



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

REVISTA CHILENA

DE

DERECHO DE SEGUROS

AÑO 9 N° 17 SANTIAGO DE CHILE OCTUBRE DE 2007



Asociación Internacional de Derecho de Seguros - Sección Chilena

Revista Chilena de Derecho de Seguros

Año 9 Nº 17 Santiago de Chile, Octubre de 2007

La Revista Chilena de Derecho de Seguros es el órgano oficial de expresión de la Sección Chilena de AIDA, Association Internationale de Droit des Assurances.

En sus páginas se publican trabajos sobre el ramo preparados por sus asociados o por especialistas de otras partes del mundo y que selecciona el Comité Editorial, además de noticias de actualidad en relación con el Derecho de Seguros y la actividad aseguradora y reaseguradora en que aquel se inserta.

Comité Editorial:

Sergio Arellano Iturriaga
Osvaldo Contreras Strauch
Juan José Vives Rojas

Es Director de la Revista el Señor Osvaldo Contreras Strauch

La revista se imprime en los talleres de GRAFICA JORY, Cónдор 848 Santiago

Domicilio: Ahumada 341 Oficina 207 Telefonos 639 6175 633 6720 Fax 639 5072 , Sede del Colegio de Abogados (Atención Sra. Ana María Carbone)

Secretario: Manuel Carvalho Pardo

E-mail: secretaria@colegioabogados.cl

E-mail del Director: osvaldo.contreras@contreraslex.cl

REVISTA CHILENA DE DERECHO DE SEGUROS

Año 9 Nº 17 Santiago de Chile Octubre de 2007

ÍNDICE

Editorial	Pag. 5
Arbitraje Comercial Internacional	
Ley 19.971 - 2004	
Alberto Labbé Valverde	Pag. 9
Principios inspiradores de las decisiones arbitrales	
Ricardo Peralta Valenzuela	Pag. 29
Los liquidadores de Siniestros o liquidadores de Seguros en Chile	
Oswaldo Contreras Strauch	Pag. 35

EDITORIAL

La presente edición de nuestra revista esta marcada por el sello de la inminente realización en nuestro país, del X Congreso del CILA (Comité Ibero Latinoamericano de AIDA), a celebrarse en la ciudad de Viña del Mar entre los días 7 al 10 de noviembre próximo. (Hotel del Mar).

En este Congreso se debatirán algunos de los aspectos doctrinarios y prácticos de mayor relevancia para nuestra especialidad, a efectos de lo cual se han recibido trabajos y ponencias de una gran calidad académica, lo que augura desde ya un completo éxito.

El programa del Congreso será el siguiente:

Miércoles 7:

10:00 a 19:00	Inscripción y Registro
11:00 a 13:00	
14,30 a 18, 30	Reunión del Consejo de Presidencia Mundial de AIDA
19:00	Ceremonia de Inauguración – Salón Hotel del Mar (Autoridades, Presidentes CILA, AIDA)
20:00	Cóctel de Bienvenida Cafetería - Enjoy del Mar

Jueves 8

09:15	TEMA 1 La Fiscalización de la Actividad Aseguradora Relator: Chile Correlator: México
10:30	Café
11:00	TEMA 2 Exigibilidad de la Contribución del Reaseguro Relator: Venezuela Correlator: Brasil
13:15	Almuerzo Hotel del Mar

15:00 TEMA 3 El Interés Asegurable. Especial mención a los seguros de personas.
Relator: Perú Correlator: Paraguay

16:15 Café

16:45 TEMA 4 Las Acciones Relacionadas con los Seguros de Responsabilidad Civil. Los Seguros de P&I y RC por Contaminación Marina
Relator: Colombia Correlator: Chile. Sección AIDA Vaparaíso y Asociación Chilena de Derecho de Derecho Marítimo

Noche: Libre

Viernes 9

09:15-10:30 TEMA 5 El Seguro de Grandes Riesgos
Relator: Uruguay Correlator: Bolivia

10:30 Café

11:00-12:30 TEMA 6 La defensa del asegurado: Justicia Ordinaria, Arbitraje, Mediación y Defensor del asegurado
Relator / Correlator: Argentina y España.

13:15 Almuerzo libre

15:00 -17:00 Grupos de Trabajo

20:00 Cena de Gala

Sábado 10

09:30-10:30 Asamblea del CILA

10:45-11:00 Presentación próximo congreso Montevideo

11:00-11:15 Clausura – Presidente CILA

11:30-14:00 Visita turística Valparaíso y Viña del Mar

* * *

La organización del Congreso ha querido establecer un sistema que asegure la claridad de las exposiciones y que fomente la participación de los asistentes a las exposiciones de los trabajos presentados. Para ello se ha dispuesto que el o los relatores del tema tengan 30 minutos para hacer su exposición, apoyándose en una presentación Power Point.

Terminada la relación, el correlator tiene que hacer, en 15 minutos, un resumen del trabajo expuesto por el relator y de las ponencias o trabajos individuales presentados, terminando por exponer una lista de las ideas centrales y de los puntos de mayor relevancia o controversia que en ellos se plantean, sobre los cuales invitará a los asistentes a participar.

El debate tendrá una extensión máxima de 30 minutos y será dirigido y encauzado por el correlator, con la colaboración del Presidente de la respectiva sesión. Cada intervención tendrá un máximo de 2 minutos, de modo que no se aceptarán más de 12 intervenciones en cada sesión, salvo que sobre tiempo, todo lo cual lo evaluará el Presidente de la mesa.

En nombre del CILA y de nuestra Revista les damos la más cordial bienvenida a los miembros de AIDA de Iberoamérica que concurrirán a Viña del Mar. Nos complace enormemente su participación y les deseamos, junto a sus acompañantes, una placentera estadía en dicha ciudad.

Estamos muy confiados en que el Congreso se desarrollará exitosamente, pues los temas seleccionados son especialmente interesantes, serán presentados por destacados expositores de distintos países miembros y bajo un formato pensado para facilitar la participación de los asistentes.

Para terminar, una breve referencia a los trabajos que se publican en el presente número de esta revista.

El primero, es un trabajo preparado por don Ricardo Peralta Valenzuela en el cual, con la expertencia que tiene en el tema, se refiere a "Los principios inspiradores de los arbitrajes". El segundo es el texto de escrito de la conferencia dada por nuestro asociado don Alberto Labbé Valverde sobre el Arbitraje Comercial Internacional y el último es un trabajo preparado por el suscrito sobre Los liquidadores de siniestros, que de alguna manera viene sobre el mismo tema a complementar el elaborado por don José Antonio Gutierrez Isensee y que fue publicado con anterioridad.

Muchísimas gracias a todos nuestros lectores, en particular a los asistentes al X Congreso del CILA.

Oswaldo Contreras Strauch
Director
Presidente del CILA

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL **LEY 19.971 - 2004**

Por Alberto Labbé Valverde.
Miembro de la Sección Chilena de AIDA
Arbitro

I. Prolegómeno

1. Agradecimientos

En primer lugar agradezco la invitación para hacer la presentación que nos convoca, y aprovecho también para agradecer muy especialmente la designación para integrar el panel de árbitros de AIDA con que su Directorio me ha honrado recientemente.

2. Motivación

Estoy cierto que esta audiencia sabe tanto de la materia sobre que versa mi exposición, que estoy seguro Uds. han venido más por repasar conocimientos y a su vez a ver que inquietudes se les pueden generar, más que a propiamente aprender cosas nuevas.

Por ello, y coincidiendo con lo que señala el árbitro internacional Nicolás Gamboa Morales, colombiano, muy amigo nuestro, en su libro Apuntes sobre Arbitraje Internacional, una presentación como ésta, intenta más suscitar interrogantes que plantear respuestas.

Pero más aún, debo agregar, que espero que tanto esta presentación como vuestra asistencia se justifiquen, porque lo que a través de ella se persigue por sobretodo es motivar a los presentes, sean abogados, gerentes, ejecutivos, profesionales, empresarios, a pensar el arbitraje, a meditarlo, a entenderlo, a comprenderlo y aprehenderlo, y proyectarlo como un medio de solución pacífica de, no necesariamente conflictos, sino que de diferencias que, en sus empresas, en sus emprendimientos, en sus negocios, en sus relaciones comerciales, jurídicas, se les presenten, ya sea como conflictos propiamente tal, ya sea como necesidades de clarificaciones para el desarrollo de sus quehaceres propios.

El Doctor en Derecho Español Jaime Guasp sostiene que “colocado frente al arbitraje, no existe ningún grupo de juristas que no reaccione vivamente, a favor o en contra, y acaso sea la mejor manera de diagnosticar la concepción del Derecho que cada uno tiene, la de preguntarle, en sustancia, qué opina del arbitraje, ya que según se manifieste en pro o en contra, habremos descubierto sus últimos pensamientos, metafísicos más que dogmáticos, sobre lo que el Derecho verdaderamente deba ser.”

Por su parte, al hablar de arbitraje claramente debemos siempre tener en mente diversos conceptos como controversia, disponibilidad de derechos, libertad, naturaleza, justicia -tanto cuanto sistema, y aún más importante, tanto cuanto derecho- institución, preferencia, confianza, neutralidad, entre otros muy relevantes.

II EL ARBITRAJE - GENERALIDADES

Eduardo Picand Albónico en su libro Arbitraje Comercial Internacional, señala que el Arbitraje constituye un instrumento pacificador que la ley ha otorgado a las personas con el objeto que puedan resolver sus controversias jurídicas. En mi opinión, la ley no otorga dicho instrumento, sino que lo que la ley hace es reconocer su existencia, dado que toda persona, debido a la autonomía de su voluntad, tiene el derecho previo a que terceros, y no la administración de justicia, le solucionen sus conflictos respecto de derechos disponibles.

Para mí, el arbitraje es la mejor forma de solución de conflictos, la mejor forma de acercamiento de las partes a armonizar sus diferencias, sus diversos puntos de vista, sus alejamientos, en fin, la mejor forma de lograr los acuerdos para sus desarrollos, sin exponerlos a las inclemencias de un juicio propiamente tal.

Ante litigios, ante conflictos, ante controversias, ante simples diferencias, o ante maneras diversas de apreciar las cosas, que mejor que podamos recurrir ante una o más personas que estimemos capaz, idónea, que estimemos sabia, y no simplemente tener que llevar el asunto a tal extremo que no nos quede más que deber recurrir a tribunales preestablecidos por la sociedad o por las autoridades de las diversas épocas, en los distintos lugares.

Para Eduardo Picand, si el hombre puede renunciar y transigir derechos propios, es un principio natural que se le permita entregar la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspira confianza.

El arbitraje, no obstante ser un medio de solución de conflictos desde antiguo, en muy diversas formas, experimenta recién a contar de la segunda mitad del S. XX un crecimiento prodigioso, gracias al excepcional desarrollo de las relaciones económicas, y actualmente, en virtud de la globalización, de los Pactos de Protección de Inversiones, de los Tratados Internacionales, de los TLC, de la inmersión de los países, -y con ello de los actores de la vida económica, comercial, empresaria, y también profesional- en el comercio internacional, ha logrado actualmente un nuevo impulso en el cual estamos todos llamados a participar.

Y ahora Chile, a contar de su Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ley 19.971 de 2004, entra al ruedo de aquellos países que ya no sólo tienen a particulares involucrados en arbitrajes internacionales, sea como árbitros, sea como partes, sino que ahora pretende, y es labor de todos nosotros hacerlo una realidad, constituirse en un nuevo Centro de Arbitraje Internacional.

Es cierto que en un primer análisis Chile no aparece con muchas ventajas si nos comparamos con París, Nueva York, Londres, y otros Centros de Arbitraje de reconocido prestigio, y por ello, muchos sostienen, en virtud de qué, que razón habría, para que alguien piense a Chile como un Centro de Arbitraje, no sólo idóneo, capaz, sino que a su vez conveniente, recomendable.

Por su parte, los Centros de Arbitraje de más renombre son la ICC; la AAA; el CIADI o ICSID; la Corte de Londres; e incluso muchos desconocen la existencia en Latinoamérica de CIAC, Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial. Y las Convenciones más importantes son la de Nueva York de 1958, Panamá de 1975.

Debemos considerar que si bien aparentemente partimos tan atrás de aquellos Centros Arbitrales prestigiados, Chile cuenta desde ya con un excelente prestigio de su mundo profesional, del cumplimiento de sus obligaciones, con un excelente prestigio empresarial, con un excelente prestigio sobre su Estado de Derecho, sobre sus normas legales en los más diversos ámbitos del Derecho, y sobre el cumplimiento de las sentencias.

Es decir, Chile es un país que funciona, es un país en que su Estado de Derecho es reconocido mundialmente, lo que hace que Chile parta con una enorme ventaja sobre muchos otros países que pudieran intentar crear Centros de Arbitraje.

III. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

- Requisitos generales

a. Arbitralidad

Se trata de determinar si una materia objeto de un arbitraje es susceptible de ser sometida a compromiso en un país determinado.

Es una condición de validez de la convención de arbitraje. Hanotiau, Bernard, "L'Arbitralité et la favor arbitrandum: un reexamen", 1994.

El Art. 5° N° 2 de la Convención de Nueva York de 1958, e igual disposición de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de Panamá de 1975, por su parte el Art. 6° N° 2 del Convenio Europeo de Arbitraje comercial internacional de 1961, disponen en definitiva que se podrá negar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral si la materia no es susceptible de arbitraje, o si lo resuelto es contrario al orden público del país en que deba cumplirse.

Por su parte la Corte de Arbitraje ICC, contiene variada jurisprudencia sobre diversos casos en que determinados Estados y organizaciones públicas, especialmente francesas han interpuesto excepciones de incompetencia ante sentencia arbitrales en que figuran como demandados, debido a que leyes internas prohibían suscribir arbitraje.

b. Mercantilidad

Es necesario precisar el tema, puesto que ya sea en los Tratados Internacionales, ya sea en las Convenciones, ya sea en las legislaciones nacionales, la materia arbitrable es diversa. Así por ejemplo, la Convención de Nueva York, la cual permite reservas a los Estados en materias de arbitraje, su texto es amplísimo y no se circunscribe sólo a lo comercial.

Por su parte la ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, su propio nombre lo señala, es aplicable sólo a las materias comerciales, aún cuando, como lo señala en su artículo 2° letra g), la expresión comercial debe interpretarse en un sentido amplio.

Por ello, al tiempo de estipular arbitraje debe analizarse cuidadosamente si en el Estado de ambas partes que lo estén acordando, la relación entre

ellas y muy especialmente las prestaciones que en tal virtud se generan, son consideradas actos de comercio.

c. Internacionalidad

Es desde luego un elemento fundamental, puesto que de no tener tal carácter el asunto en cuestión, deberá aplicarse la jurisdicción nacional respectiva y la ley nacional correspondiente, pudiendo dentro de aquella considerarse cuando más un arbitraje doméstico.

Un arbitraje será internacional, especialmente si las partes, sus relaciones o los bienes o servicios en cuestión se encuentran, pertenecen o están vinculados a países distintos, lo cual hace que ellas deban ocuparse de la legislación y de la jurisdicción aplicables.

La ley chilena sobre arbitraje comercial internacional, en su artículo 1° N° 3, siguiendo las normas de la Convención de Nueva York, señala cuando un Arbitraje es de carácter internacional conforme al Derecho chileno.

Un análisis erróneo en tal materia puede afectar no sólo la validez del arbitraje propiamente tal, lo cual en sí ya es de suma gravedad, puesto que se refiere a la competencia jurisdiccional de los litigios que puedan generarse en virtud de una relación entre partes, sino que también puede afectar a la capacidad de las partes, la arbitralidad del caso en cuestión, la posibilidad de ejecución de la sentencia, todo lo cual estará pendiente de revisión al solicitarse el exequatur respectivo.

Debe tenerse en consideración que para las inversiones en país extranjero resulta fundamental que dicho país extranjero no exija que los conflictos que puedan suscitarse para los inversionistas extranjeros sean sometidos a su jurisdicción nacional. Ello no es sólo un obstáculo importantísimo, sino que podríamos decir, es un elemento para muchos inversionistas esencial al momento de decidir en que país extranjero para él hacer sus inversiones.

Chile es un país fundamentalmente receptor de inversiones, pero no deja de ser un país inversionista en el extranjero, sea a través de las instituciones respectivas, como las AFPs, sea a través de diversas empresas que expanden sus negocios a diversas partes del mundo.

Hoy en Chile la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia están por reconocer los fallos de tribunales extranjeros, así como arbitrales extranje-

ros. Y aún más como sostienen quienes tienen más experiencia en arbitraje internacional, en general se le da mayor reconocimiento a una sentencia arbitral internacional, especialmente si está relacionada a Centros reconocidos de arbitraje internacional, que a una sentencia de tribunal de país extranjero.

IV. ASPECTOS PROPIOS MÁS RELEVANTES DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Siempre son muchos los aspectos de una institución dependiendo del enfoque con que se le analice.

En esta presentación dado el carácter de la audiencia, el fin perseguido con este análisis, debe centrarse sólo en ciertos aspectos que en mi opinión son los más relevantes y por ende los de mayor interés para este trabajo.

Lo fundamental es tener presente que salvo en aquellas materias en que no es posible que las partes modifiquen las normas aplicables, **en todo lo demás rige la autonomía de la voluntad**, y sólo a falta de acuerdos se aplicarán las normas de los reglamentos de arbitraje respectivas.

Incluso las partes pueden elegir la ley de fondo aplicable.

a. Arbitraje institucional

Representa varias ventajas respecto del arbitraje ad hoc. Por ejemplo: Una sede conocida a la cual recurrir; Normas de procedimiento, supletorias de la voluntad de las partes, también reconocidas; Una administración eficiente; Libertad en la elección de árbitros, pero asistencia respecto de ella; Costos más menos conocidos; Sistema de revisión de Laudos; Mayor reconocimiento de jurisdicciones nacionales a Laudos.

Todo ello reviste una enorme importancia, la cual debe ser considerada por los abogados no litigantes al momento de participar en las negociaciones de los clientes y de redactar los contratos.

Es un hecho que muchos abogados corporativos, institucionales, etc., no otorgan, o bien no otorgaban mayor importancia a las cláusulas sobre legislación aplicable, jurisdicción, arbitraje.

Incluso muchas de las veces sólo copiaban textos sin un mayor análisis, al menos no con el análisis debido, que la importancia del tema requiere.

Muchas veces resulta más importante que un derecho o una obligación bien expresada en la estipulación respectiva, la certeza respecto de la ley o el Derecho aplicable, y especialmente de la jurisdicción pertinente, especialmente en materias de Derecho privado internacional, en las cuales el sometimiento a arbitraje es del todo recomendable.

b. Alcance del Arbitraje

Es importante la determinación de las materias que deberán ser conocidas y resueltas de tal modo.

También establecer las restricciones tanto de las materias que se someterán al arbitraje, como de las calidades que los árbitros deben tener. Debiendo cuidar que tanta limitación o tanto requisito no hagan imposible la constitución o el desarrollo del arbitraje estipulado y esperado para el caso de conflicto.

Por ejemplo, una forma que recomiendo de todas maneras, es que en los contratos de tracto sucesivo o de larga ejecución, se establezcan paneles permanentes de árbitros, a objeto que las dificultades que se vayan presentando durante la ejecución de los contratos, vayan sometándose al conocimiento y resolución de algunos de dichos árbitros en la oportunidad que se presenten, con el fin de obtener resoluciones oportunas, y no esperar a que se termine el contrato para poder demandar.

Es cierto, que si un contratante recurre ante un árbitro es estimado, especialmente en la cultura de nuestro país, o más bien dicho en nuestra incultura, como un ataque, una situación de enfrentamiento, cuando en realidad, el recurrir a un juez, cuando la sangre no ha llegado aún al río, debiera ser considerado simplemente una forma de accionar, legítima por lo demás, para precisamente resolver diferencias antes que la situación se torne insalvable, y como se dice en jerga común, antes que la sangre llegue al río.

Hay que entender que el primer acto de hostilidad podría perfectamente ser el que alguna de las partes no esté llana a dar una solución convenida a una diferencia. Está en su derecho

Por lo demás, en muchísimas relaciones jurídicas, hay una de las partes que no está en posición de esperar hasta el final, y es en tal caso, la misma parte que si demanda, va a ser mal tratada en el desarrollo del resto de la relación jurídica de largo tiempo.

Entonces, también debe considerarse que la otra parte pueda en tal caso recurrir a quién o quienes las partes han dado facultad precisamente para conocer y resolver de aquellas circunstancias y materias, y pueda hacerlo oportunamente y desde ya.

Por ello es precisamente al momento de la contratación, que los abogados intervinientes deben dar toda la importancia que la materia requiere, esto es precisar el alcance, amplitud, restricciones, etc., del arbitraje, a objeto que durante la vida de las relaciones jurídicas de sus representados las acciones que al respecto puedan presentarse, no obstante ser el ejercicio de un legítimo derecho, no les signifique una pelea definitiva con la contraria, con quién además han de seguir relacionados hasta el término de sus contratos vigentes.

c. Ley de fondo

Este tema tiene que ver fundamentalmente con el hecho lógico que ninguna de las partes quiere que el Derecho aplicable sea el de su contraparte.

Últimamente, en diversos foros sobre arbitraje internacional he escuchado a algunos “expertos” exponer que la ley de fondo no es hoy tan relevante.

Al instante, en aquellos mismos foros, entre el público se ha oído murmullos, y los más cercanos a mí han comentado lo errado de dicho comentario del expositor de turno.

Ello demuestra de forma inmediata y absoluta, la diversidad de opiniones al respecto.

No obstante la globalización, y sin dejar de conocer y de destacar que en virtud de la existencia de diversas leyes uniformes y de algún modo de la ocurrencia cada vez mayor de una uniformidad de varias legislaciones nacionales, no hay una coincidencia total, y por ende, sin duda alguna habrá materias en las cuales, según sea el Derecho que se aplique, si los árbitros son de Derecho, los obligará a resolver de la forma en que esa legislación determine tales derechos o relaciones jurídicas respectivas.

Un solo ejemplo. La ley chilena sobre sociedades de responsabilidad limitada requiere y exige la unanimidad del acuerdo de los socios para una

modificación cualquiera. Otras legislaciones, como la colombiana, la argentina, requieren sólo la mayoría. Pues bien, ante un arbitraje comercial internacional que deba resolver sobre alguna materia en que esté envuelta una modificación de una SRL, será muy distinto si la ley de fondo aplicable es la ley chilena o la ley argentina o la colombiana, ya que en el primer caso habrá una restricción mucho mayor.

Es del todo relevante que las partes al elegir o simplemente aceptar la ley de fondo aplicable la conozcan, al menos, bastante.

d. Sede

Es un aspecto fundamental del arbitraje comercial internacional, puesto que según sea ella, será la ley que determinará ciertos aspectos en relación a la validez del arbitraje y a la validez de ciertas actuaciones y resoluciones del tribunal arbitral.

La Sede determina la ley aplicable al arbitraje en cuanto tal, no al fondo del asunto, pero sí al juicio arbitral.

e. Lugar de ubicación de bienes para cumplimiento del Laudo

Si bien, en un primer análisis simplista, pareciera que ello no tiene nada que ver con el arbitraje, en cuanto a fijar su sede, la ley de fondo aplicable, la calidad del arbitraje, esto es, si será institucional o no, etcétera, sí que tiene mucha relación con dichas materias, toda vez que será precisamente de cómo es la legislación y la jurisdicción del lugar donde se ubiquen los bienes necesarios para la ejecución del Laudo, mirado por supuesto desde el diverso interés de cada una de las partes, lo que deberá ser determinante al momento de pactar el arbitraje, para fijar tanto la sede como la legislación de fondo aplicable, la calidad del arbitraje, e incluso si la cuestión deba o no ser sometida a arbitraje.

Al respecto, supongamos que el lugar en que se encuentren los bienes de una de las partes, donde la otra pretenda ejecutarla, en su caso, sea en un país que no acepte el arbitraje, en tal evento, no sería conveniente pactar un arbitraje.

Por su parte si en tal país, no obstante aceptarse el arbitraje, sus Cortes le restaren valor a los Laudos, o bien, la legislación o la jurisprudencia pusieran

muchas restricciones al cumplimiento de Laudos, especialmente de tribunales arbitrales no institucionales, en tales eventos sería igualmente inconveniente pactar arbitraje, o pactar arbitrajes no institucionales.

f. Impugnación de fallos arbitrales

Del mismo modo que lo que se viene razonando respecto de los puntos inmediatos anteriores, especialmente el inmediato anterior, la sede, la ley aplicable al arbitraje, determina de algún modo la forma y las posibilidades de impugnación.

Este es un tema del todo relevante. Puesto que dependerá de la forma y las causales que puedan intentarse para la impugnación de un Laudo, tanto respecto de la ley aplicable al arbitraje según su sede, o bien, según lo que las partes hayan determinado para ello, como respecto del lugar en que deba aplicarse el fallo, la determinación, precisamente de la sede, de la ley aplicable al arbitraje y de la calidad de éste, de modo de circunscribir las causales y posibilidades de impugnación a las menores posibles.

La forma es del todo relevante también, puesto que a las partes les interesa la celeridad de la resolución de sus conflictos. El ICSID o CIADI dispone un solo recurso de nulidad, ante un nuevo tribunal arbitral ICSID.

Nuestra ley también considera sólo el recurso de nulidad. Art. 34. La ICC tiene un sistema de revisión previa de los Laudos por parte de su propia Corte de Arbitraje.

g. Medidas Provisionales y Medidas Precautorias

Es un aspecto muy importante, dado que va a depender de cómo las legislaciones nacionales y los diversos sistemas de arbitraje consideren este tema.

La ley chilena en sus artículos 9º. y 17 dispone que tanto el tribunal arbitral como tribunal ordinario podrán decretar medidas precautorias provisionales.

Por su parte el Reglamento ICC, Art. 23, dispone que el tribunal puede ordenar cualquier medida cautelar o provisional que considere apropiada, y puede subordinarla al otorgamiento de garantías de cumplimiento. En ambos casos, si una parte solicita medidas provisionales precautorias a un tribunal ordinario, ello no contraviene el acuerdo de arbitraje ni significa una

renuncia a él, ni afecta las atribuciones y la competencia del Tribunal Arbitral.

h. Árbitros

Independencia, deber de revelación, expertiz, nacionalidad, disponibilidad, idioma.

Arbitro nombrado por las partes no es representante de ellos.

i. Procedimiento

Mayor libertad - Calendario provisional - Facilitación de pruebas - Idioma

V. VENTAJAS DEL ARBITRAJE

1. Jurisdicción previamente convenida.

El Arbitraje consiste precisamente en una jurisdicción aceptada y concordada por las partes, dentro de su ámbito de libertad.

Es a su vez una solución perfectamente adecuada al hecho, absolutamente habitual, consistente en que a ninguna de las partes le parece aceptable someterse a la legislación y a la jurisdicción del otro, lo cual lleva a tener que elegir una jurisdicción independiente, prefiriéndose normalmente un arbitraje antes que una jurisdicción de terceros Estados. Todo ello, además de poder convenir la ley de fondo aplicable y la sede donde funcionará el tribunal. Por su parte, una de las grandes ventajas del Arbitraje es que cada vez son más los países que reconocen la fuerza de los fallos arbitrales, especialmente de aquellos provenientes de tribunales arbitrales reconocidos o establecidos. Como se ha señalado en diversas publicaciones, en la actualidad se le da mayor reconocimiento a un fallo arbitral internacional que a un fallo de tribunal de país extranjero.

Por lo cual, la necesidad de un reconocimiento es indispensable, el cual puede provenir, ya sea de la experiencia en virtud de una reiterada actividad arbitral, como también de reglas claras establecidas por países a los cuales se les reconozca una estabilidad jurídica y una alta calidad de juristas o de abogados experimentados.

En Chile nos encontramos en este segundo caso, ya que en parte hay una experiencia arbitral comercial internacional, de algunos abogados parti-

cularmente, pero lo más importante es que sí se le reconoce a Chile una estabilidad jurídica, por lo cual su nuevo sistema de arbitraje comercial internacional, puede llegar a tener gran significación, lo que dependerá precisamente de los actores respectivos, dentro de los cuales los más relevantes al respecto somos los abogados.

2. Especialización.

Otra enorme ventaja del arbitraje consiste en que al convenir la designación del tribunal arbitral, las partes pueden apuntar a árbitros no sólo idóneos y capaces, sino que también árbitros expertos o conocedores de la materia específica de que trata, o bien, de árbitros que reconociéndoles su idoneidad jurídica tengan el tiempo de dedicación a analizar en profundidad los hechos y las pruebas del caso que se les presente, y a estudiar el Derecho y las normas que les son aplicables, lo que es cada vez más difícil que ocurra con los tribunales ordinarios de jurisdicción común.

Además, un árbitro no es sólo un juez -lo cual no significa en caso alguno desmerecer la gran y loable labor de aquellos, sino que simplemente es necesario destacar que el árbitro, al generalmente ejercer además como abogado y muchas de las veces ejercer también la Academia y/o la investigación- al no estar circunscrito a una sola actividad, tiene otras experiencias prácticas, tan importantes en el ejercicio del comercio, que los pone en una situación ventajosa ante un juez ordinario, para casos que requieren de especialidad, experiencia práctica, tiempo, etc.

Ello hace en el caso del árbitro, que la combinación entre ser abogado practicante y a la vez juez -al momento de ejercer de árbitro- haya en él una mezcla entre la teoría y la práctica, que constituye uno de los principales atractivos del arbitraje.

Cuando usted recurre a la justicia, esto es al aparataje estatal dado para la solución de los conflictos de todo orden, puede esperar tener un buen juez, pero no puede apuntar a un especialista, como sí pueden hacerlo las partes en el caso de convenir un arbitraje.

Cuando de esclarecer e interpretar los términos de un contrato se trata, la opinión de los comerciantes, basada en su experiencia práctica, puede ser preferible a la del abogado; basada ésta en el análisis legal. Nicolás Gamboa, Apuntes sobre Arbitraje Internacional, pág 13.

Este mismo aserto -si bien en la cita referida está tomado en relación a un aspecto diverso- no sólo resulta perfectamente aplicable a la materia en

análisis, sino que también puede hacerse extensivo a los abogados especializados en materias comerciales, y dentro de ellas, a las materias específicas de que traten cada vez las diversas controversias.

Por ejemplo, en materia de seguros o de reaseguros, que mejor que apuntar como jueces árbitros a abogados con experiencia en dichas materias. Lo mismo ocurre en las más diversas materias jurídicas.

Por su parte en materia de arbitraje internacional, si bien es cierto que los árbitros podrían no ser conocedores de la legislación aplicable elegida por las partes, ello en todo caso no constituye una dificultad mayor, ya que el Derecho es cada vez más uniforme, y en todo caso, las normas pueden ser estudiadas por cualquier abogado que tenga una buena formación jurídica y tenga el tiempo para dedicarle al análisis y estudio requeridos.

A su vez, la práctica comercial y empresarial, es también cada vez más uniforme en el mundo globalizado en que estamos también cada vez más inmersos, por lo cual, la experiencia de un árbitro en materia comercial internacional es elemento suficiente para conceder al Arbitraje una ventaja por sobre los tribunales ordinarios, especialmente si las partes han desnacionalizado el conocimiento y la solución de sus posibles controversias.

En todo caso por ningún motivo deben olvidarse las normas de Orden Público (nacional e internacional) y la Jurisprudencia nacional del país Sede en su caso, o bien del país en que deba ejecutarse el Laudo. Normas imperativas de países en que hayan de cumplirse los laudos, así no se haya escogido dicha legislación como ley de fondo. Nicolás Gamboa, pág 23.

Como expresara el Árbitro internacional Fernando Mantilla, en reciente Conferencia de ICC en Miami, Noviembre 2006, el Orden Público en definitiva es todo aquello del Laudo con lo que yo juez nacional estimo no está ajustado al Derecho en mi país

En este aspecto es fundamental conocer como resolverán en definitiva las Cortes chilenas, puesto que de ello dependerá el éxito o no del futuro del arbitraje comercial internacional con Sede en Chile.

Ello forma parte de mis críticas a la ley, a las que por tiempo intentaré referirme más adelante, sólo si alcanzo.

3. Oportunidad.

Por su parte, en materia de tiempo, si bien toda disputa requiere una resolución en forma oportuna, en materia comercial, ello es muchas de las veces una cuestión esencial, al menos para alguna de las partes, generalmente la más débil. El Arbitraje puede resolver el conflicto generalmente en tiempos más breves que los tribunales ordinarios, sobretodo, si se renuncian los recursos ordinarios, o bien, si se establece para su conocimiento y fallo, también un tribunal arbitral colegiado.

El aspecto de oportunidad muchas de las veces es más reconocido por el hombre que el de la exactitud jurídica.

Es sabido que de nada se saca con obtener una sentencia estupenda, si ella no puede ejecutarse o llevarse a la práctica en la realidad, que es lo que en definitiva persiguen las partes.

Sentencias para colgar como diplomas existen muchas, puesto que se han obtenido luego de muchísimo tiempo, cuando el deudor ya no tiene como responder, o incluso el acreedor aún cuando haya obtenido en la sentencia, dado la demora, ha debido salir de circulación y muchas veces ha muerto su empresa antes de la obtención de la tan anhelada resolución de sus principales conflictos, e incluso a veces las propias partes han muerto.

4. Neutralidad.

Si bien todo juez debe ser neutral, lo que se supone la justicia ordinaria debe garantizar, el hecho que las partes puedan designar su tribunal, les otorga a ellas claramente una mayor confianza en la neutralidad de dicho tribunal arbitral elegido por ellas mismas.

5. Costos.

Ahora bien, en materia de costos, cuestión generalmente conocida como el mayor tope en contra del Arbitraje, es paradójicamente, en general también un elemento ventajoso. Si bien es cierto que recurrir ante un tribunal ordinario no tiene costo de parte del tribunal, lo cual pareciera desde ya una ventaja a todas luces, ello no es efectivamente así, dado que el sólo hecho que el conflicto no se resuelva por tiempos incalculables, tiene además de un costo

económico enorme respecto del resultado de lo perseguido por las partes -las que incluso muchas veces prefieren un resultado desfavorable pero saber a tiempo como le afectará en definitiva la cuestión controvertida- un costo que significa el desgaste de la permanente preocupación del tema sin solución por mucho mayor tiempo que el generalmente esperado por las partes, e inclusive un costo emocional que alcanza incluso hasta a las personas jurídicas.

Muchas partes, especialmente empresas o comerciantes de envergadura, prefieren una resolución más bien pronta aunque no sea la esperada, que mantener el conflicto por tiempos que van más allá de sus presupuestos anuales, sea del ejercicio presente o del siguiente.

Hay negocios o circunstancias de negocios o situaciones de empresas que no les permite mantener inconclusa la resolución de controversias.

Así como el comercio es ágil, por ello necesita igualmente de soluciones ágiles a los conflictos que se planteen, aunque sea un costo definitivo, pero mantener costos ocultos, no es muchas veces posible para el desarrollo ni menos para la proyección de los negocios.

Por ello, la ecuación costo beneficio, fundamental en el comercio y en todo desarrollo empresarial, debe analizarse y ser aplicada también con relación al Arbitraje, estando yo convencido por la experiencia personal, que en definitiva el costo del arbitraje, aún cuando particularmente muchos puedan ser altos, en la ecuación, terminan siendo un resultado enormemente conveniente para las partes. Incluso para la que pierde.

Personalmente soy tan partidario de jueces buenos, idóneos, especializados, preparados, con tiempo, estudiosos, dedicados a cada caso en particular, todos elementos que es muchísimo más plausible encontrar en relación a un árbitro que respecto de un juez ordinario, los que están siempre abarrotados de casos, muchos de ellos incluso insulsos, pero a los cuales les deben dedicar también muchísimo tiempo, lo que les resta la posibilidad de en definitiva ser precisamente especializados, preparados, con tiempo, estudiosos.

Tan partidario de ello soy que me he llegado a convencer que la mejor justicia ordinaria sería aquella que estuviera compuesta por muchísimos jueces registrados en listados comunales, a quienes las partes pudieran designar para resolver sus casos, y que el Estado pagara un arancel, en forma similar como hoy

se hace con los defensores públicos en el nuevo sistema procesal penal. Creo que al menos es una idea digna de meditar.

Por último, antes de un análisis directo de algunos aspectos más relevantes de nuestra ley sobre arbitraje comercial internacional, es necesario resaltar, que tan importante como destacar los aspectos que se han señalado, es la necesidad que haya una verdadera cultura de arbitraje, de modo que seamos los partícipes posibles, especialmente los abogados, gerentes, partes, personas en general, quienes tengamos el interés de desarrollar el arbitraje a través de este tipo de experiencias, de transmitir y comunicar sus aspectos positivos, de generar centros de arbitraje para diversas materias, y de proponer en general y en forma masiva que en los contratos y en las relaciones entre partes, en materias posibles de ser sometidas a arbitraje, se estipulen cláusulas compromisorias y se designen árbitros capaces, idóneos, ágiles, respetables, de manera que se vayan dando a conocer cada vez más y más árbitros posibles, tanto a nivel nacional como internacional.

VI LEY CHILENA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL, LEY N° 19.971, DE 29 SEPTIEMBRE 2004.

La ley chilena está basada, siguiendo las normas internacionales y especialmente la Ley UNCITRAL y en el reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad.

1. Ámbito de Aplicación

Se aplica sólo al arbitraje comercial internacional, (Art. 1°), sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile, y únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de Chile. El concepto de materia “comercial” debe interpretarse en un sentido amplio. (Art. 2° letra g)

Abarca todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no.

Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones

de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

2. Requisitos para que un arbitraje sea internacional.

Básicamente tres:

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

Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, éste será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

Y por el contrario, si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.

3. Alcance de la intervención de los Tribunales Ordinarios (“Tribunal”)

En los asuntos que se rijan por esta Ley, no intervendrá ningún tribunal ordinario salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

4. Acuerdo De Arbitraje

Debe constar por escrito. Basta un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de comunicación, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. Si en un contrato se hace referencia a un documento que contiene una cláusula compromisoria, constituye Acuerdo de Arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

5. Competencia Del Tribunal Arbitral

El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Así, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria.

6. Impugnación del Laudo

Recurso de Nulidad como Recurso único.

Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal ordinario mediante una petición de nulidad conforme a lo señalado a continuación.

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:

- a) la parte que interpone la petición pruebe:
 - i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley aplicable al arbitraje; o
 - ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por otra razón, hacer valer sus derechos;
 - iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrá anular estas últimas; o
 - iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, o a falta de acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o
- b) el tribunal compruebe:
 - i) que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - ii) que el laudo es contrario al orden público de Chile.

Plazo para la petición de nulidad tres meses contados desde la fecha de recepción del laudo. El tribunal ordinario, cuando se le solicite que anule un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo tal que dé al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que elimine los motivos para la petición de nulidad.

7. Reconocimiento y ejecución de los Laudos

Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral en los mismos casos indicados respecto de la impugnación, y además que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo.

Si se ha pedido a un tribunal ordinario la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.

VII. TENDENCIAS ACTUALES EN AMERICA LATINA

Fenómenos de cada vez mayor ocurrencia, van señalando patrones de conductas.

1. Cada vez mayor complejidad sustantiva. Áreas nuevas del Derecho o materias o entidades que antes no podían someterse a arbitraje. Ya en 1978 Chile mediante el Decreto Ley 2.349, legisló aceptando que ciertas entidades estatales puedan someterse a arbitraje en ciertas circunstancias que regula el mismo D.L. citado.

En Chile siempre ha habido una gran cultura arbitral, tanto respecto del arbitraje doméstico como del arbitraje internacional. Ahora, con la Ley 19.971 hay que aprovechar esa cultura para el desarrollo del arbitraje comercial internacional, no sólo con respecto a relaciones jurídicas vinculadas con Chile, sino que a través de convertir a Chile en un posible Centro de Arbitraje Comercial Internacional, aprovechando sus ventajas ya mencionadas y otras tantas que le son reconocidas en el concierto internacional de naciones, tanto en lo económico, en lo jurídico, en lo institucional, y en otras áreas de relevancia para lo que vengo desarrollando en esta minuta.

2. Aumento de multiplicidad de partes. Multiplicidad de contratos y relaciones de una misma operación.

Por ejemplo en el caso del Reglamento ICC, las pretensiones se extienden a contratos relacionados que no tienen cláusula ICC. Art. 6.2. ICC

2ª tendencia

Mayor convergencia partes estatales versus partes particulares.

3ª tendencia

Mayor reconocimiento al arbitraje internacional, no obstante, tensión aún entre universalismo del arbitraje internacional y el particularismo de las jurisdicciones nacionales.

Muchas veces las partes llevan su bagaje jurisdiccional particular al arbitraje internacional. Por ejemplo, desechar prueba testigos porque abogado que ha asistido a testigos en la preparación de las declaraciones.

4ª. tendencia

Medidas cautelares decretadas por tribunales ordinarios. Juez la decreta y la pone al servicio del arbitraje, ya que resuelva hasta tanto el tribunal arbitral la mantenga.

VIII. CONCLUSIONES

- Cultura de arbitraje
- Conocer, transmitir y comunicar aspectos positivos
- Generar Centros de Arbitraje para diversas materias
- Colocar a Chile en posición relevante en la zona
- Proponer en general en contratos estipulación cláusulas compromisorias analizadas debidamente para cada caso
- Promover la participación en la redacción de los contratos, de abogados especialistas especialmente en la redacción de las cláusulas sobre Compromiso, sobre Sede del arbitraje, sobre la ley de fondo aplicable, en definitiva sobre legislación y jurisdicción.

PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LAS DECISIONES ARBITRALES

Ricardo Peralta Valenzuela

Abogado Integrante EXCMA. Corte Suprema
Miembro de la Sección Chilena de AIDA

I. INTRODUCCIÓN.

Como introducción, quisiera precisar que mis palabras se refieren a la realidad chilena, sin pretender que estos principios resulten también aplicables en otros países. Con todo, aparte de las muy explicables diferencias procesales, el objetivo de hacer justicia es común en todos los países y en todos los árbitros, por lo que es posible que estos principios resulten de general aplicación.

Partamos por afirmar que el papel del árbitro es resolver el problema que se le ha sometido y en ello no difiere del de los demás jueces. La gran tarea es de qué manera resolver este problema, lo que constituye el tema de este trabajo.

II. LOS GRANDES PRINCIPIOS.

1. Justicia.

Hacer justicia es el gran desafío de quienes, jueces o árbitros, tienen por misión resolver los conflictos. ¿Dónde buscar luces u orientación para hacerlo lo mejor posible?

Ya la antigua legislación israelita exigía a los jueces integridad en el ejercicio de su función (Dt 1,16; 16,18.20; Lev 19,15.36). En numerosos pasajes del Antiguo Testamento el justo es el que tiene derecho; a veces es llamado así el juez íntegro. El Mesías futuro es mirado como un príncipe íntegro, que ejerce la justicia sin flaquear (Is 9,6; 11,4s; Jer 23,5; cf. Sal 45,4s 7s; 72,1ss7).

Hacer bien las cosas no es ni ha sido fácil para un juez ni para un árbitro. San Mateo dedica una de las bienaventuranzas a los que sufren persecución por practicar la justicia (Mat.5,10). (Parece que ya desde los tiempos de nuestro Señor, la contienda es desigual).

Y aunque las referencias bíblicas resaltan la importancia de la justicia, no ayudan a desentrañar en qué consiste ser justo o hacer justicia. ¿Dónde

buscar entonces?. Me viene al recuerdo la leyenda puesta en la entrada del Palacio de los Tribunales de mi ciudad natal, La Serena, que reza: "Suum Quique Tribuere"; Dar a cada uno lo suyo; o, en palabras más modernas, Darle la razón al que la tiene.

Existe la tentación de confundir sentido de justicia con favorecer al más débil. Ello no es así: también la razón puede estar de parte del poderoso. Lo que importa es poder desentrañarla.

Es ilustrativo analizar el problema que ocurre cuando resulta manifiesto en un juicio que las partes no entendieron lo mismo respecto de un contrato. Una creyó que compraba un bien de ciertas características y la otra entendió algo distinto. En un contrato conmutativo la solución resulta sencilla: Volver al estado anterior a la celebración del acto; así una parte devolverá la cosa y la otra, su precio. Sin embargo, la solución no resulta igualmente clara cuando, por ejemplo, se trata de un contrato de seguro y ha ocurrido entre tanto un siniestro.

La mera devolución de la prima al que entendió contratar una protección que no le habían vendido, resulta casi un sarcasmo frente a la magnitud de la pérdida sufrida. En este caso, la tentación de favorecer al más débil, obligando a la compañía a pagar un siniestro no cubierto, resulta ser sólo un aparente ejercicio de la equidad, porque el asegurador se resarcirá en el futuro, alzándole las primas a una masa de clientes, quienes serán, en definitiva, los que paguen el valor de la indemnización concedida al que parecía desprotegido.

De lo expuesto resulta como conclusión que no hay una regla, receta o fórmula para ser justo, sino que la virtud se da en ver caso a caso, quién es el que tiene la razón.

El Digesto consagra el principio inspirador del que estamos hablando con la norma: "AEQUITAS RELIGIO JUDICANTIS". La equidad es la religión del juzgador. (Digesto, lib. XXII, Título V, Ley 13)

Con todo, cualquiera sea el criterio de justicia que se emplee, el árbitro debe resolver el asunto en su fallo, dar una solución a la controversia y, jamás, transformar la sentencia en fuente de otra.

2. Sentido Común.

El gran auxiliador de la virtud de la justicia es el sentido común o sensatez. En don Andrés Bello siempre se ha destacado su inteligencia y su

versación. Sin embargo, estas dos cualidades son insuficientes, para explicar cómo un no abogado haya podido redactar un Código Civil de vigencia sesquicentenaria. Sólo si le agregamos un colosal sentido común, podemos explicar la pervivencia de esta obra.

Sentido común, por ejemplo, es lo que impide reconocer que en un contrato sea de su naturaleza que una de las partes esté siempre obligada a vender y la otra a comprar sólo cuando quiera.

El esfuerzo por fallar sensatamente, a veces resulta apoyado por los abogados de las partes, y otras veces oscurecido. No debe olvidarse que los abogados defienden el interés de sus clientes; en cambio los jueces, así como los árbitros, defienden el interés de la justicia. El propósito del abogado es ganar el juicio. El del juez es fallarlo bien. No siempre ambos intereses caminan por los mismos senderos.

Le di a conocer este trabajo a un colega muy sagaz que me hizo el siguiente comentario:

¿En que se diferencia el sentido común de la justicia? ¿Acaso no es lo mismo?. No estoy seguro de haber encontrado la respuesta adecuada. Sin embargo algunos pensamientos me parecen útiles:

El sentido de justicia lleva a tratar las soluciones al milímetro, a dar a cada uno lo que es suyo, aún con decimales. Sin embargo, el sentido común nos hace redondear y a lo mejor no ser tan exactos en lo que correspondería en justicia, porque el esfuerzo por lograrla resulta desmesuradamente mayor que el beneficio de exactitud obtenido.

Otras veces debemos dar por equivalentes cosas que matemáticamente no lo son, pero que resulta sensato considerarlas del mismo valor; o bien hacer equivaler cosas que tienen valor afectivo con bienes que tienen valor económico.

3. Integridad.

Me refiero a una sola virtud que es la integridad, la que tiene varias facetas:

Ser imparcial es no inclinarse por ninguna de las partes por razones ajenas al juicio, sean éstas de poder, de influencia social o económica, de parentesco o, a la inversa, conmiseración por la debilidad o la falta de recursos.

La integridad la hago residir en la entereza para resistir tanto presiones como tentaciones. Llamo presiones a aquéllas que se ejercen explícita o veladamente para resolver a favor de una de las partes; son conocidos los “alegatos de pasillo”. Llamo tentaciones aquellos casos en que el árbitro, ante una situación que puede resolverse en un sentido o en otro, acepta considerar otros factores ajenos a la contienda, como qué solución puede darle más prestigio, cuál de las partes puede traerle futuros arbitrajes, o qué puede hacerlo aparecer como más original o más independiente frente a la comunidad relevante. En definitiva, la integridad es tener la valentía de fallar en el sentido que corresponda.

La probidad no requiere mayor explicación, y se refiere a la situación más grosera, cual es, la de aceptar sobornos, premios o estímulos de cualquier naturaleza, por fallar en un sentido o en otro.

4. Dedicación.

Una de las cosas que buscan las partes que acuerdan sustraer el conocimiento de un asunto a la justicia ordinaria y someterlo a arbitraje es ahorrar tiempo, esto es, que una contienda se resuelva en un plazo sustancialmente más corto del que tomaría la justicia ordinaria para desarrollar la misma labor.

Para que las partes puedan ahorrar el tiempo que pretenden, es necesario que el árbitro, a su vez, le dedique tiempo a su asunto. Tiene la posibilidad de hacerlo, porque probablemente el árbitro que tenga más arbitrajes en nuestro país puede atender alrededor de unos treinta asuntos y en un tribunal ordinario es fácil que deba atender tres mil causas o mucho más. Dicho en otras palabras, mientras más tiempo le dedique el árbitro a su cometido, mayor es el tiempo que ahorran las partes para la solución de su disputa.

También se requiere que el árbitro le dedique esfuerzo; particularmente me refiero a las largas horas de prueba testimonial. Generalmente, la prueba de testigos no es determinante para resolver el juicio, pero el árbitro aprende sobre la materia que origina el litigio; y así podrá aplicar los principios de derecho, que conoce, a una realidad que no conoce, pero que empieza a aprehender gracias a la prueba testimonial.

La tercera de las virtudes que conlleva la dedicación y que el árbitro debe practicar es el estudio. Las partes suelen presentar escritos largos y en ocasiones tediosos, que no obstante su extensión deben ser analizados, porque el árbitro tiene el tiempo que se precisa para ello. También en ocasiones las

partes acompañan informes en derecho, que en la práctica, no resultan muy creíbles, porque no es siquiera imaginable que una parte acompañe un informe en derecho que le desfavorezca, de manera que los informes que acompaña son, obviamente, los que se inclinan por su posición y no hacer sino repetir o reforzar sus argumentos. Es como agregar más abogados a los designados por la misma parte. Además, para resolver el problema jurídico está el árbitro, quien no requiere ser sustituido en su papel por los autores de los informes.

III. UNA TAREA PENDIENTE.

Quiero referirme a un tema que, aún cuando no constituye uno de los principios que inspira las decisiones arbitrales, puede ser un importante campo de acción para los árbitros. Para ello citaré la introducción de un trabajo del profesor universitario portorriqueño don José Alberto Morales, que está referido originalmente al ejercicio de la abogacía:

“Les comparto una tesis sencilla: El derecho es a la amistad lo que la medicina es a la salud. La medicina sirve a la curación de las enfermedades y también al fortalecimiento de la salud de la gente. El médico que cura una enfermedad y no hace nada para reestablecer la salud de su paciente, no ha completado su trabajo. Actúa como el mecánico que deja sueltas piezas de un motor para provocar la próxima visita. Pues bien, el derecho sirve a la corrección de entuertos jurídicos y también a la reconstrucción del tejido humano que queda herido en cada pleito. Es su deber buscar la reconciliación personal y comunitaria y el fortalecimiento de los vínculos sociales. El abogado que lleva a cabo su trabajo dentro y fuera del tribunal, y no se esfuerza desde el principio hasta el final del proceso litigioso, por reconstruir la amistad entre la parte que representa y la parte a la que se ha enfrentado, y con ello reparar también el entretejido humano que a esas partes le rodea y que llamamos sociedad, no ha completado su trabajo aún. No ha realizado a plenitud su misión de anchas y profundas repercusiones sociales y hasta globales. El suyo será un trabajo mecánico...e incompleto.

“La abogacía es arte, no mera técnica; es servicio, diaconía, más bien sacerdocio, no una mera profesión. Me adelanto a afirmar que el que la hace así, como arte, como servicio a la amistad social, y la hace de verdad bien, tiene mucho más derecho a cobrar tanto y más por su trabajo. Esa es la tesis.

“Durante los pasados 30 años hemos sido estimulados a reenfocar la solución de disputas y conflictos en la sociedad nacional e internacional. Muchos avances han sido realizados en la experimentación de métodos

alternativos al proceso judicial. A esta fecha la mayor parte de los asuntos litigiosos se resuelven – para bien o para mal, eficiente o torpemente-, a través de la transacción, a despecho del engorroso, largo y costosísimo litigio. Ya es clisé eso de, “más vale una mala transacción que un buen pleito”. Ya muchos saben que el litigio es una maldición. “Pleitos tengas y los ganes!...” “dice la maldición gitana. Los riesgos de litigar son inconmensurables. Por eso el Evangelio dice, ¡mejor reconcíliate con tu hermano! ¡Haz al menos el esfuerzo de llegar a un acuerdo! Todo eso lo sabemos. Pero aún no hemos dado con las fórmulas de la restauración de la amistad o la solución integral de las disputas”.

Lo que acabo de leer tiene relación con una facultad de los árbitros, que es el llamado a conciliación. Este llamado, que a veces no constituye sino el mero cumplimiento formal de una obligación, debiera llegar a ser precisamente el preventivo de la situación de ruptura del tejido social destacada por el Profesor Morales, la que es desencadenada por la dictación de la sentencia. Desde ese punto de vista, merecen nuestro reconocimiento aquellos árbitros que, en forma persistente y sistemática procuran que las partes lleguen a entendimiento.

La cantidad de asuntos que atienden y la falta de presencia personal en las diferentes etapas del proceso, conspira contra la posibilidad de que los jueces ordinarios logren conciliaciones.

Curiosamente es en el campo laboral, donde el arbitraje no está permitido, el área en que se está tratando de elaborar una solución al problema descrito.

En efecto, las empresas que tienen políticas de personal preestablecidas, cuando se enfrentan a procesos que significan desvincular a un número importante de trabajadores, no sólo pagan prestaciones monetarias, sino también le dan al trabajador desvinculado un servicio de out placement, o sea, lo ayudan a encontrar un nuevo trabajo y eventualmente lo capacitan para adaptarlo a las nuevas necesidades del mercado laboral. Allí hay un asomo de lo podría ocurrir en otros campos del derecho, en busca de la paz social que todos anhelamos.

Sin embargo y como ya se expresó, cuando las partes no logran conciliar sus intereses, es el árbitro quien a través de su fallo debe lograr dicha conciliación, lo que no supone que ambas queden conformes, sino que, en definitiva, reconozcan la justicia de lo resuelto.

LOS LIQUIDADORES DE SINIESTROS O LIQUIDADORES DE SEGUROS EN CHILE

Osvaldo Contreras Strauch
Profesor de Derecho Comercial
Presidente del CILA

1.- Normativa general

La ocurrencia de un suceso constitutivo de un siniestro que esté o pueda estar amparado por una póliza de seguros exige obtener la versión de los hechos que debe proporcionar el asegurado, aclarar los antecedentes relativos a la forma en que dichos hechos ocurrieron y sus consecuencias, profundizar la investigación de las causas, si las circunstancias lo ameritan, y paralelamente evaluar los daños causados y confrontar la totalidad de los antecedentes reunidos con la cobertura de la póliza, para determinar si el siniestro es o no indemnizable y el monto de la indemnización, en su caso, tomando en consideración el valor de la cosa asegurada, el monto del seguro contratado y las franquicias o deducibles que procedan.

Como resultado de la realización de esas labores, se arriba a una conclusión respecto de si el siniestro es indemnizable o no y, en su caso, sobre el monto a que debe ascender la indemnización y la forma en como proceda hacerla efectiva, sea pagando el monto de los daños en dinero, reparando, reconstruyendo o reemplazando los bienes dañados.

En el ámbito internacional al conjunto de estas labores se les denomina el ajuste del siniestro y las personas naturales o jurídicas que las llevan a cabo reciben el nombre de ajustadores de siniestros. En Chile el proceso y su conclusión se denomina “liquidación” del siniestro y “liquidadores de siniestros” o “liquidadores oficiales de seguros” a las personas que lo realizan.

La liquidación de los siniestros y los liquidadores se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico chileno en los artículos 61 a 64 del Título III, “De los Auxiliares del Comercio de Seguros” del D.F.L. N° 251, de 1931, que regula el comercio de seguros en Chile y en el Decreto Supremo N° 863, de fecha 3 de Octubre de 1989, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de Abril de 1990, que contiene el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros.

2.- Liquidación de un siniestro. Concepto legal.

La liquidación de un siniestro tiene por fin, básicamente, determinar la ocurrencia de un siniestro, si el riesgo está bajo cobertura de una compañía determinada, y el monto de la indemnización a pagar, todo ello conforme al procedimiento establecido en el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros (Art. 61 inc. 2º del DFL 251).

3.- Los liquidadores de siniestros

El inciso primero del Art. 61 del DFL 251 establece que las Compañías de Seguros pueden practicar la liquidación de los siniestros directamente, esto es, por sí mismas, o encargárselo a terceros, los liquidadores de seguros independientes, quienes, conforme al artículo 12 del Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros, son personas naturales o jurídicas que, registradas como tales en la Superintendencia, pueden ser contratadas por una compañía de seguros para investigar la ocurrencia de los siniestros y sus circunstancias, determinar si éstos se encuentran o no amparados por la póliza y establecer el monto de la indemnización que corresponda pagar al asegurado o beneficiario en su caso.

Los liquidadores que deban informar un siniestro tienen que cumplir con las obligaciones y prohibiciones que les exige el D.F.L. N° 251, y disponen de la facultad de solicitar al Ministerio Público o las autoridades administrativas que por su cargo tengan antecedentes relacionados con ese hecho, que les faciliten su conocimiento o les otorguen su certificación sobre los puntos necesarios para su liquidación, de acuerdo a lo que establece el inciso tercero del Art. 61. Esa misma disposición expresa que igual facultad tendrán los apoderados de las compañías de seguros encargados de la liquidación directa del siniestro, cuando no se la hayan encomendado a un liquidador de siniestros independiente.

4.- Nombramiento de los liquidadores de siniestros. Cumplimiento de los requisitos legales y reglamentarios.

La actuación como liquidadores de siniestros independientes requiere del nombramiento e inscripción en un registro que lleva la Superintendencia de Valores y Seguros, que controla su actuación profesional.

De acuerdo al Art. 62 del DFL 251, para obtener el nombramiento e inscribirse como liquidadores de seguros se requiere:

a) Reunir los requisitos de las letras a) y b) del artículo 58; estar en posesión de la licencia de educación media o estudios equivalentes; acreditar los conocimientos suficientes sobre el comercio de seguros en la forma y periodicidad que disponga la Superintendencia mediante norma de carácter general¹, y no encontrarse en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 44 bis del DFL 251.

b) Constituir una garantía, mediante boleta bancaria o la contratación de una póliza de seguro que determine la Superintendencia por un monto no inferior a la suma más alta entre 500 unidades de fomento o un tercio de los ingresos obtenidos como liquidador en el año inmediatamente anterior, con un máximo de 60.000 unidades de fomento, para responder frente al asegurado o beneficiario del seguro objeto de la liquidación, del correcto y cabal cumplimiento de todas las obligaciones emanadas de su actividad y, especialmente, de los perjuicios que por ella puedan ocasionarles².

A nuestro juicio, nada justifica que la garantía ceda en exclusivo beneficio del asegurado o beneficiario del seguro en su caso, porque al igual que cualquier profesional, el liquidador también puede ser responsable de situaciones que causen perjuicio a quien le ha encargado ejecutar sus funciones, es decir, el asegurador. En cualquier caso, sostenemos que la circunstancia de que la garantía no ceda en beneficio del asegurador no significa que la responsabilidad del liquidador para con el asegurador no exista, sino tan sólo que aquél no podrá hacerla efectiva en la boleta bancaria o póliza de seguro a que esta disposición se refiere.

c) No ser martillero público, agente de aduanas, corredor de seguros, director, gerente, apoderado o trabajador de alguno de éstos o de una entidad aseguradora o reaseguradora, y

¹ Según la Circular N° 1.475, de la Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, de fecha 21 de marzo de 2000, los interesados en obtener el nombramiento como liquidadores deberán aprobar un examen de conocimientos sobre el comercio de seguros a rendirse en las oficinas de la Superintendencia dentro de la segunda quincena de los meses de mayo y octubre de cada año.

² La forma de otorgamiento de esta garantía se encuentra reglamentada por la Circular de la SVS N° 1.281, de fecha 13 de mayo de 1996.

d) Tratándose de personas jurídicas, haberse constituido legalmente en Chile con este objeto específico y reunir sus administradores y representantes legales los requisitos exigidos para los demás liquidadores personas naturales.

Los requisitos contemplados en el Art. 58) a que se refiere la letra a), precedente, son los siguientes:

a) ser chileno o extranjero radicado en Chile con carnet de extranjería al día y ser mayor de edad; y

b) tener intachables antecedentes comerciales.

5.- Obligaciones de los liquidadores.

Las obligaciones de los liquidadores están contempladas en el Artículo 63 del DFL 251 y son las siguientes:

a) Investigar las circunstancias del siniestro para determinar si el riesgo asegurado goza de la cobertura contratada en la póliza;

b) Determinar el valor del objeto asegurado a la época del siniestro, el monto de los perjuicios y la suma que corresponde indemnizar, informando fundadamente al asegurador y al asegurado sobre la procedencia o rechazo de la indemnización;

c) Proponer a las partes las medidas urgentes que se deban adoptar para evitar que se aumenten los daños y llevarlas a cabo previa autorización escrita del propietario o responsable de los bienes siniestrados, sin perjuicio de las obligaciones del asegurado, y

d) Las demás que establezca el reglamento.

En el cumplimiento de sus obligaciones los liquidadores responderán hasta de la culpa leve.

6.- Prohibiciones a que están afectos los liquidadores. Resguardo legal de su independencia.

Con una fuerza que se ha ido acentuando con el curso de los años, el legislador ha querido resguardar la independencia de los liquidadores respecto

a las partes interesadas en los resultados de su labor, que son el asegurador y el asegurado, o el beneficiario en su caso.

En efecto, el inciso final del Art. 61 del DFL 251, introducido por la ley 19.769, de 2001, señala textualmente:

“En el ejercicio de sus funciones, y sin perjuicio de sus obligaciones legales y reglamentarias, los liquidadores de siniestros deberán guardar la debida independencia y autonomía en su cometido, garantizando la imparcialidad y objetividad del proceso de liquidación, y velar porque sus opiniones se emitan con estricta sujeción a criterios técnicos.”

Dentro de ésta línea de pensamiento, el Art. 64 del DFL 251 establece las siguientes prohibiciones a que están afectos los liquidadores en el ejercicio de sus funciones:

a) Practicar liquidaciones en las cuales tengan interés en razón de parentesco o de su relación con las personas afectadas o con la propiedad de los bienes siniestrados, de acuerdo al reglamento;

b) Prestar servicios o asumir con las compañías de seguros, responsabilidades distintas a las señaladas en esta ley y el reglamento, y percibir directa o indirectamente beneficios económicos del asegurador, del asegurado o de terceros, distintos de sus honorarios profesionales y retener para sí o adjudicar a personas relacionadas los bienes o productos del recupero que hubieren practicado.

c) Atender reclamaciones de siniestros en que el liquidador tuviere un interés actual, directo o indirecto.

d) Asumir el liquidador persona natural, los administradores, representantes legales, apoderados o sus empleados, la representación judicial de las compañías, en juicios seguidos por los asegurados en su contra.

La redacción de este último numeral, introducido también por la ley 19.769 de 2001 con el propósito de resguardar la independencia de los liquidadores, es, sin embargo, deficiente, toda vez que de acuerdo a la historia de su establecimiento, se quiso expresar la idea de que tampoco podían representar judicialmente a las compañías los representantes legales, apoderados y empleados de los liquidadores personas jurídicas. Además, la idea era que tampoco pudieran representar a los asegurados de las compañías por encargo de éstas en

juicios con terceros, lo que resultaba de uso frecuente en los seguros de responsabilidad civil³.

En resumen, resulta evidente que la ley ha querido establecer un sistema en que el liquidador oficial de seguros inscrito en los registros de la Superintendencia sea verdaderamente independiente de la compañía aseguradora y del asegurado y que investigue el siniestro y sus circunstancias, sin prejuicios dictados por el interés, y proceda finalmente a emitir sus informes de liquidación, de acuerdo al mérito de los hechos, las estipulaciones contractuales y la ley.

7.- Designación de los liquidadores para atender un siniestro.

La designación de los liquidadores de siniestros independientes para atender un siniestro determinado, corresponde usualmente a las compañías aseguradoras (el Art. 61 del DFL 251 habla de que los liquidadores son personas "contratadas" por ellas), quienes deben velar porque se trate de un liquidador debidamente inscrito en los registros de la Superintendencia y que corresponda a la especialidad de la póliza de seguros aplicable.

Sin embargo, existen casos en los cuales la designación del liquidador está previamente establecida en la póliza de seguros, porque así se ha estipulado hacerlo con el asegurado al momento de la contratación del seguro, o resulta de un acuerdo entre las partes una vez ocurrido el siniestro. Pero estas dos alternativas surgen por la aceptación meramente voluntaria del asegurador, ya que es él quien, de conformidad con la ley, designa o "contrata" al liquidador y remunera sus servicios.

8.- El procedimiento de liquidación de siniestros

El procedimiento de liquidación de siniestros se encuentra regulado específicamente por el Decreto Supremo N° 863, de fecha 3 de Octubre de 1989, publicado en el Diario Oficial con fecha 5 de Abril de 1990, que contiene el Reglamento de los Auxiliares del Comercio de Seguros.

Conforme con su Art. 18, las compañías de seguros deberán pagar las indemnizaciones correspondientes, en los términos convenidos en la póliza, inmediatamente después de denunciado el siniestro y cuantificada la pérdida.

³Tampoco ha quedado reflejada en la norma finalmente aprobada, la idea original que extendía la prohibición de los liquidadores, y sus administradores, apoderados o representantes y personas relacionadas, de actuar en representación de las compañías en contra de terceros, ejerciendo los derechos de los asegurados por subrogación legal, actividad que también les resta imparcialidad.

Sin embargo, en caso de requerir mayores antecedentes sobre su procedencia y monto, deberán disponer su liquidación, directamente, o a través de un liquidador de siniestros.

La Compañía deberá comunicar su decisión de liquidar el siniestro al liquidador, cuando corresponda, o al asegurado, en el plazo de 3 días desde la fecha de la denuncia, indicándole al asegurado su derecho a solicitar que la liquidación sea practicada por un liquidador en caso que la Compañía haya decidido practicar la liquidación directamente y el asegurado no haya ejercido tal derecho al denunciar el siniestro.

El asegurado podrá oponerse a la liquidación directa en el plazo de 5 días desde la comunicación de la compañía, la que deberá en ese caso, designar un liquidador en el plazo de 3 días desde dicha oposición.

Cabe hacer notar que, cuando se da curso a la liquidación de un siniestro por un liquidador de siniestros independiente, la compañía aseguradora, usualmente, no investiga por su cuenta los antecedentes del caso, de modo que cuando acepta las recomendaciones emitidas por el liquidador en su informe final, sobre todo en las cuestiones de hecho, es porque hace fe en las investigaciones del liquidador sobre el siniestro y sus circunstancias, atendida la calificación y especialidad profesional que éste tiene⁴.

El liquidador podrá aceptar o rechazar el nombramiento en el plazo de 3 días desde la comunicación, entendiéndose que acepta si no lo rechaza oportunamente⁵. En caso de rechazo, la compañía deberá designar un nuevo liquidador en el plazo de 2 días y comunicarlo simultáneamente al asegurado. El liquidador o la compañía, en su caso, deberán comunicar al asegurado las gestiones y los antecedentes que se requerirán para proceder a liquidar el siniestro, sin perjuicio de aquellos que las circunstancias posteriormente exijan.

El liquidador podrá emitir un pre-informe de liquidación, de oficio o a petición del asegurado, en aquellos siniestros en que, durante el proceso de liquidación, surgieren problemas y diferencias de criterio acerca de sus causas, evaluación de riesgos o extensión de cobertura.

⁴Nada excluye el que el asegurador investigue por su cuenta un siniestro, cuando se da lugar al nombramiento de un liquidador de siniestros independiente, para confrontar con su propia opinión la de aquél.

⁵Esto constituye un caso excepcional en el derecho, en que el silencio es mirado como aceptación, que se inscribe dentro de la lógica del Art. 2125 del Código Civil.

El asegurado o la compañía podrán formular observaciones por escrito al referido pre-informe.

No habla el reglamento, respecto a la posibilidad de que sea el asegurador el que pida un pre-informe, pero estimamos que nada impide tal petición. En cualquier caso, atendida la redacción de la norma en estudio, el liquidador esta obligado a emitir un pre-informe de liquidación si el asegurado se lo pide.

El liquidador, y la compañía en el caso de las liquidaciones directas, deberán emitir el informe de liquidación en un plazo que no exceda de 90 días corridos, desde la fecha de denuncia del siniestro, salvo en el caso de vehículos motorizados, en que el plazo no deberá exceder de 60 días y de los siniestros marítimos que afecten a los cascos, o en caso de avería gruesa, en que el plazo no deberá exceder de 180 días. Estos plazos podrán prorrogarse sucesivamente por iguales períodos, en casos fundados, circunstancia que deberá comunicarse al asegurado y a la Superintendencia, que podrá dejar sin efecto la prórroga, fijando un plazo para la entrega del informe.

El informe final deberá remitirse simultáneamente al asegurado y a la compañía cuando corresponda.

Cuando los liquidadores tengan autorización escrita por parte de la Compañía, podrán emitir órdenes de reparación o asumir compromisos con los reclamantes directamente. A nuestro juicio esta facultad, establecida en el inciso 4° del Art. 22 del Reglamento, sólo puede ser ejercida a condición de una autorización del asegurador dada específicamente para cada caso. De lo contrario el liquidador independiente perdería dicha calidad al transformarse en una suerte de mandatario general del asegurador, con facultades para comprometer sus intereses.

En el caso del seguro obligatorio de accidentes personales, la liquidación en ningún caso podrá dilatar el pago de la indemnización respectiva más allá del plazo establecido en el artículo 30 de la Ley N° 18.490, contado desde la recepción de todos los antecedentes necesarios para ello, salvo que el pago no proceda en conformidad a las normas legales y contractuales que rigen el seguro.

Recibido el informe, el asegurado y la compañía tienen un plazo de 10 días para impugnarlo. En caso de liquidación directa solo, el asegurado tiene derecho a impugnar, lo que resulta de toda lógica, porque en éste caso es la

propia compañía aseguradora la que esta liquidando, por lo que mal podría impugnarse a si misma.

El liquidador tiene un plazo de 5 días para responder a la impugnación. Contestadas las impugnaciones, el asegurado y la compañía en su caso, tienen un plazo de 5 días para manifestar su conformidad y, si hubiere acuerdo, la compañía procederá al pago de la indemnización que corresponda, de inmediato.

Si las diferencias subsisten, la compañía debe notificar al asegurado su resolución, indicándole su derecho a recurrir al procedimiento establecido en la póliza para reclamar el pago de la indemnización o solucionar las dificultades.

En el respectivo procedimiento, la compañía deberá poner la cantidad no disputada a disposición del asegurado que así lo requiera. Respecto a esta norma cabe explicar que constituye cantidad no disputada de un siniestro, el monto que corresponde al mínimo común aceptado por ambas partes, cuando el asegurado pretende una indemnización mayor, siempre y cuando la compañía aseguradora no cuestione la procedencia misma de la indemnización.

Todos los plazos establecidos en este procedimiento son de días hábiles a menos que se establezca lo contrario. Se trata, además, de plazos no fatales, que no extinguen los derechos que correspondan a ambas partes, de acuerdo al mérito de los siguientes razonamientos:

- a) Es una regla general en el derecho chileno, que los plazos que extinguen los derechos de las partes, deben así expresarlo inequívocamente.
- b) Los únicos plazos que extinguen los derechos de las partes son los llamados plazos fatales, de acuerdo a la regla que contempla el artículo 49 del Código Civil que establece lo siguiente:

“Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la medianoche en que termina el último día del plazo”.

No es ésta la forma como están construidas las normas del reglamento, en lo concerniente a la liquidación de siniestros.

- c) Por último y a mayor abundamiento, la preclusión de los derechos legales es materia de ley y los plazos a que estamos aludiendo constan en un Decreto Supremo reglamentario, pero no en una ley.

En consecuencia, los derechos de las partes en un contrato de seguro solo se extinguen por la prescripción, la que, en materias propias del Derecho Comercial, como el seguro, está fijada en el Código de Comercio y es de 4 años a menos que tengan un plazo de prescripción especial, como en el seguro marítimo⁶.

Por último, cabe señalar que todas las comunicaciones al asegurado y a la compañía o al liquidador deberán realizarse por carta certificada u otros medios idóneos y fehacientes de comunicación escrita.

9.- Contenido del informe de liquidación

El informe de liquidación debe contener, al menos, la información que exige el D.S. N° 863 en su artículo 27: individualización de la liquidación, conforme a su registro; individualización de los contratantes, beneficiarios e intermediarios del seguro; individualización de la póliza, relación del siniestro y determinación de los daños; opinión técnica sobre la procedencia de la cobertura y determinación de la pérdida y la indemnización si procediere; constancia de las gestiones realizadas y transcripción de los informes técnicos requeridos; indicación de la existencia de recuperos y salvatajes; y transcripción íntegra de los artículos 24, 25, 26 y 27 del reglamento.

10.- Naturaleza del liquidador de siniestros y del informe de liquidación en Chile. Valor probatorio de éste.

Conforme a la doctrina nacional y sobre la base de interpretar el concepto y las funciones de los liquidadores de siniestros que establece la ley y el reglamento, cabe concluir que los liquidadores son uno de los denominados "auxiliares del comercio de seguros" y particularmente un tipo especial de peritos, de modo que los informes de liquidación que ellos emiten constituyen un informe pericial.

⁶La jurisprudencia ha estimado que la existencia de un procedimiento de liquidación pendiente no es obstáculo para que el asegurado demande judicialmente el pago de la indemnización a que crea tener derecho de acuerdo a la póliza. "El asegurado puede acudir a la justicia a pedir la indemnización que su asegurador le adeuda, aunque esté pendiente la liquidación. La Compañía no está liberada de su obligación de indemnizar un siniestro porque el Liquidador designado sostenga tal opinión; ni tampoco la libera de los perjuicios derivados de su negativa ni de la mora, que existe desde que el deudor ha sido requerido judicialmente. Almacenes Grales. de Depósitos Alma Chile con Compañía de Seguros Atenía Chile S.A. Arbitro Sr. Rodolfo Figueroa Figueroa. 26/07/89, citado en nuestra obra "Jurisprudencia sobre Seguros", Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Sostenemos que se trata de peritos, puesto que su naturaleza y funciones legales, se encuadran perfectamente en el concepto que de ellos tiene la doctrina: "toda persona que tiene conocimientos especiales sobre una materia determinada y apta, en consecuencia, para dar su opinión autorizada sobre un hecho o circunstancia contenido en el dominio de su competencia" (Mario Casarino Viterbo, "Derecho Procesal", Tomo IV, página 200). En el caso que estamos examinando, se trata de peritos que tienen conocimientos especiales sobre la práctica del seguro y el ajuste de indemnizaciones, que deben dar su opinión sobre si están o no cubiertos por una póliza de seguro determinada, ciertos hechos que revisten los caracteres de un siniestro, y sobre el monto de los daños y de la indemnización, en su caso.

A su vez, el informe de liquidación en el que concretan su intervención es, como ya hemos avanzado, un informe pericial emitido extrajudicialmente. Sobre su valor en juicio nos referiremos a continuación de que examinemos, en los párrafos que siguen, las semejanzas y diferencias entre los liquidadores y los peritos judiciales.

Lo primero que hay que tener en consideración al respecto es que el liquidador, al igual que el perito judicial, no es juez, de modo que su opinión no es obligatoria ni para las partes ni para el juez ordinario o el tribunal arbitral que conozca de la contienda entre asegurado y asegurador que surja a propósito de un siniestro y de su liquidación. Ya hemos visto que tanto el asegurado como el asegurador pueden impugnar su informe y en cualquier caso, con o sin impugnación, las conclusiones de su informe no excluyen el derecho de las partes a sostener una opinión diferente y actuar conforme a ella en la disputa que surja.

Al respecto la doctrina ha señalado, refiriéndose a los peritos judiciales que "la ley ha descartado de este modo toda creencia y posibilidad de que los peritos actúen ahora como jueces, pues la misión de ellos se reduce precisamente, a auxiliar a estos últimos en la apreciación de determinados hechos, nunca del derecho, por lo que faltan a su deber los primeros si avanzan en sus informes alguna opinión sobre el fondo mismo del juicio, sobre todo, en el aspecto jurídico, en cuyo caso pueden hasta incurrir en una causal de inhabilitación, conforme al Art. 113 inciso 2° (del CPC)"⁷.

⁷ Carlos Anabalón Sanderson, "Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno". Tomo Tercero. El juicio ordinario de mayor cuantía. Impresores Arancibia Hnos., Santiago, 1963, Pág. 447.

En lo directamente atinente al ámbito del perito-liquidador de seguros, la jurisprudencia arbitral ha ratificado este concepto, señalando que “el procedimiento de liquidación que contempla el Decreto Supremo de Hacienda N° 863 no implica por parte del liquidador el ejercicio de facultades jurisdiccionales ni le compete a éste la interpretación y determinación de la póliza en lo que se refiere a las cosas aseguradas”⁸.

Disentimos parcialmente de esta sentencia, haciendo notar la diferencia que existe entre un perito judicial y un liquidador de siniestros pues, este último, dadas sus especiales características y el objetivo de su actuación, conforme a la ley, no solo está autorizado sino que debe pronunciarse por la cobertura del seguro, emitiendo su parecer al respecto, lo que constituye, ciertamente, la emisión de un pronunciamiento jurídico, que, sin embargo, no liga a las partes del contrato. En efecto, el inciso segundo del Art. 61 del DFL 251 señala que una de las finalidades de la liquidación del siniestro consiste en determinar “si el riesgo está bajo la cobertura de una compañía determinada”.

Por otra parte, al igual que el nombramiento de los peritos judiciales lo es para el juez, la designación de los liquidadores de siniestros es facultativa para la compañía aseguradora. Esta los designa para atender un siniestro actuando de oficio, en los casos en que no opte por liquidarlo directamente o a petición de su contraparte en el contrato, el asegurado.

Al igual que los peritos judiciales, los liquidadores están afectos a inhabilidades contempladas en la ley del ramo (DFL 251), establecidas por el legislador a fin de resguardar su independencia.

Del mismo modo que los peritos judiciales, los liquidadores tienen derecho a cobrar los gastos y honorarios correspondientes a la prestación de sus servicios profesionales. Sin embargo existe una importante diferencia en cuanto a quien debe soportar tales costos.

En el caso de los peritos judiciales, los gastos y honorarios serán de cargo de la parte que haya solicitado este medio probatorio; salvo que el tribunal estime necesaria la medida para el esclarecimiento de la cuestión, en cuyo caso se subentiende que los gastos y honorarios son soportados por mitades y todo ello sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre el pago de costas” (Art. 411, inc. 2° C.P.C.)⁹.

⁸Jaime y Juan Osorio Opazo y Cía. Ltda. Con Cía. de Seguros La Chilena Consolidada, Arbitro Sr. Juan Carlos Pizarro Letelier, Fallo de 31/01/95, citado en nuestra obra “Jurisprudencia sobre Seguros”, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

⁹Mario Casarino Viterbo, Manual de Derecho Procesal, Tomo IV, Pág. 211, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1967.

En cambio en el caso de los liquidadores de seguros, el pago de sus honorarios y gastos es de cargo de la Compañía de Seguros que los nombra, aún cuando sea a petición del asegurado y no tiene regularmente derecho a traspasarle el costo al asegurado, ni siquiera parcialmente, ni imputarlo al monto del seguro contratado¹⁰.

Otra importante diferencia entre la labor de un perito judicial y un liquidador de seguros consiste en que en la actuación de este último no está contemplada la audiencia de reconocimiento (Art. 417 inciso 3° del C.P.C.) que constituye un trámite esencial de la labor del primero, cuya ausencia o falta de validez, vicia al peritaje mismo, diferencia que se explica precisamente, por la sola circunstancia de no tratarse la labor del liquidador de un trámite de carácter judicial.

Por último, es diferente, también, el valor que cabe atribuir al documento en que se plasma el resultado de su labor, el informe pericial, tratándose de los peritos judiciales, y el informe de liquidación, en el caso del liquidador oficial de seguros. Nos referiremos, a continuación, a ese tema.

Respecto de los peritos judiciales, el Art. 425 del C.P.C. señala que “los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”.

No define dicho Código lo que debe entenderse por apreciar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, pero hay consenso en la doctrina chilena contemporánea en que constituye una buena definición de ella, la que contempla el Art. 456 del Código del Trabajo, conforme al cual “al apreciar las pruebas según la sana crítica, el tribunal deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente lógicas, científicas, técnicas o de experiencia en cuya virtud les designe valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”.

En conformidad a la doctrina, el informe pericial ordenado por el juez “tampoco es obligatorio para el tribunal, en cuanto a las conclusiones que en el

¹⁰Estimamos que excepcionalmente tendría la compañía el derecho a cobrar tales gastos al asegurado, cuando con motivo del siniestro se descubre una circunstancia constitutiva de ineficacia (por nulidad o resolución) de la póliza de seguro y el asegurador la solicita judicialmente.

se emitan, vale decir, que los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos, según su leal saber y entender, discrecionalmente, en conformidad a las reglas de la sana crítica, usando los términos de la ley”, “con un criterio justo y razonable, que excluya por completo la arbitrariedad”, por lo que “deben pesarlo en su positivo mérito, en relación con los demás antecedentes de la causa”¹¹.

Aún así, no resulta posible aplicar a los informes que emiten los liquidadores de seguros, al menos por vía directa, el sistema de valoración que contempla el C.P.C. para los peritos judiciales, precisamente porque aquellos no son estos últimos.

De partida, queremos hacer presente que el tema que estamos analizando tiene relevancia y se aplica, únicamente, cuando el informe de liquidación se presenta como prueba en un juicio que sigan entre sí, el asegurador, por una parte, y el asegurado o beneficiario, en su caso, por otra, respecto a la procedencia y/o el monto de la indemnización de un siniestro al amparo de una póliza, o en los juicios que el asegurador sigue en contra de terceros responsables del siniestro, ejerciendo el derecho de subrogación en los derechos del asegurado que le acuerda el Art. 553 del C. de Comercio.

De acuerdo a lo que sostiene la doctrina procesal, “los informes que se expongan o proporcionen sin forma de peritajes carecerán de dicho mérito y el tribunal no tendrá obligación de considerarlos en su sentencia”, en calidad de, propiamente, los informes periciales que regula el C.P.C.¹²

En estas circunstancias estimamos que el informe de liquidación tiene en juicio el mismo rango que un peritaje privado encargado por una de las partes, esto es, se trata de un documento privado emanado de terceros, que si es objetado por la contraparte, debe ser reconocido por su autor declarando como testigo en el respectivo probatorio.

Al respecto la jurisprudencia judicial ha señalado que “para que los instrumentos privados emanados de terceros tengan valor probatorio en juicio, es indispensable que quienes los han emitido declaren como testigos en el juicio mismo, reconociéndolos en cuanto a su procedencia y dando fe en cuanto a la verdad de su contenido. De esta manera el documento pasa a formar parte de la prueba testimonial y tiene el valor que la ley le atribuye a esa prueba. Por

consiguiente, si este tipo de documentos no es ratificado por el otorgante en la forma ya dicha, carece de todo valor probatorio”¹³.

Por lo que corresponde a la jurisprudencia especializada en materia de seguros, ella ha coincidido con este criterio y ha declarado que “los liquidadores son personas que por sus conocimientos técnicos y experiencia son designados por la Superintendencia para informar sobre las circunstancias de los siniestros y el monto de los perjuicios, por lo que su testimonio es el de un testigo hábil e incluso, necesario”, fallo que reviste especial importancia porque fue dictado por el propio organismo contralor, la Superintendencia de Valores y Seguros¹⁴.

La jurisprudencia no ha podido olvidar la naturaleza técnica de la función del liquidador y las normas legales a que esta sometido su nombramiento y actuación, por lo que ha estimado que “las conclusiones del informe de liquidación se encuentran rodeadas de una presunción de corrección, que admite prueba en contrario”; pero solamente para acentuar que “la carga de la prueba de la concurrencia de los hechos que generan la obligación de indemnizar pesa sobre el asegurado, por la reglas generales de la prueba de las obligaciones contenidas en el artículo 1.698 del CC y las particulares del contrato de seguro contenidas en el Art. 539 y 556 N° 7 del C. De Comercio”¹⁵.

En resumen el informe de liquidación, como instrumento privado que es, tiene en juicio el valor de una escritura pública, a condición de que, conforme lo establece el Art. 1702 del Código Civil, haya sido “reconocido por la parte a quien se opone, o que se ha mandado tener por reconocido en los casos y con los requisitos prevenidos en la ley”¹⁶.

¹³Corte de Apelaciones de Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. LXXVII, N° 3, 1980, Secc. II, Pág. 154

¹⁴Caso Gilda Arellano Maffucci con Cia. de Seguros Fénix Chilena, Arbitro Superintendencia de Valores y Seguros, 20/09/88, citado en la obra de éste autor “Jurisprudencia sobre Seguros”, Editorial Jurídica de Chile, 1999

¹⁵Raúl Alberto Joffré Canivito con Compañía de Seguros Generales Cruz del Sur, Arbitro Sr. Carlos Eliseo Concha Gutiérrez, 17/07/98, , citado en la obra de éste autor “Jurisprudencia sobre Seguros”, Editorial Jurídica de Chile, 1999. Según dicho fallo, la citada presunción emanaría de los artículos 3° letra g), 62 y 63 del DFL 251 de 1931 y sus modificaciones. “Conforme a tales disposiciones los liquidadores de seguros son auxiliares del comercio de seguros, independientes de las partes, que son designados y actúan de acuerdo a las reglas especiales previstas por la ley para determinar extrajudicialmente la procedencia del pago del seguro y en caso afirmativo, para calcular el daño y la indemnización”.

¹⁶Tratándose de un informe que no emana de ninguna de las partes en el juicio de seguros, ni el asegurado ni el asegurador, deberá ser acompañado a los autos con citación.

¹¹Carlos Anabalón Sanderson, Ob. Cit., Pág. 471.

¹²Carlos Anabalón Sanderson, Ob. Cit., Pág. 449.

A su vez, la escritura pública tiene el valor de un instrumento público, esto es "hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho los interesados" (Art. 1700 del Código Civil).

Respecto a esto último, la veracidad de las declaraciones que en su informe haya hecho el liquidador otorgante, resulta evidente que será evaluada por el juez como la de un testimonio emitido por un testigo especialmente calificado y verídico, que, según el Art. 384 N° 1 del C.P.C., "constituye una presunción judicial cuyo mérito probatorio será apreciado en conformidad al Art. 426". Este último artículo se remite al Art. 1712 del Código Civil, según el cual las presunciones judiciales "deberán ser graves, precisas y concordantes".

En cualquier caso y para finalizar, en la práctica habrá que distinguir, además, entre las declaraciones que el liquidador emita en relación a asuntos de hecho y aquellas que emita en relación a la cobertura del siniestro, porque estando radicada la resolución de una controversia ante un tribunal ordinario o arbitral, corresponderá exclusivamente al sentenciador emitir pronunciamientos en derecho.

Conclusiones.

Los liquidadores oficiales de seguros son una especie de peritos que estudian los antecedentes de un siniestro y emiten extrajudicialmente, por encargo de la compañía aseguradora, su opinión respecto a si dicho siniestro encuentra o no cobertura en la póliza de seguros y sobre el monto de los daños indemnizables, en su caso. El legislador se ha preocupado especialmente de velar por su independencia en relación a las partes interesadas en el contrato de seguro y el siniestro, en particular con respecto a la compañía aseguradora. Sus opiniones no obligan ni al asegurado ni a la compañía. Esta última, cuando designa a un liquidador de seguros independiente para atender un siniestro, habitualmente se limita a aceptar las recomendaciones emitidas por aquel, absteniéndose de investigarlo por su cuenta, sobre todo en las cuestiones de hecho, haciendo fe en las investigaciones practicadas por el liquidador, atendida su calificación, especialidad profesional y experiencia. En juicio, la liquidación tiene el valor de un instrumento privado auténtico, es decir, equivalente al de una escritura pública, siempre que haya sido agregada a los autos legalmente y haya sido reconocida o mandada tener por reconocida. La veracidad de las

declaraciones del liquidador contenidas en su informe tiene el valor de la declaración de un testigo, esto es, sirve de base a una presunción judicial que debe regirse por las normas de los artículos 426 del CPC y el Art. 1712 del Código Civil de Chile.