

EL PROBLEMA DEL ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE EN LAS NORMAS DEL LIBRO III DEL CODIGO DE COMERCIO CHILENO Y EN LAS REGLAS DE HAMBURGO: ¿HACIA DÓNDE NAVEGAMOS?

*Claudio Barroilhet Acevedo**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

El asunto consiste en determinar cuál es el órgano que ejerce jurisdicción y competencia para conocer y decidir las controversias que se susciten con ocasión de un contrato de transporte de mercancías por mar. Esta interrogante se genera por la coexistencia de dos cuerpos normativos que asignan a distintos órganos jurisdiccionales la resolución de estas controversias: un tribunal arbitral en el Libro III del CCOMChi., y un tribunal ordinario en las Reglas de Hamburgo¹.

En efecto, de acuerdo al art. 1203 del CCOMChi., “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, será sometido a arbitraje...”. Según este precepto, la regla general establecida en el Libro III es el arbitraje. Esta norma complementa al art. 823 del mismo cuerpo legal, que extiende la aplicación del Libro III a los acontecimientos, actos o contratos relacionados a la navegación y comercio marítimos. Mientras que este señala la legislación aplicable, aquel determina la jurisdicción aplicable.

La jurisdicción arbitral establecida en el Libro III es una regla general, no absoluta. El mismo art. 1203 establece como excepciones al arbitraje, grosso modo, el acuerdo de los interesados; la competencia civil de los jueces del crimen para conocer acciones civiles indemnizatorias; ciertos juicios y gestiones especiales; la circunstancia de ser el Fisco una parte o la existencia de competencia de ciertas entidades estatales y, finalmente, la cuantía del negocio. No estamos frente a un caso de arbitraje forzoso —como los enumerados en el art. 227 del COTChi.—, sino frente a un arbitraje con fuente en la ley, general y dispositivo. General, por cuanto constituye la regla residual aplicable a toda controversia no encasillable en alguno de los cinco números del art. 1203, y dispositivo, porque las partes de la controversia pueden acordar someterla a la justicia ordinaria. La diferencia con el arbitraje forzoso es que, si bien

* Abogado Universidad Católica de Valparaíso. LL.M. Admiralty Law, Tulane University, New Orleans, Louisiana, U.S.A. Profesor de Derecho Marítimo Universidad Católica de Valparaíso, Universidad Católica del Norte y Universidad del Mar.

¹ Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, suscrito el 31 de marzo de 1978. En adelante, referido como “las Reglas de Hamburgo”.

ambos tienen su fuente en la ley y no en un compromiso o en una cláusula compromisoria, en los casos de arbitraje forzoso las partes interesadas no pueden válidamente entregar la controversia a la justicia ordinaria.

Del otro lado, es posible argumentar que las Reglas de Hamburgo otorgan jurisdicción general y residual a la justicia ordinaria. El art. 21 de dichas reglas, titulado "Jurisdicción", reza en su parte pertinente: "en los procedimientos judiciales relativos al transporte de mercancías sujeto a esta convención, el demandante, a su arbitrio, puede iniciar una acción en el tribunal que, de acuerdo al derecho del Estado donde el tribunal esté situado, es competente y esté dentro de la jurisdicción de alguno de los siguientes lugares...". La versión en inglés del citado precepto utiliza el término "court" en lugar de "tribunal competente".

Las Reglas de Hamburgo fueron ratificadas por Chile el 9 de julio de 1982 y publicadas en el Diario Oficial del 23 de octubre del mismo año. Internacionalmente, la convención que las contiene entró en vigencia el 1 de noviembre de 1992, pero ellas ya habían entrado a regir en Chile el 12 de julio de 1988, contenidas en el párrafo 3 del Título V del Libro III. En efecto, a nadie escapa la similitud que existe entre las normas del contrato de transporte marítimo en nuestro Código de Comercio y estas reglas. Es más, consta en la historia fidedigna del establecimiento del actual Libro III, que el mencionado párrafo 3 "contiene las Reglas de Hamburgo", que "su nervio central, son idénticos"². Entonces, esta normativa que regía como ley nacional desde 1988, adquirió una vigencia adicional desde 1992, pero ahora como tratado internacional. Aquí comenzó este problema de dualidad del órgano jurisdiccional: la regla general es la justicia ordinaria en las Reglas de Hamburgo y el arbitraje en el Libro III. Ambos son cuerpos normativos vigentes en Chile, pero al parecer incompatibles.

El objetivo de este artículo es analizar los distintos aspectos de este problema y explorar y exponer una solución. Linda con este problema el de la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción ordinaria insertas en los conocimientos de embarque: (configuran ellas la excepción del art. 1203 N° 2). Pese a que ambos suelen promoverse y discutirse conjuntamente en el foro, son asuntos jurídicos distintos. El problema del órgano jurisdiccional competente es una cuestión de conflicto de normas jurídicas, mientras que la validez de las cláusulas atributivas de jurisdicción es un problema de determinación e interpretación contractual. En consecuencia, la metodología para resolver cada uno, debe ser distinta.

2. ¿FALTA DE JURISDICCION O INCOMPETENCIA?

Pues bien, si se sostiene y demuestra que realmente existe un conflicto legal de potestades jurisdiccionales entre la justicia arbitral del Libro III y la ordinaria establecida en Hamburgo, habrá que atender su significado jurídico, determinado por el tipo de sanción a la invasión en potestad ajena de que

² Informe Técnico de la Comisión Redactora del nuevo Libro III, de fecha 10 de diciembre de 1985, p. 32.

se trate, lo que nos lleva a distinguir si se trata de invasión arbitral en terreno ordinario o viceversa.

Si el árbitro conoce una controversia que corresponda al conocimiento de un juez ordinario (en nuestro problema, prevaleciendo Hamburgo), es afirmable que la sanción sea la falta de jurisdicción. En efecto, los artículos 73 de la CPRCh. y el 1° del COTCh., definen la función jurisdiccional como la "facultad de conocer causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado" y agrega que ella "pertenece a los tribunales que establece la ley". La función jurisdiccional contiene tres atribuciones, cuyo ejercicio determina la existencia de las tres fases naturales del proceso. Primero, la *notio* que permite al juez conocer de los hechos, pretensiones, pruebas y argumentos de las partes, que se resuelve en los períodos o trámites de discusión y prueba, o de ambos a la vez, según la concentración del proceso. Segundo, la *decitio* o *judicio*, en que el juez ejerce el *jus dicere* y aplica, interpreta e integra el ordenamiento jurídico para resolver la controversia. Esta es la facultad más ilustrativa de la función judicial, porque es el momento en que el juez debe aplicar la ley y hacer justicia también. Finalmente, la *coercio* o *ejecutio*, que permite hacer ejecutar lo resuelto por el juez, por medio incluso de la coerción. Para "hacer ejecutar sus sentencias o hacer practicar los actos de instrucción que decreten, podrán los tribunales requerir de las demás autoridades el auxilio de la fuerza pública que de ellas dependiere, o los otros medios de acción conducente de que dispusieren", art. 11 del COTCh. En doctrina se le conoce como imperio. En materia civil, da origen a la fase y procedimientos de ejecución.

Según Aylwin, "sólo el Estado puede administrar justicia"³ y los árbitros "sólo tienen la facultad para conocer y juzgar las controversias, pero no para ejecutar lo juzgado, carecen de imperio"⁴. Entonces, la justicia arbitral carece de una atribución que posee la ordinaria. Esto concuerda con el art. 635 del CPCCh., que prescribe que la ejecución de una sentencia definitiva arbitral y de otras resoluciones que exijan procedimientos de apremio y otras medidas compulsivas o que afecten a terceros que no sean parte del compromiso, "deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto". Si los árbitros carecen de una atribución propia de la función jurisdiccional, ello implica que, conceptualmente, sus facultades no sólo no son idénticas a la de los jueces, sino que gozan de atribuciones menores que aquellos. Si bien es cierto que la facultad más esencial, importante e ilustrativa de la jurisdicción es la *judicio* y que los árbitros la detentan, no puede discutirse que, en puridad conceptual, ellos detentan una "cuasi-jurisdicción" o una jurisdicción sin imperio, que no es idéntica a la función jurisdiccional, tal como está definida en el art. 1° del COTCh. y en la doctrina.

Por estas razones, es posible sostener que si un árbitro se aboca a una controversia que está asignada a un juez ordinario, la consecuencia legal sea la falta de jurisdicción del árbitro. Ahora, si aceptamos que hay falta de jurisdicción, hay que aceptar necesariamente que el árbitro nunca ejerce la jurisdicción en sentido legal estricto, sea conociendo de materias que la ley o las partes válidamente le encomienden, e incluso materias que no le hayan

³ Patricio Aylwin Azocar. El Juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Santiago, 1958, p. 23.

⁴ Aylwin, op. cit. en n. 3, p. 24.

sido encomendadas, ya que nunca tendrá imperio. La idea de “cuasi-jurisdicción” se insinúa como una solución al problema, ya que permite dilucidar híbridamente la pugna entre una jurisdicción sin imperio y una no-jurisdicción. Aylwin, luego de reconocer que los árbitros sólo pueden conocer y juzgar las controversias, pero no ejecutarlas⁵, afirma que nuestros tribunales de justicia no han vacilado en otorgar a los árbitros la “jurisdicción del compromisario”⁶.

A la inversa, si un juez ordinario entra a conocer materias asignadas a un árbitro, es evidente que la consecuencia sería la incompetencia absoluta y no la falta de jurisdicción, ya que el juez ordinario sí que ejerce la función jurisdiccional en plenitud. Según Aylwin, “fuera de los árbitros no hay autoridad alguna que pueda ejercer jurisdicción en los asuntos a los que se refiere el art. 227 del COTChi.”, y “en estos no cabe prórroga de jurisdicción, porque no ejercen jurisdicción análoga”⁷. El temor de la afirmación de Aylwin cobra importancia si la adaptamos a la situación del arbitraje prescrito en el art. 1203 del CCOMChi. Pero hay que hacer dos aclaraciones, primero, que el arbitraje del art. 1203 no es forzoso como el del art. 227 (en el cual la única alternativa es la autocomposición), sino más bien es una regla general supletoria, con las consabidas excepciones. En todo caso, forzoso o legal, ambos arbitrajes tienen origen legal –no voluntario–, por lo no procede distinguir si es absoluto (como el forzoso) o general (como el del art. 1203). Segundo, está claro ya que jurisdicción propiamente tal y “jurisdicción sin imperio”, “cuasi-jurisdicción” o “jurisdicción compromisal” no son categorías conceptualmente idénticas. Aylwin se debate entre la falta de jurisdicción y la incompetencia absoluta⁸. Personalmente, me inclino por la incompetencia absoluta, aplicando lo dispuesto en los arts. 1º y 108 del COTChi. y 1203 del CCOMChi.: el juez ordinario tiene su jurisdicción legal y constitucional, pero carece de competencia absoluta en las materias del art. 1203, al menos como norma general, residual y supletoria. La razón es que la jurisdicción ordinaria es general y atrayente, potencialmente aplicable a todas las controversias que se susciten en el orden temporal, salvo las que la ley entregue a otros órganos, por esto, de no existir el art. 1203, estas disputas serían competencia de los jueces ordinarios. Esto significa que el juez ordinario no pierde su jurisdicción por efecto del art. 1203, sólo su competencia.

3. LAS HERRAMIENTAS PROCESALES PARA DENUNCIARLAS Y REMEDIARLAS. LA SANCION

La falta de jurisdicción y la incompetencia producen importantes consecuencias procesales. Son expedientes útiles que el demandado puede utilizar en estos litigios, cualquiera sea quien ostente tal posición procesal, por ejemplo, el transportador, el cargador, el consignatario, el transportador efectivo,

⁵ Aylwin, p. 24.

⁶ Aylwin, p. 61.

⁷ Aylwin, p. 84. Cita dos fallos de 1915, uno de la Excma. Corte Suprema y otro de la Ilma. Corte de Apelaciones de Valparaíso.

⁸ Aylwin, p. 84.

el armador, el operador, etc. Pero cuando se añade el ingrediente de la prescripción extintiva, el resultado puede ser letal para quien se enfrenta ante una alegación de incompetencia o de falta de jurisdicción. Asimismo, la distinción entre incompetencia y falta de jurisdicción produce consecuencias de distinta entidad procesal.

A mi juicio, hay que distinguir ante qué tribunal se efectúa y cuál es la alegación que se hace. En primer lugar, si se solicita a un tribunal ordinario la designación de un árbitro, y a ello se opondrá la falta de jurisdicción o la incompetencia. En segundo lugar, si el tribunal arbitral conoce de la acción y ante él se alega lo uno y/o lo otro. Y en tercer lugar, si conoce el tribunal ordinario de un litigio que se sostenga deba conocerlo uno arbitral.

Tratándose de la solicitud de designación judicial de árbitro, el resultado depende de la vía que se utilice: incompetencia o falta de jurisdicción. Esto está íntimamente ligado a y depende de la teoría que se elija al respecto, tal como se expuso en el segundo acápite. Si considera que el tribunal arbitral es incompetente —absolutamente, por ser *rationae materiae* el factor de competencia que falta— la herramienta procesal para denunciar este vicio sería la oposición a la gestión de designación de árbitro por incompetencia absoluta, que se hace ante el mismo tribunal requerido, y de acogerse significa el rechazo a tal solicitud.

No procede alegarla por el incidente de nulidad procesal por incompetencia absoluta del art. 83 del CPCChi., puesto que si aún no se designa el tribunal arbitral (y tampoco este ha aceptado tal encargo) no se ha constituido aún el tribunal supuestamente incompetente: no hay vicio que impugnar. A mayor abundamiento, no existe un perjuicio que sea reparable sólo con la declaración de nulidad. Sin tribunal arbitral constituido no hay vicio ni perjuicio, y sin vicio ni perjuicio no cabe pensar en nulidad. Como dice Aylwin, “la gestión de nombramiento de árbitro es de carácter previo e independiente, no se inicia el juicio arbitral, sino que se constituye el tribunal que conocerá del mismo”⁹.

Tampoco es un vicio que anule el proceso que amerite el incidente de nulidad de todo lo obrado del art. 84 del CPCChi., ya que el proceso de designación de árbitro se está efectuando ante un tribunal competente, que no se invalida por un vicio que, de estar constituido el tribunal arbitral, sólo afectaría a este, pero jamás al tribunal ordinario que participa en su designación. Ambas herramientas no proceden en este caso, porque implicarían atribuir a esta gestión vicios que afectarían al eventual tribunal arbitral que se trata de constituir y claramente son dos órganos y procesos distintos.

No debe confundirse la gestión para designar árbitro como procedimiento judicial y el objeto de la misma, que de acogerse da lugar a otro proceso. Lo que se impugna es el *petitum* del solicitante, pero no la validez del proceso en que se hace. Se trata de una improcedencia del fondo de lo pedido por el solicitante más que de corregir un vicio formal en la fase procesal en que se plantea. Por esta misma razón, me parece que tampoco procede atacar esta incompetencia —eventual, para el caso que se designe el tribunal— por la excepción dilatoria de incompetencia absoluta del art. 303 N° 1 y 111 del CPCChi. Reitero, aquí se está atacando la procedencia de lo solicitado, el

⁹ Aylwin, p. 341.

petitum, el fondo de la acción deducida y no una irregularidad que amerite una corrección del procedimiento.

Ahora, si se considera que el tribunal arbitral carece de jurisdicción para conocer del asunto a litigarse, por ejemplo, porque sólo ostenta una "cuasi jurisdicción", la herramienta para alegarlo es la oposición a la gestión de designación, por las mismas razones antes aludidas y porque "la oposición al nombramiento de árbitro procede cuando se niegan las circunstancias que hace procedente el arbitraje, por ejemplo, porque no se está dentro de un caso de arbitraje forzoso"¹⁰ o, *mutatis mutandi*, de arbitraje legal general. Según Aylwin, "la oposición convierte al procedimiento para nombrar árbitro en un litigio acerca de si procede o no efectuar su nombramiento, que es un juicio independiente, distinto y de lato conocimiento. Esto se aplica a las cuestiones de fondo sobre la improcedencia del procedimiento arbitral ... debe conocerla y fallarla el juez de letras si se le plantea. Esta es una cuestión principal que debería tramitarse como juicio ordinario si se le plantea o sumario si se requiere que se tramite rápidamente"¹¹.

La segunda situación que distinguimos es si el tribunal arbitral es constituido y ante él se alega la falta de jurisdicción, la incompetencia o ambas, en forma paralela o subsidiaria. En cuanto a la incompetencia absoluta, esta puede denunciarse promoviendo el incidente de nulidad procesal por incompetencia absoluta del tribunal ante el cual se litiga del art. 83 del CPCChi., o de nulidad de todo lo obrado por un vicio que anule el proceso del art. 84 del CPCChi., o por la excepción dilatoria de incompetencia absoluta del art. 303 N° 1 y 111 del CPCChi. Otra alternativa es oponerla como defensa y/o excepción de fondo al contestar la demanda, de acuerdo al art. 309 N° 3 de CPCChi. Asimismo, la incompetencia del tribunal configura la causal establecida en el art. 768 N° 1 del CPCChi., que hace procedente el recurso de casación en la forma y también puede ser declarada de oficio por el propio tribunal, de acuerdo a los arts. 83 del CPCChi. y 10 inc. 2 del C. O. de T.

Si se sostiene que se trata de falta de jurisdicción, son útiles para denunciarla los remedios procesales ya expuestos, ya que si un tribunal no tiene jurisdicción, con menor razón tiene competencia (que es la medida de la jurisdicción) y por ello la falta de jurisdicción se subsume en la incompetencia y cabría alegarla con las mismas herramientas. Pero según Hoyos, la falta de jurisdicción "se puede reclamar en cualquier tiempo, por la vía de la simple queja, incluso directamente ante la Corte Suprema"¹², "porque la falta de jurisdicción hace imposible la existencia del proceso jurisdiccional"¹³. Entonces, no procederían las excepciones dilatorias ni las perentorias, porque se trataría de un no juez, un no proceso que concluye en una apariencia de fallo con una apariencia de cosa juzgada¹⁴. Otros autores respaldan esta pos-

¹⁰ Aylwin, p. 352.

¹¹ Aylwin, p. 358

¹² Temas Fundamentales de Derecho Procesal, Francisco Hoyos Henrechson, Editorial Jurídica, 1987, p. 65.

¹³ Hoyos, p. 65.

¹⁴ Más aún, Hoyos concluye que ese "no juez" dictaría una resolución platónica, carente de toda eficacia, violaría el principio de la economía procesal, el art. 7 de la CPRCh. y sería civil y criminalmente por los daños causados por su arrogación de funciones.

tura planteando que los actos procesales "que se suceden ante dicha persona no constituyen un proceso y la resolución que dicte no es propiamente una sentencia"¹⁵. Esta tesis nos lleva derechamente hacia la inexistencia, que es una sanción distinta a la nulidad, y la diferencia es que mientras no se declare, la anulabilidad tiene apariencias de validez, mientras que la inexistencia es la nada misma. "Si falta la competencia absoluta, la sentencia puede ser declarada nula así como el proceso que se ha seguido para dictarla, sin embargo, si las partes dejan transcurrir los plazos legales para solicitar esa declaración, sin hacerlo, la sentencia se convalida, así como el proceso que la precedió"¹⁶. Mientras que la nulidad se sanciona con la cosa juzgada, la inexistencia no, porque si no hay juez, no hay ni proceso ni fallo ni cosa juzgada, sino que una mera apariencia de todos ellos. En consecuencia, la tesis de la falta de jurisdicción conllevaría a la intrascendencia jurídica de los actos materiales del proceso, reduciéndolos a, si se me permite una expresión poco jurídica pero muy gráfica, un montón de papeles con letras, lo que me parece una sanción desproporcionada, porque no veo un precepto que clara y expresamente establezca una excepción tan gruesa a la autoridad de cosa juzgada del art. 175 del CPCCh. y, a mi juicio, el problema de la falta de jurisdicción y/o de incompetencia no reviste de una gravedad y nocividad procesal suficientes como para aplicar una sanción de tal envergadura.

En efecto, no existe una violación severa al debido proceso que la amerite. No estamos en el terreno de los vicios o apartamientos procesales que afecten a la garantía del debido proceso, estamos en el terreno de la conveniencia, incluso de la política legislativa¹⁷. Esta es una decisión jurídica tomada por razones económicas. No se crearon los tribunales de comercio por su costo económico. Pero esta decisión no vulnera la garantía del debido proceso, ya que la única diferencia radica en que una es jurisdicción especial y la otra ordinaria. Es por ello que se ofrece el arbitraje como paliativo a la imposibilidad de costear la jurisdicción especial. El discurso fluye pues desde la política legislativa hacia el principio de la gratuidad en la administración de justicia, que en la doctrina se postula respecto a la jurisdicción ordinaria y general, y no precisamente a la justicia especializada, que es en esta materia la justicia arbitral. Por otro lado, reconozcamos que este principio no es de la esencia del debido proceso, al menos nuestra constitución no lo eleva a tal rango¹⁸. Si así lo fuera, no existiría el arbitraje.

Y en tercer lugar, si conoce el tribunal ordinario de un litigio y se sostenga que deba conocerlo uno arbitral, la sanción sería la incompetencia, porque el tribunal ordinario detenta una jurisdicción natural y atrayente, de la que se han sustraído ciertos negocios al arbitraje legal general. Pero si el art. 1203 no existiera, indudablemente estas disputas serían competencia de los tribunales ordinarios. Aquí hay jurisdicción del tribunal y lo que se hace es repartir y

¹⁵ Nociones de Derecho Procesal, Alex Avsolomovich Callejas, Germán Lührs Antoncich y Ernesto Noguera Gorget, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

¹⁶ Nociones, p. 66.

¹⁷ Véase la p. 53 del Informe Técnico citado en n. 2.

¹⁸ Nuestra Carta Fundamental sólo le ordena al legislador que proporcione defensa jurídica a quien no pueda procurársela por sí mismo (art. 19 N° 3, inc. 2), pero no la sitúa como un derecho fundamental en una materia tan especial como la que nos ocupa.

sustraer de esa jurisdicción ciertas controversias para llevarlas al arbitraje. Se distribuye jurisdicción con el factor materia, se coloca negocios dentro de las esferas de los distintos jueces. Conceptualmente, esto es competencia.

4. ¿CONFLICTO DE NORMAS O PROBLEMA DE INTERPRETACION?

El problema del órgano con jurisdicción y competencia puede enfocarse desde dos ángulos: como un conflicto de normas legales entre una convención internacional vigente, de la cual somos parte, y una ley nacional que incorpora —con una “pequeña” variante— el contenido de ese tratado como ley nacional. Si se lo considera un conflicto de normas, este se resolvería al determinar cuál de ambas normas prevalece. Pero el problema también puede abordarse como una cotidiana tarea de interpretación legal. Nos enfrentamos a una disyuntiva, puesto que la manera como se enfoque este problema determinará la metodología que se utilice para su resolución e influirá naturalmente en esta.

Asumido el problema como un conflicto de normas legales, su solución estriba en dilucidar la siguiente interrogante: (la regla del arbitraje general del art. 1203 fue derogada o modificada de alguna manera por el art. 21 de las Reglas de Hamburgo el 1º de noviembre de 1992). La respuesta pasa primero por la determinación acerca de si ambas normas tienen o no el mismo rango y valor.

El art. 50 de la CPRCh. establece como una atribución exclusiva del Congreso Nacional la de aprobar o desechar los tratados internacionales que le presente el Presidente de la República antes de su ratificación, y agrega: “la aprobación de un tratado se someterá a los trámites de una ley”. La norma fundamental no se pronuncia acerca del rango legal de un tratado internacional así aprobado, ni a su valor comparativo y precedencia respecto de otras normas de rango legal.

Esta omisión tiene su explicación en la historia de la ley. En la Sesión Nº 364 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, doña Luz María Bulnes Infante se manifiesta partidaria de mantener el sistema de la Constitución de 1925, en el sentido de disponer que los tratados se aprueben mediante un acuerdo del Congreso que tenga efecto de ley¹⁹. En la Sesión Nº 367, la señora Bulnes expresa que, en general, la doctrina afirma que el tratado tiene fuerza de ley desde el momento de su ratificación. El Decreto Ley 247²⁰ impone la obligación de promulgar y publicar el tratado una vez ratificado, y sólo desde este momento se lleva a efecto como ley de la República²¹. Don Raúl Bertelsen Repetto también se manifiesta de acuerdo con el sistema del D.L. 247²². Después de un largo debate, el señor Bertelsen propone mantener el sistema del D.L. 247, con el acuerdo favorable de la señora

¹⁹ Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (C.E.N.C.). Sesión Nº 364, del 3 de mayo de 1978, p. 2453.

²⁰ D.L. Nº 247 del 17 de enero de 1974.

²¹ C.E.N.C., Sesión Nº 367, del 9 de mayo de 1978, p. 2503.

²² C.E.N.C., p. 2504.

Bulnes²³ y una moción del señor Jaime Guzmán Errázuriz consistente en darle plazo al Presidente de la República para que promulgue el tratado internacional. Más adelante, el señor Guzmán propone darle al tratado un rango superior al de la ley, a fin de evitar modificaciones de tratados vigentes²⁴. El señor Bertelsen llama a la prudencia y recomienda no incluir esa norma en la Constitución, la que debe ser concisa, y agrega que una norma así podría ser perjudicial para los intereses chilenos en un futuro²⁵. La señora Bulnes concuerda que en materia internacional la Constitución debe ser concisa y agrega que si el sistema actual ha funcionado bien, no hay razones para cambiarlo. El señor Guzmán refuta que el sistema actual ha dado lugar a grandes debates y por ello debe solucionarse este punto²⁶. En la Sesión N° 368 se acordó posponer el punto de la primacía jerárquica del tratado sobre la ley²⁷. En la Sesión N° 371, el señor Guzmán propone consignar que una ley posterior no puede derogar o contrariar el contenido de un tratado, que debe entenderse como una norma de jerarquía superior a la ley²⁸. El señor Enrique Ortúzar Escobar reconoce que, si bien el tratado tiene fuerza de ley, ésta no puede modificar un tratado anterior, porque se estaría modificando un convenio bilateral por acuerdo de una parte, pero cree que debe optarse porque la Constitución calle en este punto y dejarlo entregado al buen criterio²⁹. El señor Bertelsen coincide en no decir nada sobre el particular³⁰. Luego de otra insistencia del señor Guzmán, en el sentido de consagrar la prevalecencia del tratado por sobre la ley, se llega al consenso en la Comisión que una ley no puede modificar un tratado, pero que otra cosa era la conveniencia o inconveniencia de expresarlo en la Constitución³¹.

Entonces, consta en la historia de la Constitución, que esta omitió deliberadamente regular este punto, pero que los miembros de la C.E.N.C. entendieron que un tratado internacional, desde el momento de su ratificación y posterior promulgación y publicación como ley, tiene idéntico rango y jerarquía normativa que la propia ley. No obstante ello, una ley posterior no debería derogar o contrariar un tratado vigente, ya que, de hacerlo, se estaría modificando unilateralmente un acuerdo bilateral.

Sentado ya el idéntico valor normativo de ley y tratado, toca ahora dilucidar cómo resolver la incompatibilidad entre la ley y el tratado.

Existe una "doctrina según la cual el juez nacional debe aplicar preferentemente su ley interna"³², porque el juez nacional es un órgano del Estado que deriva su función y atribuciones del orden jurídico nacional, que está sujeto a dicho orden cuyas normas debe aplicar en el ejercicio de su actividad

²³ C.E.N.C., p. 2507.

²⁴ C.E.N.C., p. 2511.

²⁵ C.E.N.C., p. 2512.

²⁶ C.E.N.C., p. 2512.

²⁷ C.E.N.C., Sesión N° 368, del 9 de mayo de 1978, p. 2516.

²⁸ C.E.N.C., Sesión N° 371, del 16 de mayo de 1978, p. 2585.

²⁹ C.E.N.C., p. 2586.

³⁰ C.E.N.C., p. 2586.

³¹ C.E.N.C., p. 2587.

³² Hugo Llanos Mansilla, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, Santiago, 1977, p. 426.

ordinaria”³³. “Al juez no le correspondería determinar si las leyes de su propio soberano son o no contrarias a las prescripciones del derecho internacional: en el foro interno el tribunal debe aplicar la ley interna aun si es contraria al derecho internacional”³⁴.

A la luz de la historia de nuestra Constitución Política, esta doctrina ha quedado obsoleta, ya que ambas normas tienen idéntico valor. Pero las hipótesis sobre las que se discutía en la C.E.N.C., tenían más relación con la modificación que una ley posterior pudiere hacer de un tratado vigente, que no es el caso de nuestro análisis, porque las Reglas de Hamburgo no estaban vigentes cuando el Libro III empezó a regir. Por el contrario, nos enfrentamos a una situación inversa, consistente en la entrada posterior en vigencia de un tratado internacional contrario a una ley nacional.

El propio tratadista Llanos Mansilla, más adelante, expresa que nuestros tribunales han resuelto que si existe una ley vigente y se concluye un tratado, este se aplica preferentemente, porque es ley posterior y, a veces, especial³⁵. Esto no es sino un corolario de considerar que el tratado tiene el rango de una ley y resolver el conflicto a través de las reglas propias de la teoría de la ley. En esta postura, dos razones abonarían la prevaencia de la justicia ordinaria de Hamburgo por sobre la arbitral del Libro III. Primero, el art. 21 de las Reglas de Hamburgo habría derogado tácita y particularmente al arbitraje general del art. 1203 del Libro III, ya que la norma de Hamburgo es posterior e incompatible con la del Libro III. Si aplicamos el art. 53 del CCChi., habríamos de inclinarnos por Hamburgo. Segundo, porque el art. 13 del CCChi. hace prevalecer las normas especiales por sobre las generales, y la justicia ordinaria sería una excepción a la norma del arbitraje general, en los términos del art. 1203 N° 1. También es especial, puesto que el ámbito de aplicación de Hamburgo sólo es el contrato de transporte marítimo, que es bastante más restringido que el del arbitraje, cuyo espectro son los actos y acontecimientos relacionados con el comercio y navegación marítimos (según los arts. 823 y 1203).

Apoyaría esta postura el art. 27 de la Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados³⁶, que prohíbe a un Estado Contratante invocar las disposiciones de derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. De acuerdo a esta norma, Chile no podría invocar el art. 1203 del CCOMChi. para justificar su incumplimiento del art. 21 de las Reglas de Hamburgo, ya que esto importaría una violación a las Reglas de Hamburgo y a la Convención de Viena, que podría dar origen a una responsabilidad del Estado de Chile por actos de su Poder Legislativo, consistente en “promulga(r) una legislación incompatible con sus obligaciones internacionales o bien por la falta de legislación necesaria para el cumplimiento de dichas obligaciones”³⁷. Ciertamente es que, al momento de regir el Libro III, las Reglas de Hamburgo no

³³ Llanos Mansilla, *op. cit.* en n. 9, p. 426.

³⁴ Llanos Mansilla, p. 426.

³⁵ Llanos Mansilla, p. 437.

³⁶ Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969, ratificada por Chile el 26 de febrero de 1981 y publicada en el Diario Oficial el 22 de junio de 1981.

³⁷ Llanos Mansilla, p. 465.

habían entrado en vigencia, pero sí habían sido suscritas y ratificadas por Chile. De esta manera, se nos podría imputar una actuación destinada a incumplir con un compromiso internacional –de vigencia condicional– contraído por Chile. Señalo, eso sí, que para llegar a esta afirmación es necesario concluir que, primero, ambas normas tienen el mismo rango y, segundo, que Hamburgo impone la justicia ordinaria como la única jurisdicción válida.

En cuanto a lo primero, me parece que tratar de establecer el rango legal de ambas normativas y su primacía es una tarea improcedente e innecesaria de abordarse aquí. Improcedente, porque el tema corresponde al Derecho Constitucional e Internacional, y me parece aventurado analizar de una manera circunscrita al problema del órgano jurisdiccional una materia que requiere de una aproximación omnicompreensiva, orgánica y sistemática. No es riguroso resolver una interrogante general desde un caso puntual. Además, me parece innecesario, porque más que ante un conflicto de normas legales, creo que sólo estamos ante una tarea de interpretación de ellas, tarea que se aborda interpretando separada y relacionadamente las normas que aparentemente estarían en conflicto.

En cuanto a lo segundo, lo analizaremos al interpretar las Reglas de Hamburgo.

5. EL ORGANISMO JURISDICCIONAL EN LAS REGLAS DE HAMBURGO

El artículo 21 de las Reglas de Hamburgo prescribe: “En los procedimientos judiciales relativos al transporte de mercancías sujeto a esta convención, el demandante, a su arbitrio, puede iniciar una acción en el tribunal que, de acuerdo al derecho del Estado donde el tribunal esté situado, es competente y esté dentro de la jurisdicción de alguno de los siguientes lugares...”. Estos lugares coinciden con los establecidos en el artículo 1032 en la Convención sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980 y en la Convención de Atenas relativa al Transporte de Pasajeros y su Equipaje, de 1974.

La versión en inglés de las Reglas de Hamburgo utiliza la expresión *Courts*, que es el vocablo inglés para referirse a las cortes o tribunales, que pertenecen al Poder Judicial y cuya función esencial y permanente es administrar justicia. En Inglaterra, una Corte es “un cuerpo establecido por la ley para la administración de justicia por jueces o magistrados”³⁸. En los EE.UU., el sistema judicial comprende las *trial courts*, las *Intermediate Appellate Courts* y las *Supreme Courts*, tanto a nivel estatal como federal. En general, el término *Court* se utiliza para aludir a los órganos judiciales que por definición administran justicia en forma permanente.

Por su parte, la versión en español del artículo 21 se refiere a “...un tribunal que sea competente de conformidad con la ley...”. En una primera lectura parecería que el texto en inglés es más restringido que el español, en el cual cabrían otros “tribunales competentes” que no sean los ordinarios, por ejemplo, tribunales administrativos y arbitrales. Inmediatamente surge la pre-

³⁸ A Concise Dictionary of Law, Oxford University Press, 2ª ed. 1990, p. 103.

gunta: ¿interpretación restringida o amplia? Creo que debe optarse por la interpretación de acuerdo a la extensión que el texto español proporciona. Esto, por aplicación del artículo 3 de las mismas reglas, que establece una norma de interpretación: "En la interpretación y aplicación de las disposiciones del presente convenio se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad". Así, en la disyuntiva debe elegirse la interpretación más amplia, porque si elegimos la más restringida vulneramos el texto en español o, si optamos por interpretar cada texto en su alcance literal, atentamos contra la deseada uniformidad. A mayor abundamiento, sería del todo ilógico que en Chile, siendo el castellano nuestro idioma oficial, prefiriésemos una interpretación propia del texto inglés, en contravención al texto español.

Por otra parte, y de acuerdo al art. 19 del CCCh., debemos mirar al origen y contexto de las Reglas de Hamburgo.

Según Osvaldo Blas Simone, el tema de la jurisdicción no se regulaba en las Reglas de La Haya ni en el Protocolo de Visby, por lo que el vacío fue colmado por los transportadores que comenzaron a insertar cláusulas de prórroga de jurisdicción a los tribunales competentes en sus respectivos países³⁹. El rasgo fundamental del artículo 21, según Lüddeke y Johnson, es que "el transportador está impedido de imponer su elección de foro, utilizando una cláusula atributiva de jurisdicción en un conocimiento de embarque"⁴⁰.

En los documentos de la UNCTAD consta que los distintos tribunales establecidos en el artículo 21 no derivan su competencia de las mismas reglas, sino que este precepto sólo establece las jurisdicciones donde puede entablarse el reclamo, "la competencia del tribunal de un país depende de la ley nacional de ese país"⁴¹. La Conferencia de Hamburgo debatió acerca si la convención debía o no contener normas sobre jurisdicción, y "la mayoría era de la opinión que tales normas eran necesarias para proteger a los embarcadores de las onerosas cláusulas atributivas de jurisdicción existentes en los conocimientos de embarque"⁴².

De esta manera, la historia de las Reglas de Hamburgo demuestra que ellas no se adoptaron con la intención de restringir la facultad de los Estados Contratantes en establecer tribunales para conocer de las controversias que a ellas se relacionen, o de imponer la justicia ordinaria como la única jurisdicción válida. Aplicado a nuestro caso, debe entenderse que las antedichas reglas no inhiben al legislador chileno de su facultad de otorgar jurisdicción y competencia a alguno de los tribunales establecidos en los artículos 1 y 5 del COTCh., o en otras normas.

Por otra parte, señalemos que el arbitraje no es del todo ajeno a las Reglas de Hamburgo, cuyo artículo 22 se titula precisamente "Arbitraje" y reza: "De acuerdo a las disposiciones de este artículo, las partes pueden pactar por medio de un acuerdo escrito que cualquier disputa que pueda

³⁹ Osvaldo Blas Simone, *Compendio de Derecho de la Navegación*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1987, p. 396.

⁴⁰ Christof Lüddeke y Andrew Johnson, *The Hamburg Rules, from Hague to Hamburg via Visby*, Lloyd's of London Press, 1995, p. 36.

⁴¹ UNCTAD Comments, Apéndice 6 de *op. cit.* en n.26, p. 102.

⁴² UNCTAD, p. 102.

surgir en relación a un transporte de mercancías regido por esta convención sea sometido a arbitraje”. Esta norma contempla un arbitraje voluntario, que tiene su fuente en una cláusula compromisoria y como tal necesariamente requiere de un acuerdo de las partes. Se trata de una institución distinta al arbitraje con fuente en la ley establecido en el artículo 1203 del CCOMChi., que es el que nos ocupa, pero que corrobora la idea que en las Reglas de Hamburgo no se impone un tribunal determinado, sino que se reenvía tal determinación al país en el cual se inicie el pleito, el que debe señalar los tribunales competentes. Y de acuerdo al art. 5 del COTChi., los tribunales arbitrales son tribunales competentes. Por lo demás, si las partes interesadas pueden acordar arbitraje, no existiría una razón que impidiera al legislador hacer lo propio.

6. EL ARBITRAJE EN EL LIBRO III

Ya hemos señalado que en estas materias el arbitraje arranca del art. 1203 del CCOMChi. En el caso del contrato de transporte marítimo, se complementa con el art. 1036, que establece que “cuando las partes no hubieren optado por la jurisdicción ordinaria, según lo que se dispone en el párrafo 1 del título VIII de este Libro, el procedimiento arbitral se incoará, a elección del demandante, en alguno de los lugares siguientes:...”, que corresponden a los mismos que se establecen en el art. 21 de las Reglas de Hamburgo; en el art. 1032 del CCOMChi.; en la Convención sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980 y en la Convención de Atenas relativa al Transporte de Pasajeros y su Equipaje, de 1974. Entonces, el art. 1036 reitera que la regla general en el Libro III es el arbitraje con fuente en la ley.

Analícemos los antecedentes que llevaron al legislador a implantar un sistema de arbitraje legal-general en nuestro Derecho Comercial Marítimo, así como los razonamientos que este tuvo presente para hacerlo.

En el Informe Técnico de la Comisión Redactora, que es el documento con que ella, el 10 de diciembre de 1985, acompañó y presentó el proyecto de ley que contenía el nuevo Libro III, se explica el contenido de esta nueva normativa y las razones que se tuvieron en consideración al diseñarla y redactarla. En la página 52 y siguientes se analizan las normas “De los procedimientos en el comercio marítimo”, artículos 1204 al 1211, y se expone que una de las innovaciones que contiene esta normativa es establecer como regla general que toda controversia que se derive de hechos, actos o contratos del comercio marítimo tenga como “jurisdicción normal, la arbitral”⁴³. La razón que respalda esta decisión es que “nuestros tribunales ordinarios de justicia están materialmente impedidos de tener el tiempo y la versación necesarios para el acertado conocimiento de las complejas controversias que los negocios marítimos engendran”⁴⁴. De ahí, prosigue, que la jurisprudencia nacional en esta materia sea escasa.

La Comisión Redactora reconoció que otra solución al problema habría sido la creación de tribunales especiales marítimos, pero esta conllevaba el

⁴³ Informe Técnico de la Comisión Redactora del Nuevo Libro III, p. 53.

⁴⁴ Informe Técnico, p. 53.

problema del financiamiento, de ahí que se adoptó por la solución arbitral como una alternativa sucedánea. Agrega el informe que, en los estrados foráneos, la mayor parte de los litigios marítimos se resuelve en procedimientos arbitrales y que la idea es que los propios "interesados en las controversias buscarán a personas idóneas y de prestigio profesional, que sean garantía por sus conocimientos técnicos y su acertada decisión dentro del particularismo marítimo"⁴⁵.

Luego, existen antecedentes adicionales en las Actas de la Sesión Conjunta de la Comisiones Legislativas encargadas de la revisión del proyecto de ley que sustituyó el Libro III. La sesión correspondiente al día 21 de abril de 1987 comprendió el estudio del Título VII, denominado "De los Procedimientos en el Comercio Marítimo". En las páginas 9 y 10 del acta respectiva se aprecia que existió un acuerdo en las comisiones en torno a la idea de someter a arbitraje esta materia, reconociendo, en palabras del Sr. José Bernal, miembro de la Segunda Comisión Legislativa, que "como aquí hay (una) norma contraria a las normas generales del Derecho Procesal, como es colocar primero el arbitraje y después la justicia ordinaria, aparece como necesaria (o) consagrar estas disposiciones"⁴⁶. El Sr. Hernán Chávez, Presidente de la sesión, corrobora lo expuesto y agrega: "sobre todo porque establece como regla general el arbitraje, lo que es sumamente conveniente en estos tiempos, atendida la naturaleza de la actividad marítima"⁴⁷. El Sr. Hugo Araneda, en representación de la Cuarta Comisión Legislativa, agrega que la comisión que representa "...en el orden interno es partidaria del arbitraje en toda clase de materias, con excepción de lo penal"⁴⁸. En estos términos se aprobó el texto del artículo 1204, que pasó a ser el 1203 en el texto definitivo.

Consta en la historia de la ley que la intención fue establecer el arbitraje como regla general. De acuerdo al art. 19 del CCCh., esto constituye un elemento de interpretación de la ley.

Sostengo que este no es un problema de conflicto de normas, sino que una mera tarea de interpretación de las mismas, ya que, tal como lo he expuesto anteriormente, las Reglas de Hamburgo no imponen la jurisdicción ordinaria como exclusiva y excluyente. Por el contrario, entregan a la legislación de cada país contratante el establecimiento de los "tribunales competentes".

Así lo ha entendido también el legislador nacional. En efecto, el art. 979 señala que "sin perjuicio de lo que establezcan los tratados o convenciones internacionales vigentes en Chile, las disposiciones de este párrafo se aplicarán a todos los contratos de transporte marítimo, siempre que...", y ahí prosigue la norma, estableciendo los casos de su aplicación, que son los mismos establecidos en el art. 2 de las Reglas de Hamburgo. Esta norma establece el ámbito de aplicación de la normativa del Libro III, y la función del adverbio "sin perjuicio" es señalar que este párrafo 3, titulado "Del contrato de transporte marítimo", se aplica sin menoscabo o desmedro de los tratados internacionales vigentes en Chile. Esto significa que el legislador percibe que no hay un

⁴⁵ Informe Técnico, p. 54.

⁴⁶ Actas de la Sesión Conjunta de la Comisiones Legislativas correspondiente al día 21 de abril, p. 10.

⁴⁷ Actas, p. 10.

⁴⁸ Actas, p. 11.

conflicto entre las normas del Libro III y las Reglas de Hamburgo, ya que estas permiten al legislador nacional establecer los tribunales competentes para conocer y resolver las controversias que se susciten en torno a esta materia.

Agrega el legislador en el art. 1038 que el árbitro o el tribunal arbitral deberán aplicar las reglas de este párrafo (cuándo), en los casos del 979, que establece el ámbito de aplicación de esta normativa y que corresponde al "*scope of application*" del art. 2 de las Reglas de Hamburgo. El art. 979 es una norma de derecho sustantivo, y el art. 1038 le ordena al tribunal arbitral aplicar las normas del transporte marítimo en los casos que ella establece.

¿Cómo juega en este esquema el art. 1032? Este precepto dispone: "Sin perjuicio de las normas sobre competencia que establece la ley, en los asuntos judiciales relativos al transporte de mercancías regidos por este párrafo, serán también competentes a elección del demandante, los siguientes tribunales:...", y establece una pluralidad de tribunales competentes, cuya ubicación y determinación equivale a los lugares que el art. 1036 dispone como lugares donde puede seguirse el juicio arbitral, en los casos en que las partes no opten por la justicia ordinaria. Pareciera que la idea del legislador fue dotar al demandante de competencias alternativas, ya que comienza el precepto reservando la aplicación de las normas de competencia legal. Respetando la amplitud de la remisión legal, el llamado recoge eco inmediato en el art. 138 del COTChi., que establece la competencia relativa para las acciones muebles, disponiendo que sea el tribunal del lugar estipulado por las partes en la convención (o prórroga expresa de competencia) o, en subsidio, el del domicilio del demandado, los que ya están incluidos en los arts. 1032 y 1036, que absorben por tanto al 138.

Pero la pregunta que ocupa es si los tribunales que establece el art. 1032 suprimen o modifican la regla general del art. 1203, que es el arbitraje legal general. No parece lógico que el legislador haya querido alterar su régimen general en forma ambigua y, sin expresarlo expresa y claramente en la ley, se aparte de la regla del art. 1203. Y de hecho, se trataría de una excepción gruesa como para no decirla claramente en la ley. Entonces, me parece que debe dársele otra interpretación a esta norma, y que lo correcto es sostener que este artículo puede tener, al menos, dos aplicaciones. Primero, para el caso que las partes no hayan nombrado al árbitro y no lleguen a acuerdo acerca de su persona, caso en el cual debe, de acuerdo a los arts. 222, 232 del COTChi. y 414 del CPCChi., acudirse ante el tribunal ordinario para que lo nombre (cuál tribunal), cualquiera de los contenidos en el art. 1032. Segundo, en los casos en que uno o más lugares de los señalados en este precepto estén ubicados fuera del territorio nacional y en otra jurisdicción, podrá acudirse a los tribunales, porque si se trata de un territorio y tribunal extranjeros que están fuera de Chile, no podemos sostener que la regla legal general sea el arbitraje: sería pretender aplicar extraterritorialmente una regla procedimental, como "exportar" el arbitraje, y ello no funciona, porque no puede aplicarse territorialmente una norma que interfiera con el establecimiento de un órgano jurisdiccional público extranjero, estaríamos inmiscuyéndonos en la regulación de un Poder de otro Estado y ello es inadmisibles. Estas dos aplicaciones justifican un sentido lógico de este precepto en el sistema del arbitraje legal.

7. ¿HACIA DÓNDE SE NAVEGA EN EL DERECHO COMPARADO?

7.1. *Estados Unidos.*

En 1995, la Corte Suprema de los EE.UU. (USSC) resolvió acerca de la relación existente entre "The Carriage of Goods by Sea Act" (COGSA, que es la versión norteamericana de las Reglas de La Haya) y una cláusula atributiva de jurisdicción arbitral, inserta en un conocimiento de embarque. En "Vimar Seguros y Reaseguros S.A. v. M/V SKY REEFER"⁴⁹, la Corte aceptó entrar a dilucidar si la cláusula de un conocimiento de embarque por medio de la cual se sometía la resolución de controversias a un arbitraje extranjero, atenuaba o no las responsabilidades y deberes del transportador en algún sentido prohibido por COGSA. Se trataba del transporte de cítricos desde Marruecos hacia Massachusetts, los que habían sido comprados por un distribuidor de frutas a una exportadora marroquí. El buque contactado para el viaje fue el SKY REEFER, de propiedad de una naviera panameña y "charteado" por tiempo a una naviera japonesa. El embarque fue efectuado por cuenta de los exportadores-cargadores. Una vez embarcada la mercancía, el fletador por tiempo, en su calidad de transportador, emitió un conocimiento de embarque que contenía una cláusula atributiva de legislación (legislación japonesa) y de jurisdicción (jurisdicción arbitral japonesa, a cargo de la Comisión de Arbitraje Marítimo de Tokyo). La carga arribó a destino con daños por sobre el millón de dólares. Los aseguradores de la carga, pagado que fue el siniestro y subrogados por tanto en los derechos del consignatario, iniciaron las acciones legales en contra el propietario de la nave (*in personam*) y la nave misma (*in rem*), las que fueron interpuestas en la Corte Federal del Distrito de Massachusetts. Los demandados opusieron la cláusula arbitral y solicitaron la suspensión del procedimiento incoado. Los demandantes replicaron, entre otros argumentos, que tal cláusula violaba las normas de COGSA, ya que el inconveniente y los costos de litigar en Japón implicaban que se disminuiría la responsabilidad del transportador. La Corte rechazó los argumentos de los actores y estos apelaron para ante la Corte de Apelaciones del Primer Circuito Federal de los EE.UU., la que, si bien consideró que la cláusula era inválida a la luz de COGSA, era válida según la Ley de Arbitraje Federal (FAA), que prevalecía por ser una ley más específica, por lo que confirmó la resolución de primera instancia.

La USSC concedió "*certiorari*" y analizó el punto sometido a su decisión a la luz de dos argumentos esgrimidos por el actor: que esta cláusula encarecía los costos de litigio (y por ello disminuía la responsabilidad del transportador) y que el arbitraje extranjero acarrearía el riesgo que COGSA no fuera aplicada o fuera erróneamente aplicada. Estas cláusulas ya habían sido reiteradamente invalidadas por las Cortes de Apelaciones del Circuito Federal, especialmente, por la Corte del Segundo Circuito, en el caso líder en esta materia: "Indussa Corp. v. S.S. RANBORG"⁵⁰.

La USSC razonó que la responsabilidad que no puede atenuarse por mandato de COGSA es la que emana de la negligencia o del incumplimiento

⁴⁹ 115 S. Ct. 2322.

⁵⁰ 377 F. 2d 200, 1967.

de las obligaciones del transportador, y no se refiere al problema de los medios y costos para demandar por tal responsabilidad. La primera se refiere a obligaciones específicas del transportador: ejercer la debida diligencia para colocar una nave navegable al comienzo del buque y cuidar adecuadamente de la carga. Estas son obligaciones substantivas y no pueden atenuarse por cláusulas contractuales. Pero COGSA no prohíbe acordar que tales obligaciones se hagan ejecutar en un foro determinado.

La Corte agregó en abono de su postura la forma cómo se han interpretado las Reglas de La Haya en los distintos Estados que son parte de ellas y el respeto y consideración a las normas extranjeras con que obran hoy en día los árbitros. El temor a los foros extranjeros no se compadece con la noción de mercado mundial.

Respecto al segundo argumento del actor, la Corte estimó prematuro concluir que los árbitros no aplicarían COGSA (que contiene normativa de orden público y se aplica en calidad de tal a todos los transportes públicos por mar, bajo régimen de conocimiento de embarque, desde o hacia los EE.UU.). Concluyó, además, que la defensa no alegaba la aplicación de otra ley distinta a COGSA. En este sentido, dijo la Corte, la Corte de Distrito hizo bien en retener jurisdicción en el punto de la elección del derecho aplicable, para ejecutar o no el laudo arbitral, haciendo prevalecer el legítimo interés en la aplicación de la normativa legal existente (COGSA).

7.2. Inglaterra.

En 1927, Scrutton, L.J señalaba que una cláusula atributiva de jurisdicción no alteraba la responsabilidad del transportador, ya que "la única diferencia es sólo procedimental —¿dónde debe ejecutarse la ley?— y no me parece que en esta cláusula procedimental se disminuya la responsabilidad"⁵¹.

El criterio inglés es no hacer cumplir las cláusulas atributivas de legislación si la ley aplicable en el foro elegido difiere de la versión inglesa de las Reglas de La Haya en una manera que atenúe la responsabilidad del transportador. En *The Hollinada*⁵², The House of Lords no ejecutó la cláusula de elección de foro. Se trataba del transporte de maquinaria desde Inglaterra hacia las Antillas Holandesas, a cargo de un transportador holandés. El conocimiento de embarque contenía sendas cláusulas atributivas de legislación y jurisdicción holandesas. La carga arribó dañada a su destino, por lo que los consignatarios iniciaron acciones "*in rem*" en contra de la nave en las Cortes del Almirantazgo. El propietario de la nave solicitó a esta la suspensión del procedimiento, alegando la existencia de las mencionadas cláusulas. The House of Lords examinó la ley extranjera a cuya regulación se sometía el conocimiento de embarque a fin de determinar si, en comparación a la ley inglesa, se disminuía la responsabilidad del transportador, y llegó a la conclusión que esto sí ocurría, ya que la ley holandesa establecía un límite de responsabilidad de £ 250, en lugar de las £ 11.000 que determinaba la ley inglesa. Por ello, invalidó ambas cláusulas. El ámbito de esta decisión es la cláusula atributiva de legislación y no la de

⁵¹ *Maharani Woollen Mills Co. v. Anchor Line*, 1927, 29 L.L. Rep. 169, 169 (C.A.).

⁵² [1983] 1 Lloyd's Rep. 1.

jurisdicción arbitral, ya que, en tal caso, la elección de la legislación queda entregada a la discreción del árbitro.

Los ingleses examinan caso por caso la validez de tales cláusulas, a la luz de la existencia en la legislación o jurisdicción extranjera de normas que, comparativamente a la ley inglesa, disminuyan la responsabilidad del transportador.

Los norteamericanos establecieron una fórmula general que, por el contrario, espera que el arbitraje termine para hacer tal ponderación, reteniendo en tanto jurisdicción sobre el caso o, dicho de otro modo, sin que opere el desasimiento del tribunal.

7.3 Australia.

En "*Hi-Fert Pty Ltd v. Kiukiang Maritime Carriers Inc. (The Kiukiang Career)*"⁵³, se discutió el valor de las cláusulas atributivas de jurisdicción. Se trataba del transporte de fertilizantes desde Tampa, Florida, EE.UU., hacia puertos australianos. La carga se contaminó y las autoridades prohibieron la descarga. Cargador y consignatario demandaron al dueño de la nave, basados en los conocimientos de embarque (o sea, en el contrato de transporte marítimo), y el consignatario de la mercancía, además, demandó al fletador por tiempo de la nave, con quien había celebrado un contrato de transporte de mercancías por mar. Los demandados solicitaron se suspendieran los procedimientos, alegando la existencia de cláusulas compromisorias de jurisdicción arbitral en Londres, la que fue incorporada por remisión en el conocimiento de embarque emitido en Florida. El Juez Federal que conocía la causa accedió a tal petición. Uno de los puntos que se discutió, y que fue objeto de esta decisión, se refería a la validez de dicha cláusula en relación a *The Carriage of Goods by Sea Act 1991*, cuya sección 11 (2) (c) priva de efectos a las cláusulas que se inserten en los conocimientos de embarque, en la medida que limiten o eliminen la jurisdicción de una Corte de la Mancomunidad.

La Corte acogió la tesis del dueño de la nave en el sentido que la expresión "*so far as*" (en la medida que) en dicha cláusula permitía inferir que tal cláusula compromisoria (en este caso a Londres) debía ser invalidada en cuanto al lugar del arbitraje, pero respetada en cuanto al acuerdo de someter a arbitraje la controversia.

Este resultado contrasta con la versión anterior de *Carriage of Goods by Sea Act* de 1924, cuya sección 9 (2) declaraba "ilegales, nulas y sin ningún efecto" a las cláusulas compromisorias en los conocimientos de embarque, sección que había sido confirmada en "*Wilson v. Cies Messageries Maritimes*"⁵⁴, en que se desconoció validez jurídica a una cláusula atributiva de legislación y jurisdicción francesas respecto de un transporte de mercancías hacia Sydney. Los consignatarios demandaron en una corte australiana y los demandados opusieron la falta de jurisdicción como defensa y la corte estimó que era impropio pactar una jurisdicción distinta a la australiana.

⁵³ LLOYD'S MARITIME AND COMMERCIAL LAW QUARTERLY [1997] LMCLQ 321-464, Part 3 August 1997, Australian Maritime Law Decisions, Martin Davies.

⁵⁴ [1954] 2 Lloyd's Rep. 544 (NSW).

Como puede apreciarse, el arbitraje tiene reconocimiento y aplicación en el extranjero, especialmente, en los países donde rigen las Reglas de La Haya. Ciertamente es que se trata de arbitraje voluntario o con fuente en un acuerdo de los litigantes, generalmente una cláusula compromisoria inserta en un conocimiento de embarque o en un contrato de fletamento. Pero el reconocimiento a estas cláusulas no es absoluto e irrestricto, por el contrario, se controla su aplicación: los tribunales ordinarios aceptan la jurisdicción arbitral y respetan el acuerdo de las partes de someterse a una jurisdicción y/o legislación extranjera, "en la medida" que no se menoscaben los derechos y obligaciones que las propias Reglas de La Haya establecen. Esto se controla, ya de una manera *a priori*, como en Inglaterra, en que se compara la legislación/jurisdicción al que se someten las partes con la nacional, o ya de una manera *a posteriori*, como en los EE.UU., donde se suspende el proceso ante los tribunales ordinarios hasta que se emita el laudo arbitral, y luego se efectúa tal comparación. En Australia, la idea de "la medida" ha sido reconocida en la versión reciente de COGSA, y su aplicación queda entregada a criterio del juez ante el que se alegue su invalidez.

8. UN JUICIO DE VALOR

¿Es conveniente que tengamos un arbitraje legal general? Sopesemos la balanza desde un punto de vista práctico. Ciertamente es que surgen a la vista varias ventajas del arbitraje. Se trata de un procedimiento expedito, como dijo alguien, "litigar ante un juez árbitro es como tener un ministro en visita", dedicado especialmente a una causa. Si las partes impulsan el proceso, este se desenvolverá con celeridad. No ocurre lo propio en nuestros tribunales de justicia. Con todo el respeto y admiración que me merece la abnegada labor que desempeñan nuestros magistrados, a nadie escapa el hecho público y notorio que nuestros tribunales están "atohados" de causas por tramitar. Esta diferencia se agudiza en el caso del arbitraje mixto, en que las partes —de acuerdo al art. 636 del CPCChi.— pueden concentrar y agilizar el proceso, por ejemplo, suprimiendo trámites o acortando plazos.

Por otra parte, ya que es designado por los litigantes, el árbitro suele ser más o menos especializado en la materia sobre la cual versa el litigio, lo cual también ocurre cuando lo nombra el tribunal. La forma como naturalmente opera y debe operar, es que estos litigios se sometan a abogados que conocen la materia debatida, y esta especialización permite que los litigantes tengan un grado de certeza y previsibilidad acerca de los posibles contenidos del fallo. También se disminuye el margen de error judicial si el juzgador es más entendido en la materia.

En Chile el arbitraje se creó como un paliativo a la inexistencia de una justicia especial, léase tribunales de comercio o tribunales marítimos, que son más especializados aún. El arbitraje es el mejor sucedáneo a la falta de justicia especializada. Existen tribunales especiales en estas materias en otros países, por ejemplo en Inglaterra la jurisdicción marítima se ejerce por la "Queen's Bench Division of the High Court", que es una sección especializada de la High Court, compuesta por Admiralty Judges⁵⁵. En los EE.UU. la

⁵⁵ Admiralty Jurisdiction and Practice, Nigel Messon, Lloyd's of London Press Ltd., 1993, p.1.

jurisdicción marítima es parte del sistema judicial federal, reservada a los jueces federales que conocen de "todos los casos de jurisdicción del almirantazgo y marítima estas"⁵⁶. También existen tribunales especiales de comercio en Alemania, Australia, Bélgica, Holanda, India, Panamá, Malasia y Suecia.

Finalmente, el arbitraje colabora directamente a la formación y desarrollo de una jurisprudencia armónica, porque son las propias partes y protagonistas del negocio marítimo quienes se encargan de difundir los fallos e ir asentando *el precedente que conforma la jurisprudencia*. Esto produce una evolución y adaptación ordenada y cohesionada del derecho marítimo nacional, que puede ir calibrándose de acuerdo a las soluciones y orientaciones que se presenten en el derecho marítimo general, que se nutre de la mezcla entre jurisprudencia, tratados internacionales, legislaciones nacionales y el derecho vivo de los contratos. El arbitraje ordena nuestro derecho, orienta nuestra jurisprudencia y la adapta a los vaivenes del derecho marítimo general.

El único *downside* del arbitraje es su costo económico. Ciertamente, como en Chile se optó por no financiar tribunales especiales en esta materia, ni aun en materia comercial en general, la especialización se colocó a costa de las partes litigantes, quienes deben pagar por ella. Esta es una decisión de política legislativa, basada estrictamente en restricciones o prioridades presupuestarias. Es indudable que en ciertas ramas del derecho la justicia especializada es más idónea que la jurisdicción ordinaria, pero supone crear, hacer funcionar y financiar estos tribunales, y eso es gasto fiscal. Por el contrario, el arbitraje es una especie de privatización de la justicia en esta área y es evidente que es más caro que la justicia ordinaria. Pero este costo se desplaza en definitiva al consumidor final, al asumírsele como un costo más del negocio. Otra parte es absorbida por los aseguradores de casco y carga que ejercen acciones de recupero y los de responsabilidad que defienden a sus asegurados. Sea como fuere, el costo es el precio que hay que pagar por la celeridad, concentración, certeza, especialización, armonía y cohesión aludidos. Pues bien, si reconocemos que la mayoría de las causas que llegan a litigarse en materia de transporte marítimo no son precisamente de mínima ni de menor cuantía, sensato es destinar parte del costo de litigar a hacerlo ante un órgano jurisdiccional con todos los atributos ya mencionados.

Por todas estas razones, creo que antes que la sanción procesal de inexistencia (que es una de las soluciones que teóricamente podrían aplicarse a este problema), es más conveniente adoptar la justicia arbitral como sucedáneo de una jurisdicción especial que no podemos financiar, no sólo por pensar que es más lógico en términos de legalidad, justicia, celeridad, especialización, certeza, armonía, progreso y conveniencia, sino que es más útil a nuestro desarrollo jurídico el propiciar el arbitraje antes que enfrascarnos en eternas, complejas, ramificadas e impredecibles discusiones jurídicas acerca de cuál es el órgano jurisdiccional competente, lo que ciertamente atenta contra la dinámica que el tráfico marítimo requiere para operar eficientemente. Me parece que entre rotular al arbitraje con la falta de jurisdicción o incompetencia y sancionarlo con la inexistencia o nulidad procesal, o traspasarle el costo de sucedáneo a la falta de justicia especializada a sus protagonistas, que en definitiva termina siendo soportado por sus beneficiarios y consumidores, lo

⁵⁶ United States Constitution, Article III, Section 2.

más racional es lo segundo. Si tanto se sostiene y plantea la globalización de las economías, mercados y tráficos; si queremos ofrecer a quienes son nuestros aliados y clientes comerciales una plaza de comercio atractiva, dotada de un ambiente jurídico y procesal cierto, especializado, moderno, armónico y adaptable a la rápida evolución del negocio marítimo; si observamos los principales centros donde se litiga y genera el derecho marítimo general, en todos ellos se ha arraigado el arbitraje desde hace mucho tiempo y, como alternativa a él ofrecen justicia ordinaria especializada (me refiero a la House of Lords del Reino Unido y a la United States Supreme Court), quienes encabezan el desarrollo de esta rama. Por todo esto, mientras en Chile no existan tribunales marítimos especiales o tribunales de comercio, naveguemos pues hacia el arbitraje.