

## **Tomo IV de Sentencias Arbitrales del CAM Presentación**

El Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago ha realizado una importante contribución al arbitraje comercial institucional. Aún recuerdo las conversaciones que hace dos décadas sostenían don Carlos Torretti, ese abogado notable con quien tuve la oportunidad de asociarme, con Carlos Eugenio Jorquiera, en épocas inmediatamente anteriores a la formación del CAM. Con ese espíritu lúcido y visionario que lo caracterizaba, don Carlos Torretti estaba convencido de que era un camino muy prometedor el que se iniciaba. Y por completo necesario.

Década y media después, esta iniciativa de las ramas de la Confederación y del Colegio de Abogados muestra un grado de profesionalismo y de total neutralidad que hablan muy bien de la profesión legal y de la seriedad de este país. El CAM ha establecido un gran paraguas protector al arbitraje comercial en Chile. Ha sido manejado con prudencia y sensatez y su tarea es incorporar un creciente número de abogados de excepción a sus listas de árbitros, así como hacer un seguimiento de los procesos, ejerciendo cuidado permanente para aumentar la transparencia ya lograda y para que los estándares no decaigan. El staff limitado pero excelente contribuye a esta tarea con ejemplar diligencia y profesionalismo.

Una demostración de los estándares alcanzados y del interés público que la labor del CAM materializa es la publicación de las sentencias arbitrales, que ha llegado a su cuarto tomo.

En ejercicio de ese vicio impune que es hacer clases de derecho civil en la Universidad de Chile, he estado enseñando en las últimas clases el objeto y la causa en los contratos. Y en materia de objeto una de las materias más interesantes es la imposibilidad inicial para el cumplimiento, que tradicionalmente ha sido tratada sólo desde el punto de vista de la carencia de objeto y por tanto de la nulidad. Un tema particularmente interesante es que de la imposibilidad se puede seguir responsabilidad para el vendedor: sea por que éste había garantizado que la cosa existía, como suele ocurrir con las garantías que se otorgan al vender una empresa; o porque el vendedor, sin hacer esa declaración, el vendedor actuó a sabiendas de que la cosa estaba destruida o disminuida.

El problema es encontrar casos que no sean triviales para mostrar el sentido práctico de esas reglas. Y lo he encontrado en esta recopilación, en una sentencia muy bien construida, que formula con toda propiedad la responsabilidad *in contrahendo* del vendedor que conocía al contratar la inexistencia o grave defecto de la cosa y la imposibilidad de hacer prestación de lo debido.

El derecho privado se forma a partir de la interacción entre una tradición jurídica milenaria e innumerables casos que plantean las preguntas prácticas en que esa tradición se asienta. El derecho romano es una escuela espléndida en ese sentido. Es la perfecta combinación de forma y de casuística. Pero si el derecho carece de forma, el resultado es que las partes quedan entregadas al arbitrio del juzgador, en vez de someterse a un derecho conocido.

El gran riesgo del arbitraje es una especie de neo vulgarismo, en que los contratos dejan de ser aquello a que las partes se obligaron y el derecho aplicable no es lo que las partes esperaban cuando contrataron, sino una especie de construcción ex post, que el árbitro realiza sin consideración de la distribución de riesgos que encierra todo contrato, especialmente entre partes bien asesoradas.

Como ocurre con la sentencia que he referido, sobre la venta de un barco que presentaba defectos que debieron ser conocidos de la contraparte, la gran mayoría de las sentencias que he revisado en esta magnífica recopilación muestran que ese no es un vicio frecuente en las sentencias arbitrales chilenas.

Personalmente siempre he pensado que en materia de contratos no debiere haber una radical diferencia entre el arbitraje de derecho y de arbitradores. El derecho privado se ha desarrollado a lo largo del tiempo como un conjunto articulado de directivas que están construidas a partir de preguntas prácticas, pero que responden a una cierta estructura de valores, principios, conceptos y reglas.

El juego que pretenden desarrollar las partes que negocian un contrato no es someterse a lo que el árbitro decida, sino a aquello que acordaron. No se estaría sujeto al contrato si las reglas del juego fuesen definidas por el árbitro. Por eso, no debiere haber, en mi opinión, una diferencia sustancial entre la forma de fallar de un árbitro arbitrador y uno de derecho. Es más bien una cuestión de libertades respecto de las formalidades argumentativas y de la confianza que las partes ponen en el juicio prudencial del árbitro.

Pretender que la diferencia entre arbitraje de derecho y de arbitrador va más allá de las libertades formales es contradictorio con la lealtad que el árbitro debe tener al contrato. Eso lo entienden bien tanto los árbitros abogados como los ingenieros, como se infiere, por ejemplo, de un fallo de Máximo Honorato que hace una perfecta aplicación de la doctrina de la condición.

Es muy encomiable de la cultura arbitral chilena que no exista en los fallos publicados gran diferencia entre los fallos dictados como arbitradores y como árbitros de derecho. Son prácticamente indistinguibles. Todos los fallos que he tenido la oportunidad de revisar están contruidos sobre la base del derecho y del contrato. La argumentación suele ser directa y vinculada tanto a los hechos como al contrato y al derecho dispositivo aplicable. En otras palabras, los árbitros muestran una libertad que nace de su independencia y de su vinculación a reglas al momento de resolver, y no de su mero arbitrio.

La recopilación es un instrumento excelente de consulta en sus versiones impresa y digital. Posee un índice analítico muy preciso y comprensivo. Son pocas materias del derecho general de los contratos que no hayan sido tratadas por alguno de los fallos de entre el medio centenar que comprende esta publicación, o en las casi dos centenas comprendidas en anteriores recopilaciones. A ello se agrega la doctrina específica sobre los contratos más diversos, especialmente en materia de construcción de obra material, pero también en materias de arrendamiento de cosas y de servicios, de compraventa de los bienes más diversos, de promesa de celebrar contratos, de licencia, factoring interno e internacional, de innovación tecnológica y algunos más.

Hace algunos años me propuse que algunos de mis mejores alumnos de derecho civil hicieran una reconstrucción de la doctrina del contrato que nace de los fallos publicados por el CAM. Es una tarea pendiente que espero promover. Mi impresión es que la publicación de estos fallos contribuye a aumentar la certeza y hacer más previsibles las decisiones, favoreciendo el tráfico comercial y la seguridad jurídica. Se ha formado un *corpus* de doctrina arbitral muy valiosa para ese progreso incremental que caracteriza al derecho privado.

La recopilación de estos fallos dictados entre 2003 y 2006 tiene además la virtud de contar con un excelente trabajo de edición por parte de Elina Mereminskaya. La presentación sucinta de los hechos, de las normas invocadas y de la doctrina jurídica de los fallos facilita enormemente la consulta y la valoración en concreto de la pertinencia de las sentencias. A ello se agrega un magnífico índice analítico que hace de este tomo un imprescindible material de consulta en la litigación comercial. Y también como escuela de correcta negociación de contratos.

Uno se hace esperanzas, leyendo estos fallos, de que podrá lentamente constituirse en Chile una jurisdicción arbitral internacional de primera calidad con interacciones más profundas en el árbitro regional. Nuestras ventajas relativas como país siempre han estado en nuestras instituciones, que aquí se muestran en el decoro, en el correcto uso de la forma, en la humildad del juez árbitro que no pretende transformarse él mismo en protagonista.

Felicitaciones cordiales al Centro de Arbitrajes por esta recopilación, que lo enaltece como foro arbitral de primera calidad y que hace una excelente contribución jurisprudencial al derecho de contratos.

Enrique Barros Bourie  
Mayo 2008