de éstos, prestaciones alimenticias, capacidad, relaciones de familia y, en general, todo el derecho de familia, jurisdicción nacional, que se encuentre en resguardo del interés social e integridad de instituciones jurídicas básicas, moral y buenas costumbres. Monsálvez Muller, Aldo. **Reconocimiento y ejecución en Chile de sentencias extranjeras**. Editorial Jurídica Conosur Ltda., 2º Edición actualizada, 2000, pp. 90-91.

<sup>86</sup> En este sentido cabe citar a Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, quienes señalan que tomando en consideración que una interpretación muy amplia del concepto de orden público atenta contra la finalidad del arbitraje internacional, la construcción del concepto de dicho principio 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 Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto., Ob.cit., p. 383.

<sup>87</sup> Así lo ha hecho, a modo de ejemplo, la reciente ley española 60/2003, la cual al establecer las limitaciones al laudo arbitral ha señalado que este podrá ser denegado por falta de arbitrabilidad o contrariedad al orden público, más no ha centrado tales concepciones en su específica legislación, ni en su orden público local.

<sup>88</sup> Vid. Infra N° II.5

<sup>89</sup> Vid.: A modo de ejemplo, Stcia. CA Santiago, Rol N° 1341-2003 que declara: "*La jurisprudencia acepta la declaración oficiosa de la nulidad procesal, sólo respecto de determinadas actuaciones que tienen una finalidad de orden público, o cuando en ellas se encuentra comprometido el interés público, como ocurre con los trámites esenciales o presupuestos básicos del proceso, tales como el emplazamiento, la capacidad de las partes y la competencia absoluta del tribunal que debe conocer de la causa. Los otros actos del proceso son de orden privado,*

*por lo que quedan al margen de la facultad de proceder de oficio por el juez".*

<sup>90</sup> El Art. 2º del DL N° 211, que prescribe: "*Corresponderá al Tribunal de Defensa de la libre competencia y a la Fiscalía Nacional Económica, en la esfera de sus respectivas atribuciones, dar aplicación a la presente ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados*".

<sup>91</sup> Stcia. Dictada por el Fiscal Nacional Económico, 20 de enero de 1994, Revista Derecho y Jurisprudencia, T. XCI, N°1, sec. 6.

<sup>92</sup> Vid., Infra II.4.