

José Luis López Reitze

ABOGADO

Miembro Colegio de Abogados

Monografías N°7 - Junio 2018

CUESTIONES RELATIVAS A LA DESIGNACION DE ARBITROS (Parte II)

CLÁUSULAS ARBITRALES COMPLEJAS.
VALIDEZ DE CLÁUSULAS ARBITRALES.
OPOSICION AL ARBITRAJE.
EXCEPCIONES A LA DESIGNACION
CONTROL JURISDICCIONAL
IMPLICANCIA Y RECUSACIÓN DE ARBITROS
JURISDICCION Y COMPETENCIA DEL JUIEZ ARBITRO

Mail : jose@lopezreitze.net

: info@arbitral.cl

Tel : 22-203-0311

Web : www.arbitral.cl

INCIDENCIAS PLANTEADAS EN LA DESIGNACIÓN ARBITRAL CIVIL

Es común que los procedimientos de designación de árbitro puedan alargarse y extenderse más allá de los pretendidos por el legislador procesal, que consideró un esquema procedimental bastante rápido para la designación de un árbitro. Ha sido la práctica procesal, la que ha vislumbrado una serie de incidencias que extienden el procedimiento y que en esta monografía se han querido plantear como una opinión de este abogado.

A grandes rasgos, ellas son:

- (i) Cláusulas arbitrales complejas.
- (ii) Validez de cláusulas arbitrales.
- (iii) Improcedencia de arbitraje.
- (iv) Excepciones.
- (v) Control jurisdiccional.
- (vi) Incidente de recusación arbitral.

Se presentan a continuación, una serie de materias respecto de las cuales se ha hecho una práctica procesal el levantar incidentes al momento de radicar ante un tribunal una solicitud de designación de árbitro.

Nuevamente e igual que en cada una de las monografías que se han ido presentando, las

elaboraciones siguientes, corresponden únicamente a la opinión personal de este abogado y no representan de manera alguna una transcripción de jurisprudencia, ni tampoco una referencia a doctrina, lo que -como reiteradamente expongo- elimina la necesidad de confeccionar citas o fuentes del contenido de este documento o de uno o más de sus párrafos.

Estas materias serán abordadas en este facsímil y en el siguiente que se extienda sobre esta materia.

I- CLÁUSULAS ARBITRALES COMPLEJAS

1) **Precisión o definición.**

Sin que exista doctrina abundante sobre esta materia, en forma personal he denominado como clausulas arbitrales complejas, aquellas que establecen dos o más formas de designación de árbitro; dos o más naturalezas de procedimiento arbitral y, eventualmente requisitos que ha de cumplir el árbitro que sea designado.

2) **Ejemplo de cláusula compleja.**

Podría parecer más bien burdo el texto del modelo de cláusula que se presenta a continuación, aquello lo es con el sentido único de reflejar la complejidad que algunas cláusulas arbitrales pueden revestir en materia de imponer requisitos al tribunal civil que ha de designar al árbitro.

Es de común ocurrencia encontrarse con cláusulas que rezan de una fórmula similar a la siguiente:

“Las partes acuerdan que todo y cualquier conflicto que surja entre ellas producto de la vigencia, aplicación, ejecución, interpretación y/o validez, o cualquier otra materia relativa el presente contrato o alguna de sus cláusulas será resuelta por ellas de buena fe.

Si el conflicto persistiere, las partes acuerdan que el conflicto contractual, en los términos señalados, será sometido a arbitraje y éste será resuelto por un árbitro designado de común acuerdo, quien conocerá como amigable

componedor el conflicto y resolverá en única instancia el asunto sometido a su conocimiento.

A falta de acuerdo en el nombre de la persona que ha de resolver el conflicto, éste será designado por la justicia ordinaria. En este caso, el árbitro deberá reunir los siguientes requisitos copulativos:

- (i) Contar con, a lo menos veinte años de ejercicio de la profesión.*
- (ii) No haber sido objeto de sanción disciplinaria alguna por la Corte Suprema o alguna Corte de Apelaciones del país.*
- (iii) Haber ejercicio del cargo de abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, por a lo menos seis periodos.*
- (iv) Haber sido abogado integrante de la Corte Suprema, por a lo menos tres años.*
- (v) Haber sido profesor titular de la cátedra de profesor de derecho Civil y/o Comercial, en alguna universidad de la ciudad de Santiago, por a lo menos diez años.*
- (vi) Haber escrito, a lo menos tres publicaciones sobre la materia que versa el arbitraje.*

El tribunal civil en que radique el conocimiento para la designación del árbitro deberá ceñirse estrictamente al mandato que en este acto se le confiere y deberá designar a aquella persona que cumpla con los referidos requisitos.

El árbitro será competente para pronunciarse respecto de su propia competencia”.

3) Desagregado de la cláusula compleja.

A efectos de entender qué debe hacer un tribunal civil al momento de enfrentar una cláusula compleja, la mejor fórmula es desagregarla y con ello

entender realmente el sentido y alcance de la misma. El desagregado de la cláusula es un proceso simple en que se revisa punto por punto los elementos esenciales que incluye la cláusula, los de la naturaleza y accidentales que se contemplan en ella.

3.1) Elementos esenciales de toda cláusula arbitral.

Existen dos elementos esenciales que necesariamente deben estar en toda cláusula compromisoria: la manifestación de voluntad y el objeto.

(i) Manifestación de voluntad: El elemento central, principal y primero de la cláusula arbitral o cláusula compromisoria es la manifestación inequívoca de voluntad de las partes en el sentido que los conflictos contractuales que se susciten entre ellos serán sometidos precisamente a arbitraje. Esto es de la esencia de la cláusula, desde que, salvo los casos de arbitraje forzoso, que no requieren de cláusula arbitral, nadie puede ser forzado a que un árbitro conozca y resuelva los conflictos o controversias que se susciten.

En la cláusula antes señalada, la manifestación de voluntad:

“Si el conflicto persistiere, las partes acuerdan que el conflicto contractual, en los términos señalados, será sometido a arbitraje y éste será resuelto por un árbitro designado de común acuerdo, quien conocerá como amigable componedor el conflicto y resolverá en única instancia el asunto sometido a su conocimiento.

A falta de acuerdo en el nombre de la persona que ha de resolver el conflicto, éste será designado por la justicia ordinaria”.

(ii) Objeto arbitral: Aunque parezca obvio, el objeto es la cuestión respecto de la cual las partes comprometen el arbitraje, esto es el asunto sobre lo cual podrá recaer la designación de un árbitro y es lo que, posteriormente, otorga la competencia al árbitro para conocer y resolver del asunto.

Recurriendo nuevamente al ejemplo de la cláusula arbitral antes propuesta, el objeto arbitral sería aquel con el cual comienza la misma, esto es:

“Las partes acuerdan que todo y cualquier conflicto que surja entre ellas producto de la vigencia, aplicación, ejecución, interpretación y/o validez, o cualquier otra materia relativa al presente contrato o alguna de sus cláusulas (...)”

De la lectura de la cláusula transcrita queda claro que el objeto versa respecto del contrato, sea como un todo o con respecto de una o más de sus cláusulas y el conflicto puede versar respecto de la vigencia, aplicación, ejecución, interpretación y/o validez del contrato. Mas aún, el tenor mismo de la cláusula es tan amplio en cuanto al objeto que no solo queda limitado a aquello expresamente señalado, sino que también a *“cualquier otra materia relativa al contrato o sus cláusulas”*.

3.2) Elementos de la naturaleza de la cláusula arbitral:

(i) Tipo de arbitraje: El primer elemento de la naturaleza de la cláusula compromisoria, es precisamente “la naturaleza” del arbitraje, esto es, si será de derecho, arbitrador o mixto. Si no existe referencia o mención alguna al tipo de

arbitraje, en cuanto a su naturaleza, este será de derecho.

A la hora de resolver la designación arbitral, el tribunal debe revisar la cláusula y si, nada dice respecto de esta materia, deberá hacer presente que el árbitro que se designa es de derecho.

En caso contrario, si revisada la cláusula tiene claro que se ha recurrido a otro esquema de naturaleza del procedimiento, el sentenciador deberá asimismo señalarlo.

Si nada dice la resolución del juez en cuanto a la naturaleza del arbitraje, será el árbitro quien, al constituir el compromiso, señale la naturaleza del mismo, conforme al tenor de la cláusula compromisoria.

(ii) Régimen de recursos: El segundo elemento de la naturaleza de la cláusula es el régimen de recursos que existirán en contra de las resoluciones del árbitro. En cuanto a los recursos ordinarios, como reposición, aclaración, apelación y casación de forma y fondo, las partes son libres de establecer aquellos que estimen procedentes y conformes al procedimiento arbitral que han comprometido. Respecto de los recursos disciplinarios, no es posible ni pactarlos, ni renunciarlos.

Debe tenerse presente que, si el árbitro tendrá la naturaleza de amigable componedor o de árbitro arbitrador y se establece el recurso de apelación, necesariamente debe también señalarse la composición del tribunal superior que conocerá como arbitrador la o las sentencias que sean materias de dicho recurso. En caso contrario, aun cuando se

establezca que se procede el recurso de apelación, si no hay designación expresa del tribunal superior y su composición, se entiende que no hay recurso.

Si nada se dice respecto de la procedencia de recursos, se entiende que por naturaleza proceden todos los recursos ordinarios y extraordinarios conforme a las reglas generales. Sin perjuicio de esto, al fijar las reglas de procedimiento arbitral, nada impide que las partes revisen o determinen por unanimidad el régimen de recursos contra las resoluciones del árbitro

(iii) Competencia del árbitro: Si bien es común que se inserte como frase que el árbitro es competente para pronunciarse respecto de su propia competencia, es un elemento de la naturaleza y común a todo juez, que éste tenga la facultad para pronunciarse respecto de si es competente o no para conocer de un determinado asunto.

3.3) Elementos de la accidentales de la cláusula arbitral:

Los elementos de la esencia y los de la naturaleza son connaturales a las cláusulas arbitrales. Sin los primeros, no existe cláusula arbitral, sin referencia de los segundos, se entienden incorporados aquellos que son comunes al tipo de cláusula de que se trata. En cambio, los elementos accidentales, son aquellos que las partes, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, han querido agregar como elementos propios y distintivos de su respectiva cláusula arbitral.

En el caso de la cláusula en comento, los elementos accidentales son los siguientes:

“(…), el árbitro deberá reunir los siguientes requisitos copulativos:

- (i) Contar con, a lo menos veinte años de ejercicio de la profesión.*
- (ii) No haber sido objeto de sanción disciplinaria alguna por la Corte Suprema o alguna Corte de Apelaciones del país.*
- (iii) Haber ejercicio del cargo de abogado integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago, por a lo menos seis periodos.*
- (iv) Haber sido abogado integrante de la Corte Suprema, por a lo menos tres años.*
- (v) Haber sido profesor titular de la cátedra de profesor de derecho Civil y/o Comercial, en alguna universidad de la ciudad de Santiago, por a lo menos diez años.*
- (vi) Haber escrito, a lo menos tres publicaciones sobre la materia que versa el arbitraje”.*

Sin la existencia de estos elementos accidentales, existe en todo caso cláusula arbitral en los términos que las partes la han acordado y rigen respecto de ella los elementos de la naturaleza, sea aquellos que hayan expresado o bien, los que se entienden incorporados sin necesidad de mención especial.

Estos elementos accidentales, en nada alteran la decisión de las partes de resolver sus controversias contractuales por medio de un arbitro cuya naturaleza, puede ser de derecho, arbitrador o mixto.

4) Obligatoriedad de los elementos de la cláusula arbitral.

4.1) A las partes.

No cabe duda alguna que los elementos que se han incorporado en la respectiva cláusula arbitral, sea los de la esencia, naturaleza y accidentales, obligan y vinculan a las partes que han convenido los términos de la cláusula arbitral. Lo anterior, no es sino una manifestación que *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes”*. En consecuencia, los contratantes están obligados a los términos de la cláusula arbitral de la forma que ella fue pactada.

Debe siempre tenerse presente que, si los elementos accidentales resultan imposibles de cumplir, nada impida que se accione en contra de ellos a efectos de morigerarlos o bien dejarlos sin efecto. Pero aquello es decisión de las partes.

4.2) Al tribunal.

En esta materia, debe distinguirse entre los elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales.

En primer lugar, el tribunal en cuanto órgano jurisdiccional es un tercero ajeno al contrato y no está vinculado por los preceptos normativos que las partes han convenido. Un tribunal no puede ser obligado por un tercero a resolver de una determinada manera por cuanto aquello vulnera el principio constitucional de independencia del órgano jurisdiccional y de establecer una cláusula que obligue

a un tribunal a resolver de la forma que la parte lo estime, se pierde la esencia del poder judicial.

Frente a una cláusula arbitral, el tribunal debe analizar primero, si contiene los elementos de la esencia, esto es la manifestación inequívoca de voluntad de someter el asunto a compromiso y el ámbito u objeto respecto del cual versa el arbitraje comprometido. Luego, debe analizar si se incluyen o expresan elementos de la naturaleza, como tipo de arbitrajes y régimen de recursos. Hasta ahí la función del tribunal.

Con la información provista por las partes en la cláusula compromisoria y ante falta de acuerdo de las mismas en el respectivo comparendo, puede y, en virtud del principio de inexcusabilidad, está obligado a designar un árbitro.

En cuanto a los elementos accidentales, que normalmente versan respecto de las características propias o requisitos que ha de cumplir el árbitro, eso no es vinculante de manera alguna al juez. Si lo es para las partes, en cuanto éstas pueden designar de común acuerdo a un árbitro, mas no lo es para el juez. El juez es soberano para elegir el árbitro únicamente con la revisión de la existencia conforme de los elementos de la esencia y de la naturaleza de la cláusula arbitral. Los elementos accidentales, le son inoponibles, desde que importan una orden o instrucción de cómo debe resolver y aquello adolece del vicio de inconstitucionalidad.

5) Conclusión.

De acuerdo a lo que se ha señalado, las cláusulas arbitrajes que se han definido como complejas, no obligan de manera alguna al juez en aquella parte en que las partes, en uso de su libertad contractual, incorporan elementos accidentales.

El juez no está limitado en su ámbito de competencia por dichas cláusulas accidentales, desde que es una forma de intervención en el poder judicial. Asimismo, si las propias partes no han podido convenir en la persona que reúna los elementos accidentales que exigen, menos pueden obligar al sentenciador que así lo haga.

II.- VALIDEZ DE CLÁUSULAS ARBITRALES

1) Descripción del problema.

Otro asunto que se suele traer a colación como incidencia en el procedimiento de designación de árbitro es la validez de la respectiva cláusula arbitral que ha sido activada para designar un árbitro. Normalmente esto puede presentarse como una acción principal, que derechamente busca un pronunciamiento de un tribunal civil respecto de la validez o eficacia de una determinada cláusula arbitral; de un precepto de esta o como excepción a la solicitud de designación de árbitro. Cualquiera que sea el caso, el asunto debe resolverse de la misma manera.

2) Deber del juez civil o de letras: revisar su propia competencia.

Por materia, el juez civil es competente para pronunciarse respecto de la validez y/o eficacia de un contrato o de una o más de sus cláusulas. Es una de las normas que infunden las reglas de competencia absoluta. Sin embargo, también es efectivo que, las partes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad pueden pactar cláusulas compromisorias y con ello renunciar a la justicia ordinaria como fuente de solución de sus conflictos.

Frente a la alegación de invalidez de una cláusula arbitral, lo primero que debe hacer el juez civil o de letras, es revisar su propia competencia para

conocer y resolver respecto de la validez y/o eficacia de un contrato o de una o más de las cláusulas del mismo.

Para ello, debe realizar los pasos siguientes:

(i) Revisar el asunto es o no materia de arbitraje forzoso. Si lo es, obviamente que el juez es competente para conocer y resolver del asunto.

(ii) Si la cuestión sometida a su conocimiento, no materia de arbitraje forzoso debe recurrir a la fuente y debe revisar el contrato y determinar si hay o no cláusula contractual. Si no hay cláusula contractual, el juez será competente para conocer del asunto. Si, por el contrario, hay cláusula contractual, debe necesariamente determinar el objeto de la misma y, a partir de aquello, analizar si es competente o no.

3) Incompetencia del juez civil.

Si revisado un contrato y su cláusula contractual, aparece que ésta ha sido redactada en términos tales que aparezca de manifiesto que cualquier asunto relativo al contrato y/o una o más de sus cláusulas ha de ser conocido por un juez árbitro, así debe resolverlo y no debe avocarse a conocer al asunto de fondo, desde que expresamente las partes han sustraído de su ámbito de competencia aquella materia.

4) Designación de árbitro.

Determinada la incompetencia de un juez civil para pronunciarse respecto de la vigencia, validez, interpretación, efectos o cualquier otro verbo rector que

tenga que ver con el contrato y/o una o más de sus cláusulas, necesariamente ha de designarse a un árbitro y éste, como primera cuestión de su cometido, deberá emitir un pronunciamiento respecto de la materia planteada respecto del contrato, sea en cuanto a su vigencia, validez, interpretación, efectos o cualquiera otro asunto que las partes pretendan reclamar respecto del contrato.

5) Extensión de la cláusula arbitral.

La cláusula arbitral, redactada en términos amplios limita absolutamente a la justicia civil para conocer aspectos del contrato.

Si la redacción no es clara, o bien es limitada, el juez civil necesariamente ha de ser competente para pronunciarse a su respecto.

6) Voluntad de las partes.

Finalmente, debe tenerse presente que frente a una cláusula arbitral aparece necesaria e indubitadamente presente la decisión de las partes de someter las controversias a la decisión de un árbitro.

Por ello, si el contenido preceptivo de la misma es confuso, o debe resolverse respecto de su validez y eficacia, necesariamente el órgano llamado a conocer y resolver aquello es un juez árbitro, sea éste designado por las partes, por un centro arbitral o bien por la justicia ordinaria.

La justicia ordinaria, resultaría incompetente para conocer y resolver respecto de la validez o eficacia de una cláusula arbitral, desde que aquella materia, ha sido sustraído de su esfera de

competencia en favor de un mecanismo alternativo de solución de controversias, como lo es la sede arbitral.

Una decisión o pensamiento en contrario, importaría vulnerar el espíritu contractual o incluso la voluntad misma de las partes, que es lo que ha de primar frente a la controversia respecto de este tipo de cláusulas.

III.- IMPROCEDENCIA DE ARBITRAJE

1) Alegación.

Otra incidencia que normalmente se plantea en sede de designación de arbitro es la improcedencia de arbitraje. Los argumentos que se esbozan son diversos. A modo de ejemplo, en materia de arbitraje forzoso, puede alegarse que:

- (i) No hay comunidad hereditaria.
- (ii) No hay comunidad de bienes.
- (iii) No hay sociedad conyugal.
- (iv) No hay cuenta que rendir.
- (v) No hay sociedad que liquidar.
- (vi) O bien, en materia contractual, que no existe cláusula compromisoria.

Bajo cualquiera de los supuestos antes planteados, sea respecto de materias de arbitraje forzoso o bien de arbitraje voluntario, lo pretendido por la parte citada es que no se lleve adelante el procedimiento de designación arbitral desde que no existe fundamento para ello.

Lo que se alega por esta vía, es que el juez civil o de letras, está impedido de designar un árbitro por cuanto no existe causa legal que justifique la designación de uno.

2) Arbitraje en sede contractual.

2.1) Principio rector.

El principio básico es que nadie puede ser obligado a someter un asunto a compromiso. Por ello,

en materia contractual, la única fuente indubitada de una forma alternativa de solución de controversias es la cláusula arbitral que se incluye en un contrato. Solo a partir de la cláusula compromisoria expresa es posible señalar que las partes de un contrato han convenido en que las controversias presentes y/o futuras serán solucionadas por la vía arbitral.

2.2) Inexistencia de cláusula arbitral.

La acción de solicitud de designación de arbitro puede enervarse mediante la exhibición del contrato en el cual se acredite que no se ha convenido en una forma alternativa de solución de controversias.

La falta de mención a una solución arbitral de las controversias hace operar el elemento de la naturaleza respecto de esta materia, que la justicia ordinaria es competente para conocer y resolver de todo y cualquier conflicto que no haya podido ser solucionado por los contratantes.

Sin duda alguna que, ante la inexistencia de una cláusula arbitral, el arbitraje es improcedente.

2.3) Cláusulas contradictorias.

Si en un mismo contrato, se establecen cláusulas por las que se acuerdan mecanismos contradictorios de solución de controversias, a saber, una cláusula compromisoria y otra de solución jurisdiccional de conflictos y se ha opuesto la excepción de improcedencia de arbitraje, el sentenciador debe analizar lo siguiente:

(i) Cláusulas de solución de controversia expresadas en términos genéricas: Primero, si ambas cláusulas son genéricas, esto es aplicable a todo el contrato, debe analizar lo elaborada o desarrollada que aparezca cada una de las cláusulas. Aquella que contenga un desarrollo más extenso, o que mas conforme parezca al contrato, ha de ser el reflejo de la voluntad manifestada al momento de contratar y aquella ha de estarse.

(ii) Cláusulas de solución de controversia expresadas en términos específicos para competencias determinadas: Puede ocurrir que las cláusulas tengan una apariencia de contradicción desde que hay referencia procedimietno arbitral y a justicia ordinaria. Sin embargo, aquella aparente contradicción podría quedar descartada por cuanto de la revisión del contenido preceptivo del contrato, en general y de dichas cláusulas, en particular, aparece que no hay contradicción alguna.

Puede ocurrir que las partes reserven ciertas materias para el conocimiento arbitral y ciertas materias para el conocimiento judicial ordinario. En tal caso, deberá analizar si la materia por la cual solicita designación de árbitro corresponde a una materia que se acordó como de resolución arbitral o de resolución judicial ordinario.

(iii) Cláusulas facultativas por voluntad de las partes: Puede ocurrir que existan los dos tipos de cláusulas y se faculte a las partes a recurrir sea a la justicia arbitral, sea a la justicia ordinaria, a su sola discreción. Asimismo, puede establecerse que, si se da uno o más supuestos, por ejemplo, la cuantía de

la controversia, es competente la justicia ordinaria o la arbitral, según sea el caso y en ambas, para conocer y resolver respecto de las mismas materias.

(iv) Cláusulas arbitrales en contratos regulados: Es de tendencia reciente que, en los contratos de adhesión, generalmente regulados por ley, el legislador haya establecido que, a elección de la parte mas débil, puede optar por la cláusula arbitral o bien por la acción civil ordinaria o especial que corresponda. En este caso, la cláusula arbitral puede no hacer referencia alguna a aquel derecho y es la parte que recurre a la justicia civil, la que debe acreditar que esta legalmente facultado para desestimar la cláusula compromisoria.

2.4) Distintos contratos.

Puede que las partes tengan regulada su relación contractual en más de un contrato, sea que estos correspondan a la misma fecha o bien, por tratarse de relaciones contractuales complejas, existan diversos cuerpos que conforman el vínculo total que las une. Frente a este escenario, de común ocurrencia, el sentenciador civil debe avocarse a lo siguiente:

(i) Cláusulas en diversos contratos de igual naturaleza: Si en contratos de igual naturaleza, existen diversas cláusulas por las cuales se establecen mecanismos de solución de controversias y ellos resultan contradictorios debe revisar lo siguiente:

(a) Si el contrato es el mismo, pero se trata de versiones nuevas o de revisiones en las que aparecen unos mas nuevos y otros más antiguos, el

juez debe estarse a la última voluntad reflejada en el contrato más reciente.

(b) Si el contrato es de diversas materias y también de distintas fechas: Debe revisar si el contrato más reciente permite una comprensión global de la fuente total de los vínculos establecidos entre las partes y, de ser así, estarse a dicha voluntad. En caso contrario debe ir, retrocediendo en los documentos -por fecha de los mismos- hasta encontrar alguno que en primer lugar permita establecer aquel vínculo complejo y, en segundo, establezca una forma clara de solución de controversias.

(ii) **Cláusulas en diversos contratos de diversa naturaleza:** Esto ya es mas complejo desde que la relación contractual de las partes se basa en una serie de instrumentos, de distinta naturaleza por los cuales se rige el vínculo. Aquí, a diferencia del caso anterior, necesariamente debe ir a los antecedentes del contrato y buscar las primeras fuentes de información que tenga disponible en las cuales se encuentre la causa o motivo que llevo a las partes a contratar. El acuerdo inicial, el cierre de negocios o el nombre que le hayan dado las partes. Si en dicho instrumento aparece la forma de solución de controversias, a aquella debe estarse. Si no aparece, debe avanzar en el tiempo desde el documento más antiguo, hasta el más nuevo, en la búsqueda del espíritu contractual de la relación y en la forma de solución de controversias. Muchas veces, estos acuerdos adoptan nombres en inglés, sea con siglas como “MOU”, “LU” o nombres como “Acuerdo de entendimiento, Carta de Intención, Cierre

de Negocios, Pactos de Accionistas, Joint Venture”, entre otros.

3) Arbitraje forzoso.

3.1) Inexistencia del hecho fundante.

Puede ocurrir que la negativa a la designación de árbitro es por no encontrarse frente a una de las situaciones que la ley establece como de arbitraje forzoso, a saber, aquellos contemplados en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales.

3.2) Existencia de un título indubitado.

Un elemento que permite enervar de inmediato la pretensión relativa a la improcedencia de arbitraje forzoso por falta de los supuestos es la existencia de un título indubitado que acredite que el solicitante y el solicitado se encuentran en la situación de resolver el asunto controvertido forzosamente mediante un arbitraje.

A modo de ejemplo:

- (i) Una sentencia declarativa de divorcio de un matrimonio que estaba casado bajo el régimen de sociedad conyugal.
- (ii) Un contrato de sociedad en que aparezca que la misma se ha disuelto y ha entrado en etapa de liquidación.
- (iii) Un título de dominio de un bien raíz que acredite que solicitante y solicitado son dueños en conjunto del mismo, sea que se indique su proporción o no.

- (iv) La inscripción especial de herencia respecto de un bien determinado en la que se señalan los herederos que son dueños en común del bien raíz determinado.
- (v) Una sentencia declarativa de la obligación de rendir cuenta a una determinada persona.
- (vi) La existencia de un contrato de sociedad y la presentación de un conflicto societario.

Frente a la existencia de un título indubitado que acredite que la materia es objeto de arbitraje forzoso, la alegación de improcedencia debe necesariamente ser desestimada.

3.3) Existencia de un título controvertido.

Si, por el contrario, la fuente de la negativa de procedencia de designación de árbitro es un título respecto del cual existe controversia y la controversia resulta suficientemente acreditada, el juez no debe dar lugar a la solicitud de designación de árbitro, hasta que se resuelva la controversia respecto del título en la cual se funda.

A modo de ejemplo.

- (i) La sentencia declarativa de divorcio que se encuentra con recursos pendientes.
- (ii) La sentencia declarativa de la obligación de rendir cuenta que tiene recursos pendientes.
- (iii) El título de dominio de un bien raíz, respecto de cuya propiedad existe litigio pendiente.

- (iv) La impugnación de la calidad de heredero de una persona.

3.4) Falta de título.

Puede ocurrir que no exista un título claro, que permita acreditar si la persona se encuentra o no en situación de aquellas que han de ser resueltas forzosamente por un árbitro. En este caso, no existe una posición única, pero es opinión de este abogado que la solicitud de negativa de designación de árbitro debiera ser desestimada y designarse a un árbitro cuya primera decisión debería ser precisamente si las partes en conflicto se encuentran o no en alguna de las situaciones de arbitraje forzoso y resuelto aquello, si estima que así lo es avocarse al conocimiento de la causa de fondo y si lo desestima, archivar los antecedentes. Lo anterior, por cuanto el juez árbitro tiene competencia exclusiva respecto de las materias de arbitraje forzoso y solo él puede determinar si una situación determinada, controvertida, sin título claro, constituye o no materia de arbitraje forzoso.

-O-O-O-O-O-O-