

Por outro lado, restringiu-se a obrigação dos membros do órgão de administração ao dever de informar os sócios da referida situação de perda de meta-de do capital social.

Desta forma, o legislador procurou assegurar, quer os interesses dos credores sociais, quer dos próprios sócios.

As restantes alterações introduzidas destinam-se, em geral, a clarificar algumas questões que poderiam suscitar dúvidas ao intérprete.

MAFALDA BARREIROS PAVIA (*)

LATINOAMÉRICA

LA NUEVA LEY DE QUIEBRAS DE BRASIL

La presente nota tiene por objeto el análisis de la Ley número 11.101 de 9 de febrero de 2005 (la “nueva Ley de Quiebras” o la “nueva Ley”) que introduce importantes cambios en la regulación de la quiebra empresarial conforme al Derecho brasileño (“quiebra”).

En virtud de las citadas modificaciones, se ha modernizado el arcaico sistema de quiebra brasileño quedando eliminado el procedimiento de *concordata* y creándose en su lugar dos nuevos sistemas en favor de la continuidad de las empresas: la *recuperación judicial* de empresas y la *recuperación extrajudicial* de empresas.

Asimismo, la nueva Ley ha transformado el sistema procesal de la quiebra, con el objetivo de modernizar la ejecución concursal. A tal fin se ha modificado el orden de prelación de créditos y se regula un procedimiento que agiliza la enajenación de los bienes del quebrado.

En los siguientes apartados se analiza cada una de las novedades citadas.

Recuperación judicial

La *recuperación judicial*, que sustituye al antiguo sistema de *concordata*, es objeto de regulación en el capítulo III, artículos 47 a 74, de la nueva Ley de Quiebras. A pesar de la eliminación de la *concordata*,

ta, el legislador toma algunos de los principios de aquélla para disciplinar la *recuperación judicial*.

A continuación se hace análisis comparativo entre la *recuperación judicial* y la antigua *concordata* y se señalan las novedades que supone la *recuperación judicial*.

En primer lugar, cabe destacar que la *concordata* era un derecho de todo empresario siempre que se cumplieran las condiciones establecidas en la ley para solicitarla, con independencia de si existía o no posibilidad de recuperación económica. En cambio, sólo los empresarios que prueben que la reorganización de su actividad económica es viable, pueden acudir al sistema de *recuperación judicial*. De esta forma se evita que empresas que hayan constatado la imposibilidad de su recuperación económica, recurran a procedimientos concursales con el único fin de eludir el pago a sus acreedores.

En segundo lugar, se debe señalar que la *concordata* únicamente producía efectos frente a los acreedores quirografarios que son aquéllos cuyos créditos no son privilegiados conforme el orden de prelación de créditos. Por el contrario, participan del plan de *recuperación judicial* que el acreedor debe presentar en el correspondiente proceso judicial todos los acreedores que integren el llamado “cuadro de acreedores” (compuesto por los acreedores que acrediten la existencia de un crédito contra el deudor).

Otro aspecto que merece ser destacado es el trato que se da al acreedor en la *recuperación judicial* con respecto a la *concordata*. En el caso de la *concordata*, se permitía al deudor proponer al acreedor la forma de pago, para lo cual podía modificar las condiciones de pago inicialmente pactadas dentro de los límites establecidos legalmente, quedando el acreedor obligado a aceptar las nuevas condiciones. De conformidad con el mecanismo de *recuperación judicial* regulado en la nueva Ley de Quiebras, no existe limitación legal para la negociación de las deudas con los acreedores pero el sistema de pago propuesto por el deudor se incluirá en el plan de *recuperación judicial* que debe ser aprobado por todas las clases de acreedores.

En cuanto a las novedades que la *recuperación judicial* supone, el artículo 50 enumera, de forma no exhaustiva, algunos medios de *recuperación judicial*, tales como la citada concesión de plazos y condiciones especiales para el pago de las obligaciones, la fusión, la escisión, la absorción y la transformación de la sociedad e incluso la constitución de nuevas filiales, la cesión de participaciones o acciones, la

* Advogada do Departamento de Direito Comercial do Uría & Menéndez (Oporto).

alteración del control societario, la modificación de los órganos administrativos del deudor, el aumento del capital social, la reducción de sueldos y la venta parcial de bienes.

Otra innovación que merece destacarse es el plazo de 180 días, a contar desde la fecha en que el deudor solicite la *recuperación judicial*, para que el deudor proponga el plan *recuperación judicial* y que dicho plan sea aprobado por el cuadro de acreedores y homologado por el juez competente. Si el plan propuesto por el deudor es aprobado, comenzará aplicarse al término del período de 180 días.

Si el plan no fuera aprobado, los acreedores podrán acudir a la ejecución individual de los bienes del deudor. En este caso, los acreedores también podrán solicitar la declaración de quiebra del deudor.

Por otro lado, debe mencionarse que; si existen reclamaciones laborales, ejecuciones fiscales y acciones en las que no quepa suspensión de plazo (que son las acciones sobre las que todavía no ha recaído sentencia firme), debe reservarse bienes por un valor equivalente al importe de dichos créditos, siendo estos acreedores clasificados como extraconcursales.

Una vez homologado el plan de *recuperación judicial*, tanto el deudor como los acreedores deben respetarlo, por lo que los acreedores no podrán iniciar acciones individuales ni solicitar ejecuciones de forma distinta a lo previsto en el plan. Igualmente, no será posible solicitar la declaración de quiebra del deudor. No obstante, si durante el período en el que el plan de *recuperación judicial* debe llevarse a cabo el deudor incumple lo pactado en el plan, los acreedores pueden solicitar la declaración de quiebra.

De conformidad con la nueva Ley, transcurridos dos años desde la homologación del plan de *recuperación judicial*, los créditos de los acreedores deben quedar liquidados salvo en el caso de que el propio plan prevea un plazo superior para la *recuperación judicial*. Si transcurrido el plazo para la conclusión del plan, los créditos no han sido íntegramente liquidados, los acreedores pueden solicitar la declaración de quiebra u optar por la ejecución específica de sus créditos.

Recuperación extrajudicial

De conformidad con la nueva Ley de Quiebras, si se cumplen los requisitos establecidos para ello, el deudor puede proponer la negociación con los acreedores de un plan de *recuperación extrajudicial*. Los requisitos son los mismos establecidos para la pre-

sentación de un plan en la *recuperación judicial* (artículo 48 de la nueva Ley).

No obstante, en el caso de la *recuperación extrajudicial*, el deudor propone el plan de recuperación junto con la solicitud de inicio de un proceso de recuperación extrajudicial. Por tanto, antes de solicitar el inicio de este proceso el deudor debe haber negociado con los acreedores las condiciones del plan de forma que el juez sólo deba revisar el plan y homologarlo sin intervenir en su negociación. En el caso de que el plan de *recuperación judicial* no sea aceptado por la totalidad de los acreedores, el deudor podrá solicitar la homologación del plan de *recuperación extrajudicial* si dicho plan es suscrito por los acreedores titulares de, al menos, tres quintos del importe de los créditos de cada tipo incluidos en el plan.

Dado que el objetivo de la *recuperación extrajudicial* es agilizar el procedimiento concursal, para que se efectúe la homologación del plan únicamente deben presentarse unos pocos documentos, siendo éstos básicamente los documentos en los que se fijan las condiciones del plan, la situación patrimonial de la empresa y los documentos contables correspondientes al último ejercicio social.

Después de presentado el plan para su homologación judicial, bien sea con el consentimiento de todos los acreedores o con la mayoría mínima exigida legalmente, los acreedores que sean parte del plan no pueden iniciar acciones o ejecuciones individuales, ni solicitar la declaración de quiebra. El plan homologado no puede modificarse salvo si así lo acuerdan todos los acreedores que lo hayan suscrito. Una vez homologado el plan, éste se publica mediante edicto existiendo un plazo de 30 días para que los acreedores puedan plantear sus objeciones si el plan publicado no se corresponde con lo pactado con el deudor.

Quiebra

En este apartado se mencionan las principales modificaciones introducidas por la nueva Ley en el proceso de quiebra.

En primer lugar, se modifica la denominación del responsable en el proceso de quiebra, que antes era el síndico y ahora pasa a ser denominado administrador judicial, y varían los criterios para fijar su remuneración dado que, de conformidad con la nueva Ley, dicha remuneración se clasifica como gasto extraconcursal por lo que debe ser satisfecha antes que los créditos de los acreedores. La autonomía del administrador judicial en el proceso de quiebra ha quedado sensiblemente reducida como

consecuencia de la creación del Comité de acreedores y de la ampliación de las funciones de la Asamblea de acreedores.

Por otro lado, se introducen cambios respecto a los requisitos para el inicio del procedimiento de quiebra. Una vez solicitada la quiebra por parte de los acreedores, el deudor dispone de un plazo de 10 días para contestar. Si durante dicho plazo el deudor presenta un plan de *recuperación judicial* o efectúa un depósito por valor equivalente a la totalidad de los créditos reclamados, el proceso de quiebra queda paralizado.

Otra novedad relevante es la fijación de un importe mínimo en el valor de créditos pendientes para poder solicitar la quiebra, con el fin de evitar que se inicie un proceso de este tipo por un valor insignificante. El límite mínimo es equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos (algo más de 3.000 euros a valores de hoy). En el caso de microempresas, los requisitos para solicitar la declaración de quiebra son diferentes con el objetivo de favorecer a este tipo de empresas, que pasan a ocupar un capítulo especial en la nueva Ley de Quiebras.

Por otra parte, se han ampliado las posibilidades de defensa del deudor en el procedimiento de quiebra de forma que el deudor dispone de más mecanismos para evitar ser declarado quebrado.

La nueva Ley también introduce modificaciones respecto a la ejecución de los bienes del deudor. Continúan excluidos de la ejecución los bienes de familia tal y como establece la Ley número 8.009, 29 de marzo de 1990 (*Lei de bens de família impenhoráveis*). Respecto a los bienes percederos —bienes con riesgo de conservación o cuya conservación sea muy costosa— y los bienes sujetos a devaluación, la nueva Ley permite su ejecución anticipada, si bien se exige previa evaluación y autorización judicial y audiencia del Comité de los acreedores.

La nueva Ley de Quiebras establece el siguiente orden de preferencia para la ejecución de los bienes del quebrado: (i) en primer lugar, se enajenarán los establecimientos de la empresa en bloque; (ii) en segundo lugar, las sucursales o unidades productivas aisladamente; (iii) en tercer lugar, se enajenarán en bloque los bienes que integran cada uno de los establecimientos; (iv) por último, se establece la enajenación de los bienes individualmente considerados.

Además se crea una nueva modalidad de venta de los bienes del quebrado denominada *pregão* (*pregão*), que se añade a los mecanismos ya existentes de subasta y propuesta. De esta forma la nueva Ley

contempla: (i) la subasta, que consiste en la adjudicación del bien al mejor postor a partir de un valor mínimo de partida de la subasta; (ii) la propuesta, en virtud de la cual el bien se adjudica al comprador que haya ofrecido la mejor propuesta para su adquisición; (iii) el *pregão* viene a ser un sistema intermedio entre la subasta y la propuesta ya que se fija un valor mínimo de partida que se obtiene a partir de la media de las propuestas recibidas y a partir de ahí el bien se adjudica al mejor postor.

Respecto a la regulación de estos mecanismos de enajenación, la nueva Ley de Quiebras remite a la aplicación subsidiaria de lo dispuesto en el Código Procesal Civil. Cabe destacar también como novedad que la elección de la modalidad de venta ya no corresponde al administrador judicial sino al juez.

Debe destacarse que el adquirente de bienes en un proceso de quiebra no resulta sucesor universal de los mismos, lo que significa que los bienes se adquieren libres de cualquier carga o gravamen que pese sobre los mismos, y de responsabilidades que estuvieran garantizadas con dichos bienes tales como las de naturaleza fiscal o laboral o responsabilidad por accidentes de trabajo.

Finalmente, se ha alterado el orden de prelación de créditos resultando el siguiente: (i) en primer lugar deben satisfacerse los créditos provenientes de obligaciones de carácter laboral hasta el límite de 150 ciento cincuenta (150) salarios mínimos por acreedor (cerca de 12.000 euros a valores de hoy) así como los créditos derivados de accidentes de trabajo; (ii) en segundo lugar, los titulares de garantías reales; (iii) en tercer lugar, los créditos tributarios (que anteriormente figuraban en primer lugar en el orden de prelación de créditos); (iv) en cuarto lugar, los créditos que disfrutaban de cualquier privilegio especial según lo previsto en el artículo 964 del Código Civil y en otras leyes civiles o mercantiles, incluyéndose en esta categoría los créditos que otorgan derecho de retención sobre el bien; (v) por último, los créditos quirografarios que son todos los no incluidos en ninguna de las categorías anteriores y los créditos provenientes de obligaciones laborales por encima del límite de 150 salarios mínimos.

JAVIER VALLE ZAYAS (*)
SAMUEL VILARINHO SCAREL (**)

* Abogado destacado en la Oficina de Uría & Menéndez en Sao Paulo.

** Estagiário de la Oficina de Uría & Menéndez en Sao Paulo.

LEY Y REGLAMENTO DE COMPRAS PÚBLICAS CHILENA. ESPECIAL REFERENCIA A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

La promulgación de la Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios, de 11 de julio de 2003 (“LCP”), y su reglamento, de fecha 9 de marzo último (“RCP”), ha supuesto un notable avance en la regulación de las compras públicas por parte de los organismos públicos chilenos (excluidas las empresas del estado; esto es, aquellas sujetas a derecho público en su funcionamiento, pero a derecho privado en sus relaciones con terceros), que garantiza un nuevo mecanismo de contratación eficaz, moderno y transparente.

En el presente artículo pretendemos resumir brevemente cuáles son las principales novedades de esta normativa y, muy especialmente, cómo se ve afectada por los tratados internacionales que ha suscrito la República de Chile con otros países u organismos internacionales y cómo, en definitiva, la LCP, el RCP y estos tratados internacionales garantizan un marco interesante a través del cual empresas no radicadas en Chile pueden ofrecer de forma competitiva sus productos y servicios a los organismos públicos chilenos.

Ámbito de la LCP

La LCP establece cuatro procedimientos de compras públicas; a saber: (i) el Convenio marco, que opera básicamente como un mecanismo de compra directa de bienes y servicios ofrecidos por proveedores ya catalogados por la Dirección de Compras por medio de una licitación pública anterior (la Dirección de Compras es el organismo creado al efecto para administrar el portal a través del cual se efectúan todos los procesos de contratación); (ii) la licitación pública, que es el mecanismo natural y predominante, consistente en un proceso concursal abierto a cualquier interesado sujeto a unas bases determinadas; (iii) la licitación Privada, que es igual al proceso anterior, pero limitado a ciertos potenciales vendedores; y (iv) el trato directo, que es un proceso residual que sólo requiere términos de referencia y que está considerado para cubrir supuestos especiales tales como urgencias, existencia de un solo proveedor, servicios de naturaleza confidencial o que afecten a la seguridad nacional.

De todas estas modalidades nos ocuparemos exclusivamente del segundo de ellos –licitación pública, por ser el primordial y, potencialmente, el que más puede afectar a una sociedad extranjera no radicada en Chile.

Procedimiento de licitación pública

Según el artículo 9 del RCP el procedimiento de licitación pública, salvo que quepa una adquisición bajo otra modalidad —como, por ejemplo, una caso de urgencia que autorice acudir a un trato directo—, debe emplearse como regla general en compras superiores a 100 Unidades Tributarias Mensuales (“UTM”) (unos tres millones de pesos, equivalentes, aproximadamente, a cinco mil dólares de los EE.UU.).

Como es de suponer, el proceso de licitación pública es el más regulado en el RCP; siendo su regulación muy similar a la que podemos encontrar en otras jurisdicciones.

El proceso comienza con la publicación de las bases sobre las que se sustanciará toda la licitación y que deben tener un contenido mínimo; fundamentalmente: los requisitos y condiciones que deben cumplir los oferentes, las especificaciones de los bienes y servicios cuya contratación se pretende, la modalidad de pago, el plazo de entrega del bien, las etapas y plazos del proceso y, sobre todo, los criterios objetivos que serán considerados para decidir la adjudicación.

Uno de los elementos esenciales del proceso, naturalmente, son los plazos, regulados en el artículo 25 del RCP, y que varían en su duración dependiendo del monto de la licitación, pudiendo ser de tan sólo cinco días naturales para presentar ofertas en los procesos de menor cuantía o de más de diez días naturales cuando el monto de la licitación supere las 1000 UTM (aproximadamente, unos cincuenta mil dólares de los EE.UU.). No obstante, como se verá seguidamente, los tratados internacionales suscritos por la República de Chile pueden modificar este extremo y establecer plazos específicos de mayor duración.

Sistema de información

Otro de los aspectos más novedosos de la LCP y su reglamento es la obligatoriedad de que todos los procesos de contratación, con independencia de su modalidad, deben efectuarse necesariamente a través del Sistema de Información, que no es sino un sistema informático de internet administrado por la Dirección de Compras a través del cual se desarrollan todos los procesos de licitación y se materializan las compras (www.chilecompra.cl).

La ventaja de este sistema es enorme, sobre todo porque garantiza la publicidad y apertura total de los procesos de contratación, permitiendo a cualquier interesado acceder al sistema; habiéndose

demostrado, en el tiempo transcurrido desde el inicio de su funcionamiento, una enorme eficiencia para sus usuarios.

Registro de proveedores

Otra de las ventajas que ofrece la LCP es la posibilidad para cualquier usuario de acceder al registro de proveedores en una sola ocasión, para lo que deberán hacer llegar sus antecedentes legales y financieros, con la única obligación adicional de mantener la información actualizada. Como es lógico esta posibilidad es de gran interés para proveedores extranjeros que, de esta manera, no tendrán que conseguir la documentación que se requiera y proceder a su legalización más que una sola vez, con el consiguiente ahorro de tiempo y dinero.

Resolución de disputas

Para la resolución de disputas la LCP crea el denominado Tribunal de la Contratación, compuesto por tres miembros titulares y tres suplentes, todos ellos abogados (actualmente se encuentran designados los miembros titulares y dos miembros suplentes, por lo que el tribunal no se encuentra todavía constituido ni en funcionamiento).

La funciones de este tribunal son las de resolver todos los conflictos que se susciten por la existencia de actos u omisiones ilegales o arbitrarios que se produzcan entre la aprobación de las bases de cualquier proceso y su adjudicación. El tribunal debe fallar conforme a derecho y está sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema; estando su sede en Santiago. Las resoluciones de este tribunal son recurribles en una única instancia ante la Corte de Apelaciones de Santiago, recurso que sólo tendrá efecto devolutivo.

La legitimación activa recae sobre cualquier persona física o jurídica que tenga interés ya comprometido en el respectivo procedimiento administrativo de contratación. En este sentido, consideramos no obstante que la legitimación activa deberá extenderse también a aquellos proveedores que no pudieron participar en el proceso, precisamente porque fueron objeto de algún acto administrativo contrario a la LCP que les impidió participar en él.

El proceso está sujeto a plazos muy breves y perentorios, con la idea de darle celeridad. Entre estos plazos destaca sobre todo el de la prescripción de la acción, dado que los interesados deberán deducir demanda ante el tribunal dentro del plazo impro-

rrogable de diez días desde aquél en que conocieron el acto u omisión objeto de impugnación o desde la publicación de éste.

Incidencia de los tratados internacionales en la LCP

El aspecto más interesante de la nueva LCP es la incidencia que tiene sobre ella lo dispuesto en distintos tratados internacionales y como éstos alteran el contenido de la ley ofreciendo a los nacionales amparados por ellos un trato más favorable.

Como es lógico, la incidencia que cada tratado pueda tener sobre la LCP y su reglamento es distinta según los términos que cada tratado tenga. No obstante, podemos destacar claramente cuatro grandes aspectos en los que los tratados más importantes existentes inciden de forma uniforme en la LCP; en concreto, en esta nota nos referiremos a los tratados de libre comercio suscritos con los EE.UU. y la Unión Europea:

(i) Plazos: los dos tratados referidos modifican los plazos a los que cualquier proceso de contratación quedará sujeto, circunstancia que, como se ha visto previamente, explicita expresamente el RCP en su artículo 25 (por ejemplo, el tratado suscrito con la Unión Europea establece un plazo mínimo de cuarenta días entre la fecha de publicación del anuncio de contratación y la fecha de presentación de las ofertas).

(ii) Principio de trato nacional y no-discriminación: los organismos públicos chilenos sujetos por la LCP deberán otorgar a las mercancías y servicios de los nacionales protegidos por los tratados un trato no menos favorable que el más favorable otorgado a sus nacionales. Asimismo, estos organismos no podrán discriminar a un proveedor en razón a su grado de afiliación o propiedad extranjera.

(iii) Especificaciones técnicas: los organismos sujetos por la LCP no podrán preparar, adoptar o aplicar especificaciones técnicas con el propósito o el efecto de crear obstáculos innecesarios.

(iv) Condiciones para participar: los organismos públicos sujetos por la LCP deberán limitar las condiciones para la participación en una contratación pública a aquellas que sean esenciales para garantizar que el eventual proveedor tenga la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación pública. Específicamente, ninguna entidad podrá imponer la condición de que para

participar en un proceso el proveedor haya sido adjudicatario previamente en uno o más contratos o que tenga experiencia en la República de Chile.

Mecanismos de protección

La pregunta que debemos hacernos ahora es qué mecanismos de protección se encuentran al alcance del nacional amparado por el tratado de que se trate cuando el organismo público chileno que licita no ha respetado en el proceso de contratación lo dispuesto en el tratado. En este sentido, debemos aclarar que todas las normas que hemos citado establecen obligaciones directamente exigibles a los organismos públicos chilenos, y que no se tratan, por tanto, de obligaciones “programáticas” o “de intención”, que para su cumplimiento exigen una actividad legislativa por parte de la autoridad contratante. Por tanto, todas esas normas inciden directamente en el contenido y alcance de la LCP y su reglamento, teniendo su mismo rango legal y grado de exigibilidad para los organismos públicos sujetos a la LCP.

Por consiguiente, el proveedor amparado por un tratado podrá exigir del organismo público de que se trate el cumplimiento de las normas que entienda vulneradas (pe. respeto a los plazos establecidos en el tratado o la no discriminación de sus productos), por los trámites establecidos en la propia LCP. Como se ha indicado previamente, el proceso establecido en la LCP será la presentación de una demanda ante el Tribunal de la Contratación.

Conclusión

En definitiva, observamos como la LCP y los tratados internacionales ofrecen a los nacionales amparados por esos tratados un mecanismo seguro, moderno y eficiente para ofrecer sus productos y servicios a los organismos públicos chilenos.

MIGUEL LIRIA PLAÑOL (*)

NUEVA LEY CHILENA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

La nueva Ley chilena número 11.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada el 29 de septiembre de 2004, busca poner a Chile a la altura de

los estándares internacionales y convertirse en una nación prestadora de servicios arbitrales para el resto de economías del entorno, incorporando un sistema arbitral ampliamente extendido en los países occidentales más avanzados.

Tanto el proyecto de ley presentado a la Cámara, como la posterior ley aprobada, se basan en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante “Ley Modelo”). Una ley que está permitiendo alcanzar un marco jurídico unificado y uniforme compartido por multitud de Estados para la solución de controversias *propias del comercio internacional*.

Ámbito de aplicación

El primer aspecto a destacar es el ámbito de aplicación que la nueva ley chilena se otorga. En lugar de ser aplicable a la totalidad de los arbitrajes que tengan lugar en Chile, se reduce a aquellos arbitrajes *internacionales y comerciales*.

El concepto de arbitraje *internacional* es literalmente recogido de la Ley Modelo, de manera que tanto el artículo 1.3 de la ley chilena como de la Ley Modelo establecen que un arbitraje será internacional cuando:

- “a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes*
- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:*
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje*
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga relación más estrecha*
- c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado”.*

Nos encontramos ante una concepción amplia puesto que la ley permite que toda compañía que opere en cualquier país, realice su arbitraje en Chile, sin necesidad de tener conexión con el país andino. Se puede afirmar que la intención de los partidarios de la Ley es convertir el país en un centro de arbitraje de disputas comerciales para toda la región de América Latina.

* Abogado destacado en la Oficina de Uría & Menéndez en Santiago de Chile.

En cuanto al concepto de arbitraje comercial, al igual que la Ley Modelo, el legislador chileno ha perseguido un ámbito material amplio dentro de los conflictos comerciales que se puedan dar en el tráfico internacional. Puesto que las relaciones comerciales actuales son dimanantes de múltiples y diferentes aspectos, la ley chilena ofrece un listado de materias a título ejemplificativo, sin poder ser considerado como “*numeros clausus*”. Así, el artículo 2 apartado g) establece:

“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 comprende dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obra, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”

Señalados los arbitrajes sometidos a esta ley objeto de comentario, es el momento de destacar los avances más importantes para el régimen jurídico de los arbitrajes de la zona.

Eliminación de la necesidad de un compromiso

Era tradición de algunos países de la región considerar la cláusula arbitral por la que se somete a arbitraje una controversia futura como un pre-contrato de manera que era necesario el posterior acuerdo expreso de las partes para someter la sentencia a arbitraje. Es el caso por ejemplo de la ley brasileña la cual, debido a la complejidad de este mecanismo se ha visto obligada a establecer vías, como el artículo 7 de la ley de arbitraje de 1996, para que se pueda obligar por auto judicial a suscribir el compromiso arbitral.

Sin embargo, la ley chilena destierra del ámbito de los contratos comerciales internacionales este tipo de cláusulas y acerca el régimen al existente en la Ley Modelo. Así, el artículo 7.1 de la ley chilena, traduciendo literalmente el mismo artículo de la Ley Modelo dispone:

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

Reconocimiento legal de los principios de separabilidad y de *Kompetenz-Kompetenz*

Si bien con anterioridad a la entrada en vigor de la ley chilena se habían considerado aceptables algunos de los contenidos de estos principios por los tribunales nacionales, nunca se habían garantizado en toda su extensión. Sin embargo el artículo 16 permite al tribunal arbitral decidir acerca de su competencia, incluso sobre las excepciones de existencia o validez del acuerdo de arbitraje. El mismo artículo considera la cláusula arbitral como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato, de manera que la nulidad del contrato no supone la nulidad del acuerdo de sumisión a arbitraje, consagrando el principio de separación entre la cláusula arbitral y el resto de cláusulas referentes al negocio subyacente.

Excepción de arbitraje

Quizá uno de los puntos más innovadores respecto a las leyes promulgadas hasta el momento en los distintos países, reside en el artículo 8 de la ley chilena de arbitraje comercial internacional. Este artículo dispone:

“1. El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el numeral 1) del presente artículo, se podrá, no obstante iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.”

Se incorpora gracias a este artículo la llamada cláusula de “efecto negativo o de exclusión” por la que se impide la intervención de los tribunales en caso de que exista un acuerdo válido de sumisión al arbitraje. Pero además, este artículo ve reforzada su eficacia al venir complementado por el artículo 9 según el cual:

“No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.”

De este modo se impide la consideración de renuncia tácita al arbitraje la solicitud de medidas cautelares ante los tribunales ordinarios con anterioridad o durante la sustanciación de las actuaciones arbitrales.

Intervención judicial

El sistema que implanta la nueva ley de arbitraje, similar al establecido en la ley de arbitraje española, aboga por una limitación de la intervención judicial durante el proceso y una activa asistencia judicial.

La ley limita la intervención judicial a materias como la elección, recusación o sustitución de árbitros (artículos 11 y ss), o la revisión de las decisiones del tribunal arbitral sobre competencia (artículo 16.3) sobre las que se puedan pronunciar los árbitros.

En cuanto a la asistencia judicial, la ley, a pesar de aceptar la posibilidad de que los árbitros ejecuten medidas cautelares tomadas por ellos mismos (artículo 17) o practiquen las pruebas pertinentes (artículo 24) reconoce la posibilidad de acudir al auxilio de los tribunales ordinarios en estas materias. Es un aspecto positivo porque en muchas ocasiones los medios de que disponen los tribunales ordinarios son mayores que los disponibles por los árbitros. Si tenemos en cuenta que la colaboración en estos aspectos fue muy positiva durante la legislación anterior, es de esperar que la actuación conjunta de árbitros y jueces sea, en el futuro todavía más fructífera.

Limitación de requisitos para ser árbitro

Según la legislación anterior era necesario que el árbitro que resolviera la disputa fuera nacional de Chile. Este requisito reducía considerablemente las posibilidades que el arbitraje comercial internacional podía desarrollar en Chile puesto que la complejidad de los asuntos requieren personas especializadas que pueden o no encontrarse en Chile.

Ley aplicable al fondo

Se reconoce la libertad de los contratantes a la hora de decidir las “normas” que van a regir las relaciones derivadas del contrato. El artículo 28 afirma rotundamente:

“El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos

que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”

Esta disposición es importante por dos razones: (i) Reconoce expresamente a las partes la facultad de elegir el derecho sustantivo aplicable; y (ii) al hacer referencia a la elección de las “normas de derecho” y no a la “ley”, se ofrece a las partes un mayor número de opciones a la hora de indicar los criterios para decidir el fondo.

Flexibilización del procedimiento arbitral

El principio básico que debe regir en el arbitraje es la libertad de disposición de las partes. Esta libertad de disposición no es un requisito exigible sólo a la materia arbitrable sino también a los aspectos procesales. La necesidad que las partes tienen de un proceso corto, que respete las garantías básicas, pero que no se demore hasta hacer ineficaz el contenido del laudo arbitral, precisa que sean estas mismas las que decidan las fases y procedimientos necesarios para resolver la controversia.

Impugnación del laudo: la acción de nulidad

El único medio contemplado para impugnar la validez de un laudo arbitral reside en la acción de nulidad. La ley omite la posibilidad de acudir al recurso de revisión, debiendo esperar a las actuaciones judiciales por las que se determinará si los tribunales rellenan esta laguna o dejan intacto el régimen de recursos establecidos por la Ley.

En cuanto a la acción de nulidad, la nueva ley de arbitraje internacional reproduce el sistema de anulación de laudos de la Ley Modelo, que no es más que una copia del sistema establecido en la Convención de Nueva York de 1958. En este sentido, los motivos de anulación se reducen básicamente a los que pretenden hacer cumplir los más básicos principios procesales, el ajuste al mandato de las partes, así como a proteger el orden público. En consecuencia, se eliminan las múltiples opciones de anulación de que disponían las partes en el sistema anterior.

Reconocimiento y ejecución de los laudos

En virtud de esta ley se consideran aplicables las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958 a los laudos arbitrales internacionales que pretendan ejecutarse en Chile. Muestra de ello es que los motivos para impedir la ejecución del laudo arbitral son los mismos que los establecidos por la Convención en su artículo 5.

Los artículos 35 y 36 establecen un sencillo sistema consistente en una petición de reconocimiento a los tribunales ordinarios a la que se adjuntará una copia autenticada por el país de origen tanto del laudo como del acuerdo arbitral, y una traducción si en los casos en que el laudo aparezca redactado en idioma distinto del español.

SERGIO SERNA (*)

INTERNACIONAL

EL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE UN LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO: CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Como es sabido, uno de los motivos tradicionalmente admitidos en las diversas legislaciones nacionales y textos convencionales para denegar el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero es que ese reconocimiento resulte contrario al orden público del Estado en el que se solicita. Así, este motivo figura reflejado en el artículo V.2 del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante, el “Convenio de Nueva York”) y en el artículo 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional (en adelante, la “Ley Modelo UNCITRAL”). En esencia, con la excepción o doctrina de orden público se reconoce el derecho del Estado y de sus tribunales a ejercer un último control sobre determinados extremos de los laudos extranjeros sometidos a su reconocimiento, que pueden resultar contrarios a aspectos esenciales del ordenamiento de ese Estado.

Sin embargo, lo cierto es que el Derecho Internacional Privado no ha sido capaz de acuñar hasta la fecha un concepto claramente definido —y generalmente aceptado— de lo que haya de entenderse por orden público, ni de cuáles sean su extensión y sus límites. Nada tiene de extraño: más que un concepto propiamente dicho, el orden público es una de las llamadas “cláusulas generales del ordenamiento”, y, como tal, carece de un supuesto de hecho fijo, de un contenido propio e independiente; su función —una función “de filtro”, en suma— es simplemente comunicar al sistema de cooperación jurídica internacional principios de otros sectores

del ordenamiento, para asegurar que éstos se respetan también en el ámbito del reconocimiento de laudos y sentencias extranjeros. Y esa natural imprecisión trae consigo una notable incertidumbre a la hora de anticipar el resultado de una solicitud de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero.

Resultaba, pues, perentorio proponer unos criterios comunes que permitieran definir con una cierta uniformidad esa cláusula general del orden público como motivo de denegación del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. El Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional (*Committee on International Commercial Arbitration of the International Law Association*) comprendió esa necesidad y acometió la tarea de elaborar un informe sobre la materia. El Comité presentó su Informe Final (tras la emisión de un Informe Provisional, en el que se analizaba el estado de la cuestión) en la LXIX Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, celebrada en Londres en julio de 2002, donde el Informe Final obtuvo su respaldo definitivo. La versión íntegra de ambos Informes, Provisional y Final, puede encontrarla el lector en las páginas 217 y siguientes del volumen 19 (núm. 2/2003) de la revista trimestral *Arbitration International*, publicada por la *London Court of International Arbitration*.

Confiamos, pues, en que resultará de utilidad presentar, de forma resumida, las propuestas y directrices —las llamadas “Recomendaciones”— contenidas en ese Informe Final (en adelante, el “Informe”) con el propósito de facilitar una aplicación lo más uniforme posible de la figura del orden público —y, en particular, del orden público internacional— como motivo de denegación del reconocimiento de laudos extranjeros.

Nociones generales

Recomendación 1 (a). – *La finalidad de un laudo dictado en un arbitraje comercial internacional debe ser respetada, salvo en el caso de que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.*

Aun admitiendo la posibilidad de que el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero sea rechazado, tanto el Convenio de Nueva York como la Ley Modelo UNCITRAL parten de la premisa de que ese rechazo debe ser la excepción, y no la regla. En otras palabras: el criterio general debe ser que los laudos extranjeros deben homologarse, y por lo tanto los obstáculos a esa homologación deben ser aplicados restrictivamente (véase la sentencia del

* Abogado del Departamento de Derecho Público y Procesal de Uría & Menéndez (Madrid)