

## NOCIONES GENERALES SOBRE LA JUSTICIA ARBITRAL

*Alejandro Romero Seguel*

Profesor de Derecho Procesal  
Universidad de los Andes

### SUMARIO

I. ANTECEDENTES GENERALES. 1. Introducción 2. Tipos de arbitraje. 2.1. Según su extensión o ámbito de aplicación: arbitraje interno o arbitraje internacional. 2.2. Según el objeto sobre el que versa el juicio arbitral: arbitraje civil, arbitraje comercial, arbitraje laboral, arbitraje internacional. 2.3. Según las fuentes del arbitraje: arbitraje voluntario, arbitraje forzoso u obligatorio, arbitraje prohibido. 2.4. Según las facultades del juez: árbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables componedores, o árbitros mixtos. 2.5. El arbitraje institucional. II. ESQUEMA GENERAL DEL ARBITRAJE CIVIL INTERNO. 1. Antecedentes preliminares. 2. Diferencias entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria y especial 3. Fuentes de la justicia arbitral. 3.1. El arbitraje forzoso. 3.2. El arbitraje voluntario. 3.3. Materias de arbitraje prohibido. 4. El compromiso 5. La cláusula compromisoria 6. Requisitos para ser árbitros. 7. De la instalación de los jueces árbitros. 8. Calidades con las que pueden ser designados los árbitros: Arbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables componedores, o árbitros mixtos. 9. Algunas cuestiones de procedimiento. 10. Régimen de recursos. 11. La equidad del juez árbitro arbitrador. 12. El valor del arbitraje respecto de terceros.

### I. ANTECEDENTES GENERALES

#### 1. *Introducción*

El tema del arbitraje resulta interesante de analizar en varias áreas del saber. Para Platón, en *De Legibus* (Libro 6 y 12), señala que "los primeros jueces sean aquellos que el demandante y el demandado hayan elegido, a quienes el nombre de árbitros conviene mejor que el de jueces, que el más sagrado de los tribunales sea aquel que las partes mismas hayan creado y elegido de común consentimiento".

En el campo del derecho romano fue tradicional durante mucho tiempo la aceptación de las hipótesis de Mortiz Wlassak acerca del origen arbitral del proceso privado romano. Ese romanista austriaco postuló en su momento, con gran aceptación, que la típica partición romana del proceso en dos fases *-in iure*, desarrollada ante el órgano jurisdiccional competente, y *apud iudicem*, ante el juez privado que resuelve la controversia- habría derivado de una oficialización de los antiguos procedimientos arbitrales, y por lo tanto, en el arbitraje debería verse en último término la raíz del proceso romano, aun-

que en el último tiempo los romanistas más modernos cuestionan tal afirmación<sup>1</sup>.

Según Pacchioni, el desenvolvimiento histórico de los más complejos sistemas de Derecho y particularmente el del derecho romano, desde sus orígenes hasta Justiniano, y el del derecho inglés, nos muestra de qué modo la formación del derecho privado ha estado encomendada, durante siglos y siglos, exclusivamente a los juristas y jueces, y sólo en época tardía y de concentración política ha tomado a su cargo el Estado, por razones de conveniencia, la tarea de completar y dirigir la actividad puramente social de la jurisprudencia<sup>2</sup>.

El arbitraje es una temática procesal de enorme importancia, que ha alcanzado un alto grado de expansión y de especialización, como lo demuestra la existencia de arbitraje en materia laboral, comercial e internacional. A tanto ha llegado la importancia del arbitraje, que incluso la misma legislación ha tenido que reconocer que el Estado —cuando actúa como particular en los “contratos internacionales”— puede ser llevado a una jurisdicción arbitral, incluso de otro país. (D.L. N° 2349, publicado en el *Diario Oficial* N° 30.201, de 28 de octubre de 1978, que estableció Normas Sobre Contratos Internacionales para el Sector Público).

En el ámbito teórico, varias son las razones que puede tener un legislador para establecer un sistema de jurisdicción arbitral como mecanismo alternativo para la solución de las controversias jurídicas que se promueven en una determinada sociedad, al margen de la actividad jurisdiccional ordinaria o especial del Estado. A modo de enunciación, concurren a justificar la existencia de un sistema judicial arbitral las siguientes razones:

- 1) La flexibilidad y rapidez del arbitraje, frente al excesivo formalismo y lentitud de la justicia ordinaria.
- 2) El arbitraje, principalmente el del árbitro arbitrador, favorece la inmediación procesal, esto es, que el órgano jurisdiccional tenga un contacto directo con las partes y terceros que intervienen en el proceso. La inmediación se facilita en los procesos que reconocen la oralidad como sistema de organización predominante, como es el caso de la tramitación en varias audiencias que establecen en la práctica los árbitros arbitradores en nuestro medio.
- 3) El arbitraje facilita la posibilidad que ciertos asuntos de complejidad jurídica puedan ser resueltos por personas de mayor especialización.

Nos interesa exponer en estas páginas un panorama general del arbitraje civil, presentando una visión de la rica problemática que envuelve esta cuestión, que es amplia y compleja.

<sup>1</sup> En la actualidad, el planteamiento de Wlassak ha sido dejado de lado por gran parte de los romanistas (G. Pugliese, M. Keser, A. Biscardi...), pues se trata de una afirmación indemostrable en las fuentes romanas, aunque sí se acepta por la tesis mayoritaria que el procedimiento formulario se remonta a la práctica del pretor peregrino que sí habría tenido su precedente en arbitrajes privados *inter cives*, para supuestos no tutelados por las *legis actiones*. (Mayores antecedentes, cfr. PARICIO, Javier “Apuntes sobre el pretendido origen arbitral del proceso privado romano”, en *Revista de la Facultad de la U. Complutense, Madrid*, N° 16, 1990, pp. 227-234).

<sup>2</sup> *Diritto civile italiano*. Parte Primera, vol. 1°, Padova, 1937, pp 44. ss. cit. por CASTÁN TOBEÑAS, *La formulación judicial del derecho*, Madrid, Reus, 1954, p. 8.

## 2. Tipos de arbitraje

### 2.1. Según su extensión o ámbito de aplicación: arbitraje interno o arbitraje internacional

El arbitraje civil interno es el que se desarrolla conforme al derecho interno, sin que exista en el objeto del proceso elementos de competencia judicial internacional. Tiene sus fuentes principalmente en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil, y se orienta a la resolución de conflictos jurídicos entre particulares que designan a uno o más jueces denominados árbitros (art. 222 COT).

El arbitraje internacional, a diferencia del arbitraje civil interno, se caracteriza fundamentalmente por dos rasgos, a saber: a) por encaminarse a la “adaptación de contratos”, y b) por necesitar el *laudo* (o sentencia arbitral) para su cumplimiento en otro país del trámite de homologación procesal denominado *exequatur*. El arbitraje civil internacional no está reglamentado ni en el COT ni en el CPC<sup>3</sup>, sino que viene reconocido en convenios internacionales. Son convenciones multilaterales ratificadas por Chile en esta materia: a) La Convención de las Naciones Unidas de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (aprobada en Chile por el D.L. 1.095 de 1975, D.O. N° 29.218, de 31 de julio de 1975). Tal como lo establece su título, el Convenio de Nueva York limita su aplicación “al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales” (art. 11.), y b) La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 1975.

Aunque el arbitraje internacional no difiere en el concepto del arbitraje interno, en cuanto que los dos sirven para solucionar controversias jurídicas por medio de árbitros, tienen objetos distintos. En efecto, el arbitraje internacional viene impuesto de ordinario por las necesidades del comercio internacional, que exige seguridad y rapidez en la solución de los conflictos, y por lo mismo, demanda un mecanismo de solución de controversias acorde con esos objetivos.

Como lo explica Cordón Moreno, “la aceptación del arbitraje en las relaciones de comercio internacional es, ante todo, la consecuencia de la ausencia de una jurisdicción supraestatal de derecho privado, para resolver los litigios que pueden surgir en las relaciones internacionales; los Estados no ofrecen más que las jurisdicciones nacionales, concebidas en su origen para dilucidar los conflictos internos, y los tratados internacionales sobre competencia judicial internacional —a pesar de los indudables avances técnicos que introducen— resultan insuficientes para atender las demandas que exige la agilidad en el tráfico jurídico”<sup>4</sup>.

En la práctica arbitral, en relación a los problemas de competencia judicial internacional, se suscita un interesante problema cuando existe un tribunal arbitral para conocer del asunto en otro país. ¿Cómo se alega esta cuestión?

Nuestra normativa procesal civil, por su origen decimonónico, no se preocupó de reglamentar con pulcritud el tema de la “extensión y límites de la jurisdic-

<sup>3</sup> Salvo el artículo 246 del CPC que reconoce que las reglas dadas para la ejecución de resoluciones pronunciadas por Tribunales Extranjeros “son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros”.

<sup>4</sup> CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 150.

ción” de los tribunales chilenos, o si se quiere, no se ocupa de determinar en qué casos los órganos jurisdiccionales del Estado deben abstenerse de conocer litigios que contengan elementos de extranjería. Tanto el artículo 1° del Código de Procedimiento Civil, como el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales ni siquiera mencionan la posibilidad que un tribunal chileno pueda resultar carente de jurisdicción o de competencia para conocer de un asunto.

En nuestra opinión, no es sustentable la tesis que afirma que los tribunales chilenos pueden conocer de todos los asuntos que *urbi et orbi* se puedan presentar a su conocimiento, ya que ello sería atribuirle a nuestros órganos un “imperialismo jurisdiccional” que no se compadece con la existencia del derecho procesal internacional privado. Lo anterior se hace más patente en materia de arbitrajes comerciales internacionales, donde resulta frecuente que ciertos litigios comerciales sean conocidos en tribunales ubicados en un Estado distinto del lugar donde ocurrieron los hechos.

Entendemos que en la gestión judicial de designación de árbitros, cuando se plantee un problema de esta naturaleza los tribunales ordinarios puedan ejercer un control de oficio o a petición de parte de los presupuestos procesales, sobre todo cuando la objeción promovida tiene relación con un problema de “competencia judicial internacional”, ya que se trata de un asunto que por su propia naturaleza requiere un tratamiento especial, que lamentablemente nuestro derecho no prevé con la claridad que sería deseable, pero que en todo caso es posible de solucionar conjugando varios principios procesales.

En rigor, es perfectamente posible que se promueva una oposición que tienda a impedir la constitución del tribunal arbitral, fundada en una *prorrogatio fori*, en virtud de la cual los tribunales llamados a conocer del fondo del asunto son extranjeros, debiendo por lo mismo abstenerse la justicia ordinaria de proceder a la designación del tribunal arbitral.

La falta de “competencia judicial internacional” se denuncia a través de los mecanismos procesales que se incluyen dentro del género de la “declinatoria”, la que se caracteriza por ser siempre un artículo de previo y especial pronunciamiento, y que recibe el nombre técnico de “declinatoria internacional”<sup>5</sup>. La “declinatoria internacional” (también denominada como “declinatoria de jurisdicción”) tiene sus rasgos propios, que la diferencian con los instrumentos homónimos que sirven para denunciar en el orden interno la falta de competencia de un tribunal nacional (Título XI, De las Cuestiones de Competencia, arts. 101 a 112 CPC). En efecto, la “declinatoria internacional” se caracteriza básicamente por los siguientes elementos:

- a) Su objetivo es declarar que los órganos jurisdiccionales del Estado donde se promueve la declinatoria no son los llamados a conocer del asunto, por existir algún elemento de conexión que así lo justifique (*Derogatio fori*, *Prorrogatio fori...*).

Esta misma característica invita a sostener que en nuestro medio es perfectamente admisible tramitar esta cuestión incidentalmente, en la etapa de constitución del tribunal arbitral, ya que al no hacerlo se podría entender tácita-

<sup>5</sup> Sobre el tema, SANTOS VILANDE, Jesús M<sup>a</sup>, *Declinatoria y “Declinatoria Internacional”. Tratamiento procesal de la competencia internacional*, Madrid: Ramón Areces, 1991, pp. 25 ss.

mente prorrogada la competencia al tribunal nacional, sobre todo cuando para alguna corriente la gestión de designación de árbitro es contenciosa. En tal sentido, el mismo art. 322 del Código de Bustamante admite una amplia regla para que se produzca la sumisión tácita, cuestión que invita a alegar la falta de la "competencia judicial internacional" como primera actuación en todo procedimiento, con el fin de evitar una prórroga tácita de la misma.

- b) La admisión de la "declinatoria internacional" no permite la remisión de los autos a otro tribunal. Efectivamente, el principio de la territorialidad de la ley procesal impide que lo actuado ante un determinado tribunal nacional pueda ser remitido al órgano jurisdiccional de otro Estado. Esta es una marcada diferencia con lo que ocurre en el derecho interno, donde declarada la incompetencia por declinatoria o por inhibitoria, los autos se remiten al tribunal competente, el que seguirá conociendo del asunto (Arts. 102 y 106 CPC).

En nuestro COT y CPC no está previsto expresamente el mecanismo de impugnación de la "competencia judicial internacional". La única fuente legal donde se reconoce esta cuestión es el art. 397 del Código de Bustamante (Título Sexto del Libro IV, relativo al Derecho Procesal Internacional). Allí se señala que, "En todos los casos de relaciones jurídicas sometidas a este Código, podrán promoverse cuestiones de competencia por declinatoria fundada en sus preceptos".

Otros aspectos de interés en el arbitraje civil internacional, que se deben considerar a la hora de pactar este tipo de arbitraje, son los siguientes: a) el relativo a la ley sustantiva que debe resolver el litigio (ley mercatoria), debiendo señalar claramente las partes en su convenio de arbitraje la fuente del derecho a que se debe someter el árbitro en la decisión del litigio; b) el lugar de funcionamiento del tribunal arbitral; c) formalidades de expedición del laudo (idiomas en que se debe redactar); d) el régimen de ejecución del laudo que corresponde aplicar (se debe estudiar concretamente en qué sitio se intentará ejecutar este fallo, para evitar que por cuestiones de orden público, relativas al derecho interno, dicha sentencia no se pueda cumplir).

Para facilitar la extensión de este tipo de arbitraje existe una serie de reglamentos que regulan detalladamente todos los problemas procesales que se pueden presentar en la tramitación de los arbitrajes internacionales, a los que pueden remitirse las partes al acordar el convenio arbitral, a falta de acuerdos especiales. En el ámbito americano el más influyente es el Reglamento del C.I.A.C. (Comisión Interamericana de Arbitraje Internacional).

- 2.2. Según el objeto sobre el que verse el juicio arbitral: arbitraje civil, arbitraje comercial, arbitraje laboral, arbitraje internacional
- 2.3. Según las fuentes del arbitraje: arbitraje voluntario, arbitraje forzoso u obligatorio, arbitraje prohibido
- 2.4. Según las facultades del juez: árbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables compondores, o árbitros mixtos

Esta categoría la examinaremos más adelante.

## 2.5. El arbitraje institucional

El arbitraje institucional es aquel confiado a entidades corporativas que administran el arbitraje mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, en su caso, y la facilitación, en general, de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encaminado de dar solución arbitral al asunto<sup>6</sup>. El arbitraje institucional presenta como ventaja la idoneidad técnica de los árbitros, los que son designados por el ente arbitral de acuerdo a su versación en la materia litigiosa, y además se dan a las partes reglas claras sobre el costo del arbitraje, evitando sorpresas en la fijación de los honorarios del árbitro.

En nuestro medio este tipo de arbitraje no tiene todavía reconocimiento legal, pero, sin embargo, se ha establecido *ex lege*. Así, por ejemplo, en 1968 se constituyó la sección chilena de la Comisión Chilena de Arbitraje Comercial (C.C.A.C.), y últimamente enorme difusión está alcanzando el arbitraje institucional del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de Santiago, de la Cámara de Comercio<sup>7</sup>.

El arbitraje institucional se caracteriza porque un tercero –la institución de arbitraje– designa el nombre del árbitro, y realiza las labores de administración del proceso arbitral, estableciendo pautas sobre honorarios que pueden cobrar los árbitros en la tramitación del juicio. En nuestro medio no se permite todavía que el compromisario sea la misma persona jurídica<sup>8</sup>.

## II. ESQUEMA GENERAL DEL ARBITRAJE CIVIL INTERNO

### 1. Antecedentes preliminares

En nuestro país el arbitraje civil ha sido una preocupación recurrente desde los comienzos de la República, alcanzando incluso una consagración en nuestras primeras Constituciones. Concretamente, las Constituciones Políticas del Estado de 1822 y 1823 contenían disposiciones sobre arbitraje<sup>9</sup>.

Sin duda alguna, es en la *Lei de Organización de los Tribunales*, de 1875, donde se sientan las bases más importantes sobre el arbitraje civil (interno), las que persisten en su mayor parte hasta el día de hoy, por cuanto dicha *Lei de Organización de los Tribunales*, como se sabe, es la antecesora de nuestro actual Código Orgánico de Tribunales. El título XI de la ya derogada *Lei de Organización de los Tribunales* (artículos 172 al 191) corresponde al actual Título IX del Código Orgánico de Tribunales (artículos 222 al 243).

En su inspiración histórica, nuestro sistema de arbitraje civil fue recibido en la *Lei de Organización de los Tribunales* siguiendo las antiguas regulaciones españolas sobre esta misma materia, contenidas en los tradicionales cuerpos del

<sup>6</sup> Cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el derecho...*, ob. cit. p. 37.

<sup>7</sup> Cfr. *Diario Oficial* de 22 de junio de 1993, que publicó el reglamento arbitral de esta entidad.

<sup>8</sup> En nuestra legislación y jurisprudencia no se acepta que el árbitro designado sea una persona jurídica, entre otras razones por no contar con el título de abogado.

<sup>9</sup> Cfr. Constitución Política de 1822, art. 191; CPE 1823, art. 149 N° 8, en relación al reglamento de Administración de Justicia de 2 de junio de 1824.

derecho castellano, principalmente en el Título 4º de la Partida Tercera, que reglamentaba de un modo exhaustivo el juicio arbitral.

Con posterioridad, el Código de Procedimiento Civil, promulgado el 28 de agosto de 1902, reglamentó el "Juicio Arbitral" en el Título IX del Libro III, complementando la *Lei de Organización de los Tribunales*<sup>10</sup>.

A modo de resumen, el arbitraje civil presenta en Chile como principal característica el tratarse de una *función jurisdiccional*. En efecto, aunque en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionadas por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter *jurisdiccional* del arbitraje<sup>11</sup>, entre nosotros pacíficamente se ha sostenido desde hace bastante tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral, ello con las limitaciones que le son propias, y que dicen relación con la falta de *imperio* que se les desconoce a estos jueces, para hacer uso directo de la fuerza en la ejecución de sus resoluciones que exijan procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas (art. 635 CPC).

En rigor, no obstante su origen preferentemente privado, los árbitros en nuestro medio son reputados jueces en sentido propio, gozando sus sentencias de mérito ejecutivo sin necesidad de homologación judicial<sup>12</sup>, quedando incluso los árbitros sometidos a ciertos controles propios de todo juez ordinario o especial, como es el caso de la jurisdicción disciplinaria que sobre los árbitros ejercen respectivamente las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema (arts. 79 CPE, 96 N° 4 y 540 COT). De igual forma, los árbitros quedan sometidos a la denominada jurisdicción conservadora de los tribunales, preferentemente a través del control que nuestra jurisprudencia ha realizado, acogiendo recursos de protección en contra de árbitros, cuando en su procedimiento o en sus decisiones han vulnerado alguna garantía constitucional (derecho a no ser juzgado por comisiones especiales, derecho de propiedad, etc)<sup>13</sup>.

El carácter jurisdiccional del arbitraje ya fue visualizado en el siglo pasado por el principal comentarista de la *Lei de Organización de los Tribunales*, don Manuel Egidio Ballesteros, cuando examinando la definición de árbitro de dicha *Lei*, contenida en su artículo 172 —que es idéntico al actual art. 222 del COT—, expresaba que, "*Nuestra lei ha hecho del arbitraje una jurisdicción, i en tal carácter sus sentencias deben ser obedecidas por las partes comprometidas como si ellas emanasen de los jueces ordinarios. Ha cambiado pues radicalmente la base de la institución, y en tal concepto, era inútil mantener la disposición romana que hacía del compromiso una obligación con cláusula penal*"<sup>14</sup>. El resto de nuestra doctrina procesal, con mayor o menor amplitud, ha seguido el mismo

<sup>10</sup> Se encuentra en tramitación ante el Congreso Nacional un proyecto de ley cuyo objetivo es modificar el régimen legal del arbitraje. El origen de esta iniciativa corresponde a un Mensaje enviado al Senado, con fecha 5 de noviembre de 1992, por el Gobierno del Presidente Aylwin (Mensaje N° 88-325). El 25 de octubre de 1995 fue aprobado el proyecto de reforma en el Senado, y está pendiente su tramitación en la Cámara.

<sup>11</sup> Una síntesis de las teorías, cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, "Naturaleza Jurídica del arbitraje", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona: Ariel, 1969, pp. 571- 583.

<sup>12</sup> Salvo el caso del art. 1342 del CC.

<sup>13</sup> Cfr. C. Ap. Puerto Montt, RDJ, t. XCI, 28 de septiembre de 1994. Confirmado por la CS. 13 de octubre 1994. Rol N° 23.863.

<sup>14</sup> BALLESTEROS, Manuel E. *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago de Chile: Imprenta Nacional, 1890, T. II, p. 74.

derrotero anterior, esto es, reconoce el carácter jurisdiccional del arbitraje en Chile<sup>15</sup>.

Entre otras, las consecuencias prácticas de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje se resumen en los siguientes puntos: a) procede la excepción de litispendencia; b) se deben apreciar de oficio los presupuestos procesales; c) el régimen de nulidad aplicable es el procesal.

## 2. *Diferencias entre la jurisdicción arbitral y la jurisdicción ordinaria y especial*

No obstante su naturaleza jurisdiccional, los árbitros presentan, respecto de la jurisdicción ordinaria y especial, las siguientes diferencias:

- 1) Los árbitros no son funcionarios públicos, como lo son los jueces. Su designación no la realiza el Estado a través del mecanismo de designación de los magistrados judiciales.
- 2) La jurisdicción del árbitro proviene en principio de las partes. Sólo en el arbitraje forzoso la jurisdicción se le otorga por la ley.
- 3) Los árbitros actúan como tribunales accidentales, esto es, no tienen el carácter de permanentes (art. 235 COT). Los árbitros no tienen plenitud de jurisdicción.
- 4) Los árbitros no tienen *imperio*, por cuanto no pueden hacer uso directo de la fuerza en la ejecución de sus resoluciones que exijan procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas (art. 635 CPC).

## 3. *Fuentes de la justicia arbitral*

En cuanto a su origen el arbitraje puede provenir de las siguientes fuentes: de la ley, de la voluntad de las partes (*convenio arbitral*), y de la voluntad del causante o del testador.

En cuanto a la designación de la persona del árbitro o árbitros, que ejercerán la jurisdicción arbitral, el origen de su designación puede derivar de cualquiera de las siguientes fuentes: de la voluntad unánime de las partes (*convenio arbitral*), de la voluntad unilateral del causante (por ejemplo designa al árbitro en su testamento)<sup>16</sup>, o de la autoridad judicial en subsidio, a la falta de acuerdo de voluntad de las partes (art. 232 COT). Nuestro sistema permite o autoriza que las partes de común acuerdo puedan nombrar para la resolución de un litigio dos o más árbitros (art. 231 COT).

En los casos que no hubiere avenimiento entre las partes respecto de las personas en quien haya de recaer el encargo, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, debiendo en tal caso recaer dicho nombramiento en un solo individuo y diverso de los dos primeros indicados por cada parte; se procederá,

<sup>15</sup> Sin ánimo exhaustivo, cfr. PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *Curso de Derecho Procesal*, Santiago: EDIAR, 1993, p. 242, AYLWIN, Patricio, "El Juicio Arbitral", Santiago: *Fallos del Mes*, 1982 (red.) pp. 53 ss; ARAVENA ARREDONDO, Leonardo, *Naturaleza del Arbitraje*, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1969, pp. 22 ss. En el ámbito jurisprudencial, reconocen expresamente el carácter jurisdiccional de la justicia arbitral: SCS de 9 de junio de 1958, RDJ, t. 55, secc. 2ª, p. 79; SCS de 12 de julio 1961, RDJ, t. LVIII, secc. 1ª, pp. 222 ss.

<sup>16</sup> Este árbitro recibe el nombre técnico de juez partidador.



en los demás, en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil para el nombramiento de peritos (art. 232 inc. 2° COT). Para concretar lo anterior se debe iniciar una gestión de designación de árbitro, presentando ante el tribunal competente tal petición. Se controvierte si tal gestión de designación es voluntaria o contenciosa, con todos los efectos que ello involucra (interrupción de prescripción, prórroga de la competencia, etc.). La gestión se tramita de conformidad a las reglas del art. 414 CPC.

En la práctica se admiten formular oposiciones a la designación del árbitro, existiendo controversia sobre el procedimiento que debe seguir tal oposición<sup>17</sup>.

### 3.1. El arbitraje forzoso

En cuanto al origen de la jurisdicción arbitral, en ciertos casos la ley es fuente del arbitraje, situación que se da concretamente en los casos de arbitraje forzoso. Se trata de ciertas materias que por mandato legal deben ser resueltas perentoriamente por árbitros. En nuestro sistema son materias de arbitraje forzoso las siguientes (art. 227 COT).

- 1) La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;
- 2) La partición de bienes;
- 3) Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;
- 4) Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;
- 5) Los demás asuntos que determinen las leyes (por ejemplo, asuntos de derecho marítimo, salvo las excepciones legales, art. 1203 Cód. de Comercio).

Si se suscita algún conflicto de los señalados en esta enumeración, tiene que resolverse ante un tribunal arbitral. En todo caso, debe considerarse que igualmente podrían las partes evitar el arbitraje forzoso, y resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto (art. 227 COT). En otras palabras, podrían los interesados hacer uso del equivalente jurisdiccional de la transacción para solucionar directamente los asuntos que nuestra ley señala como de arbitraje forzoso.

Las materias de arbitraje forzoso son taxativas, esto es, sólo hay arbitraje forzoso a texto expreso de ley. Por lo mismo, el principio que rige en materia arbitral en general es el siguiente: nadie puede ser obligado a someter al juicio arbitral una contienda judicial, salvo que la ley establezca que se trata de un arbitraje forzoso (art. 228 COT).

En cuanto a los rasgos generales del arbitraje forzoso, este se caracteriza por lo siguiente:

<sup>17</sup> Por cierto, los tribunales ordinarios deben ser muy cautelosos a la hora de admitir oposiciones en la gestión de designación de árbitros, debiendo rechazar cualquier alegación que signifique, por ejemplo, la interposición de una mera defensa o alegación que tenga que ver con el fondo del asunto, ya que ello es competencia exclusiva del tribunal arbitral, como ocurre, por ejemplo, en los casos que se plantea que no existe una comunidad que liquidar, que ha operado una prescripción adquisitiva o extintiva, etc.

1) En el arbitraje forzoso no existe *convenio arbitral* que cree la jurisdicción arbitral, por cuanto esta emana de la ley. La única intervención de la voluntad de las partes está en la designación del árbitro, y para tal efecto por regla general los interesados –si no han designado al árbitro de común acuerdo– deben concurrir a un comparendo de designación del árbitro. Si en dicho comparendo no hay acuerdo, el árbitro será designado por la justicia ordinaria. El arbitraje forzoso tiene su origen en la ley.

En otras palabras, si se suscita una controversia sobre una materia que debe ser conocida por la justicia arbitral, a las partes sólo les corresponde proceder a designar al árbitro ya de común acuerdo o bien, a falta de acuerdo, su designación la realizará la justicia ordinaria. Por lo anterior, en materia de arbitraje forzoso las etapas para constituir al tribunal se reducen a dos actos sucesivos: 1º) al nombramiento del o los árbitros, y 2º) la aceptación del o los árbitros designados para el cargo.

2) Que una materia sea de arbitraje forzoso priva a la jurisdicción ordinaria o especial de la posibilidad de conocer de esos asuntos (faltaría la competencia por razón de la materia si un juez ordinario o un tribunal especial pasa a conocer de materias de arbitraje forzosos). En otros términos, las materias de arbitraje forzoso constituyen normas de competencia absoluta, y en ese carácter son de orden público, apreciables de oficio por los tribunales e inderogables por las partes<sup>18</sup>.

En el terreno práctico, lo anterior significa que puede darse el caso que un justiciable no pueda pagar los costos del arbitraje, no existiendo un tribunal distinto del arbitral para conocer de ese asunto, ya que nunca podrá conocer un juez ordinario de ese conflicto, por carecer competencia absoluta por razón de la materia<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Se ha estimado nula la designación del árbitro hecho por las partes sustrayendo el conocimiento de un negocio que corresponde a la jurisdicción laboral. (CS., 23 de abril de 1985, RDJ t., LXXXII, secc 3ª, p. 35. También se ha dejado sin efecto lo obrado en un juicio arbitral por carecer el árbitro de jurisdicción para fallar un asunto sobre extinción de propiedad minera, que corresponde a la justicia ordinaria. (CS., 21 de junio 1990, RDJ t. LXXXVII, secc. 1ª, p. 68).

<sup>19</sup> Por nuestra parte, no somos partidarios de la imposición del arbitraje forzoso, ya que si el Estado obliga a recurrir a una justicia pagada está renunciando a su condición de último mecanismo de solución de conflictos, lo que se hace más sensible cuando los justiciables no puedan soportar los gastos de la justicia privada. Creemos que debería conservarse como principio de libre acceso a la justicia arbitral, pero en ningún caso imponer el arbitraje, ya que de ello pueden derivarse problemas de mayor ineficacia procesal que los considerados como causa remota para sustraerlos de la competencia de la jurisdicción ordinaria. No entendemos cómo se puede pretender asegurar la gratuidad de la justicia, obligando a los justiciables a recurrir a una justicia pagada, ello sería como si para reconocer efectividad al derecho a la salud se obligue a los enfermos a recurrir a las clínicas privadas. Desde otro plano, el experimento del arbitraje forzoso convendría evaluarlo con prudencia, considerando, por ejemplo, que algunas de las pocas materias que tradicionalmente han sido estimadas en nuestro medio como asuntos arbitraje forzoso, a la larga han generado un cúmulo de problemas sociales. Concretamente, en la liquidación de comunidades hereditarias, frente a la imposibilidad material de muchas personas para acceder al juicio particional –por su alto costo–, ha tenido que intervenir el legislador dictando leyes especiales, en las cuales, para subsanar la inoperancia del arbitraje particular forzoso, ha tenido que crear verdaderas “particiones legales administrativas”, como ocurre con el D.L. N° 2.695 del Ministerio de Tierras y Colonización, relativa a la regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz para la constitución del dominio sobre ella.

### 3.2. El arbitraje voluntario

Por su parte, la voluntad de las personas, fuera de las materias de arbitraje forzoso u obligatorio, también puede dar nacimiento a la jurisdicción de árbitros para que resuelvan un asunto (salvo que se trate de materias de arbitraje prohibido). Para tal efecto, las partes celebran un *convenio arbitral* (un compromiso o una cláusula compromisoria), mediante la cual voluntariamente constituyen esta jurisdicción arbitral, como un sucedáneo de la justicia ordinaria o especial.

Las características fundamentales del arbitraje voluntario son las siguientes:

- 1) El arbitraje voluntario no nace de la ley. Son las partes las que de común acuerdo, a través de un "*convenio arbitral*" proceden a encomendar la resolución del asunto a un tribunal arbitral. La controversia que se suscita entre partes naturalmente será de competencia de un tribunal ordinario o especial, pero las partes, a través de un acuerdo, llevan este asunto al conocimiento de un tribunal arbitral que será competente para conocer del asunto.
- 2) En materia de arbitraje voluntario, la constitución del tribunal debe pasar por tres etapas, a saber: 1º) la convención de arbitraje (contrato de compromiso o cláusula compromisoria), 2º) nombramiento del o los árbitros, y 3º) aceptación del o los árbitros.

El arbitraje voluntario se diferencia del arbitraje forzoso en la fuente u origen. En el arbitraje forzoso, la jurisdicción del tribunal arbitral emana de la ley. En el arbitraje voluntario, la jurisdicción del tribunal emana de las partes, específicamente del *convenio arbitral*, que es el acuerdo de voluntades para someter un asunto a la justicia arbitral, sacándola de la competencia de los tribunales ordinarios o especiales. En nuestro derecho el convenio arbitral puede provenir de dos actos: del contrato de compromiso o de la cláusula compromisoria.

### 3.3. Materias de arbitraje prohibido

No obstante la amplitud que tiene la jurisdicción arbitral, la ley por razones de orden público establece una serie de materias que nunca podrán ser conocidas por árbitros y que enumeran los artículos 229 y 230 del COT (Juicios del crimen, juicios de policía local...).

Dentro de las excepciones a la jurisdicción arbitral están aquellas en las cuales debe ser oído el ministerio público como parte principal<sup>20</sup>. Estos casos que debe ser oído el ministerio público están señalados en el artículo 357 del COT, y se refieren –genéricamente– a asuntos en que el Estado tenga interés o asuntos de derecho de familia.

## 4. *El compromiso*

El compromiso es un contrato solemne por el cual las partes someten determinados litigios actuales a la decisión de árbitros determinados. En definición del profesor Aylwin: el compromiso es una convención por la cual las partes sus traen determinados asuntos litigiosos presentes o futuros al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. 354 COT.

<sup>21</sup> AYLWIN, ob. cit. p. 215.

En el plano legal, el compromiso está reglamentado como un acto solemne en el artículo 234, que establece: El nombramiento de árbitro deberá hacerse por escrito (instrumento público o privado). En el instrumento en que se haga el nombramiento de árbitro debe expresarse:

- 1.º *El nombre y apellido de las partes litigantes.*
- 2.º *El nombre y apellido del árbitro nombrado.* En este punto se han suscitado varias dudas sobre la validez del compromiso. Para evitar futuras peticiones de nulidad del compromiso, y de todo el juicio arbitral, conviene designar al árbitro con su nombre y apellido (don Miguel Carlos Ramos Torre), y no es recomendable designarlo con calidades genéricas, como la que se refiere a la calidad de una persona: por ejemplo, al presidente del Colegio de Abogados.
- 3.º *El asunto sometido al juicio arbitral.* Esta exigencia mira al objeto del proceso, esto es, a la controversia que debe resolver el árbitro, la que debe ser actual, esto es, puede estar presente al momento de comprometer o bien suscitarse la controversia en el futuro, después de celebrado el compromiso. En este último caso, se compromete, por ejemplo, que "será objeto del juicio arbitral la resolución que puede derivar del presente contrato de compraventa".
- 4.º *Las facultades que se confieren al árbitro y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones.*

Faltando la expresión de cualquiera de los puntos indicados en los números 1º, 2º y 3º, no valdrá el nombramiento.

Si las partes no expresan con qué calidad es nombrado el árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho.

Si faltare la expresión del lugar en que deba seguirse el juicio, se entenderá que lo es aquel en que se ha celebrado el compromiso.

Si faltare la designación del tiempo, se entenderá que el árbitro debe evacuar su encargo en el término de dos años contados desde su aceptación (art. 235 COT).

Para celebrar el contrato de compromiso debe ser otorgado por una persona capaz, cuestión que se determina conforme a la reglas generales del derecho civil.

De igual forma el nombramiento de árbitros deberá hacerse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión. (art. 232 COT). Si falta algún interesado, el arbitraje será respecto de él un acto inoponible (*res inter alios acta*).

El compromiso, acordado con todas las exigencias legales, produce en el ámbito procesal el siguiente efecto: concede jurisdicción por razón de la materia al tribunal arbitral, vedando del conocimiento del asunto a los otros tribunales ordinarios o especiales. Si se infringe el convenio arbitral, llevando el asunto al conocimiento de otro tribunal diverso del arbitral, deberá promoverse la respectiva alegación que denuncie la falta de competencia del tribunal ordinario o especial.

Sin embargo, debe reconocerse que se trata de una atribución de jurisdicción bastante precaria, por cuanto el compromiso puede cesar si las partes concurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del mismo negocio (art. 240 N° 1 COT).

La terminación del compromiso puede producirse por cualquiera de las siguientes situaciones:

- 1) De común acuerdo por las partes ("resciliación") (art. 1567 CC - art. 241 COT).
- 2) Por la dictación de la sentencia arbitral respecto de todos los asuntos sometidos a arbitraje.
- 3) Por haber operado un equivalente jurisdiccional respecto del objeto del juicio arbitral (conciliación, transacción, avenimiento).
- 4) Por la discordia entre los árbitros en el pronunciamiento de una resolución inapelable, si no se hubiere nombrado uno o más terceros ni estuvieren los árbitros para hacer esa designación.
- 5) Por vencimiento del plazo dado al árbitro, salvo que se acuerde la prórroga.
- 6) Por la negativa para aceptar el cargo por la (o las) persona(s) designadas como árbitro(s).
- 7) Por la renuncia del árbitro, en los casos que la ley lo permite (por ejemplo, si fueren maltratados o injuriados por alguna de las partes (art. 240 N° 2° COT).
- 8) Por otras situaciones de hecho o de derecho: incapacidad sobrevenida, por ser inhabilitado el árbitro, por declaración de nulidad del compromiso, por sobrevenir alguna incapacidad al árbitro, etc.

##### 5. *La cláusula compromisoria*

La cláusula compromisoria es un acuerdo de voluntades mediante la cual las partes acuerdan someter un asunto litigioso futuro y eventual a la resolución de un arbitro. En otros términos, "la cláusula compromisoria es un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias (o especiales), y las someten a juicio arbitral"<sup>22</sup>, obligándose a nombrar al arbitro o árbitros en un acto posterior.

La diferencia fundamental entre compromiso y cláusula compromisoria está en que esta última no contiene la designación del árbitro. No hay indicación de la persona del árbitro en la cláusula compromisoria, sino que las partes se obligan con posterioridad a designar la persona del árbitro o árbitros.

La cláusula compromisoria, al igual que el compromiso, produce en el ámbito procesal el efecto de atribuir competencia por razón de la materia al tribunal arbitral, vedando del conocimiento del asunto a los otros tribunales ordinarios o especiales, pero sin que se designe en ese acto al o los árbitros que conocerán del asunto. Por lo mismo, también debe contener el objeto sobre que versará el juicio arbitral, faltando sólo el nombre del árbitro, que podrán realizarlo las partes, o en subsidio la justicia ordinaria.

En los casos que no hubiere avenimiento entre las partes respecto de las personas en quien haya de recaer el encargo, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, debiendo en tal caso recaer dicho nombramiento en un solo individuo y diverso de los dos primeros indicados por cada parte; se procederá,

<sup>22</sup> Cfr. AYLWIN, ob. cit. p. 323.

en lo demás, en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil para el nombramiento de peritos (art. 232 inc. 2° COT).

La cláusula compromisoria, al tener también naturaleza contractual debe reunir para su validez todas las exigencias de los actos jurídicos: capacidad, objeto lícito, consentimiento exento de vicios y causa lícita. Sin embargo, se diferencia del compromiso en la circunstancia que es consensual, no debiendo constar por escrito (como lo exige el art. 234 respecto del compromiso). Podrá probarse por testigos la existencia de una cláusula compromisoria.

La terminación de los efectos de la cláusula compromisoria se pueden producir por cualquiera de las siguientes situaciones:

- 1) De común acuerdo por las partes ("resciliación") (art. 1567 CC - art. 241 COT).
- 2) Por la dictación de la sentencia arbitral respecto de todos los asuntos sometidos a arbitraje.
- 3) Por haber operado un equivalente jurisdiccional respecto del objeto del juicio arbitral (conciliación, transacción, avenimiento).

A diferencia del compromiso, que se celebra como un contrato *intuitu personae*, el arbitraje nacido de una cláusula compromisoria no termina por las causales que suponen un rasgo personal del árbitro, ya que si el árbitro designado por una cláusula compromisoria no puede terminar su encargo, subsisten los efectos de esta cláusula, y debe precederse nuevamente a designar el árbitro.

La cláusula compromisoria en nuestro medio es una incorporación de la doctrina, la que terminó siendo aceptada por la jurisprudencia explícitamente, como otra forma del convenio arbitral. En un principio algunos autores postulaban la inaplicabilidad de la cláusula compromisoria en nuestro Derecho<sup>23</sup>. Sin embargo, conviene anotar que en la mayoría de los ordenamientos procesales –por influencia del arbitraje comercial internacional– se ha eliminado tal distinción, o a lo menos han atenuado considerablemente la diferencia entre una u otra forma de convenio arbitral<sup>24</sup>. Los que han suprimido la disparidad aluden genéricamente a convenio arbitral, para dar valor a todo acto o manifestación de voluntad que sirva para derivar un asunto a esa instancia de solución de conflictos<sup>25</sup>. En cambio, las legislaciones que mantienen la separación entre compromi-

<sup>23</sup> Cfr. VARGAS BARROS, Osvaldo, *La cláusula compromisoria*, Memoria de Prueba, 1938. En el ámbito histórico, si se considera que la reglamentación chilena sobre arbitraje siguió las pautas legales históricas españolas, no era del todo errado sostener que nuestra legislación sólo reconocía al compromiso. En España la admisión de la cláusula compromisoria no se produce hasta la ley de arbitraje de 1953, ya que el antiguo derecho español, siguiendo al derecho común, había visto siempre la función del árbitro como la de otro juez, es decir, para terminar un litigio ya existente. (Cfr. VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Madrid: Civitas, 2° ed. 1991, pp. 26-27; *Partida Tercera*, XVIII, XVI).

<sup>24</sup> Mayores antecedentes, cfr. ALMAGRO NOSETE, José, "La nueva ley española de arbitraje", en *Estudios en homenaje a don Víctor Fairén Guillén*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1990, p. 35; VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, ob. cit. p. 29 ss.

<sup>25</sup> Así, por ejemplo, la Ley española sobre arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, en su Título II se refiere genéricamente al "Convenio arbitral", para referirse a cualquier acuerdo de las partes en el que conste la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas, surgidas o que puedan surgir, a la decisión de uno o más árbitros. En igual línea, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobada en 1985.

so y cláusula compromisoria sólo la conservan para referirse al elemento temporal del conflicto, denominando como cláusula compromisoria al acuerdo que celebran las partes para someter sus diferencias futuras a arbitraje, y subsistiendo la denominación de compromiso respecto de determinadas relaciones jurídicas que han nacido ya, esto es, se trata de conflictos presentes<sup>26</sup>.

Atendida la evolución de esta materia en el derecho comparado, surge la siguiente interrogante: ¿No será mejor eliminar la diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso, refiriéndose genéricamente a convenio arbitral, que incluya cualquier acto que dé origen a la jurisdicción arbitral? Si se erradica esa distinción se evitarán las frecuentes discusiones que se promueven sobre la interpretación y validez de la convención arbitral, asegurando efectivamente la extensión del arbitraje en Chile. En efecto, en nuestra práctica arbitral son comunes la impugnaciones que denuncian la falta de algún requisito esencial del contrato de compromiso, persiguiendo con ello anular todo lo obrado por árbitro, por conculcar el derecho a un debido proceso al erigirse ese pseudoárbitro en una comisión especial. Ahora, si además este ha dictado sentencia, tal resolución vulneraría el derecho de propiedad<sup>27</sup>. En rigor, se debería desacralizar la antigua forma *ad solemnitatem* del compromiso, para favorecer y fortalecer el principio general de buena fe, evitando impugnaciones puramente formales al acto constitutivo del juicio arbitral.

Por último, un tema relevante vinculado con la eficacia del convenio arbitral dice relación con lo siguiente: si la nulidad de un contrato lleva consigo la del convenio arbitral accesorio. Sobre el particular existe una controversia en la cual se constatan dos criterios contradictorios para abordar este problema, unos que abogan por la autonomía del convenio arbitral; otros, en cambio, lo ven como una cuestión accesorio del contrato, y de cuya eficacia depende<sup>28</sup>. Se hace necesario que tal disputa sea zanjada legalmente, para evitar dilaciones y pérdidas de eficacia de lo tramitado en juicios arbitrales.

## 6. Requisitos para ser árbitro

Los requisitos para ser designado árbitro se contienen en el artículo 225 del COT, y son los siguientes:

- 1º) Ser mayor de edad;
- 2º) Tener la libre disposición de los bienes; y
- 3º) Saber leer y escribir.

Para ser árbitro de derecho se debe tener el título de abogado. La calidad de árbitro de derecho, si no se dice otra cosa se presume. (art. 235 COT).

<sup>26</sup> Sobre el tema cfr. VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, ob. cit. p. 92 ss.

<sup>27</sup> Entre tantas, cfr. CS., 29 de enero de 1968, RDJ t. XVIII, p. 107, con indicación de otras sentencia relativas a la designación de árbitro arbitrador sin expresión del nombre, pero indicando la función o el cargo; CS., 25 de abril de 1994, RDJ t. XCI, N° 1, secc. 5a; CS., 29 de enero 1968, Fallos del Mes N° 110, p. 347; CS., 29 de abril 1967, RDJ, t. 64, Secc. 1ª, p. 103.

<sup>28</sup> Cfr. C. Ap. Stgo., 28 de mayo de 1980, RDJ t. LXXXVII, secc. 2ª, p. 64 (el pacto arbitral es autónomo del contrato al que se incorpora). En doctrina, para un mayor desarrollo del problema, cfr. PEREIRA ANABALÓN, Hugo. "Competencia de árbitro arbitrador para conocer de una demanda de nulidad de una cláusula compromisoria", en *Gaceta Jurídica*, 1996, N° 187, pp. 7-18.

Por otro lado, no podrán ser designadas como árbitros las siguientes personas:

- 1) Los que litigan como partes en un asunto, salvo lo dispuesto a propósito del juicio de partición en el artículo 1324 y 1325 del CC.
- 2) Los jueces ordinarios, excepto cuando el nombrado tuviera con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio, algún vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación (art. 317).
- 3) Los fiscales, excepto cuando el nombrado tuviera con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio, algún vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación. (art. 480 inc. 1° COT).
- 4) Los notarios. (art. 480 inc. 2° COT).
- 5) Las personas jurídicas, conforme lo ha resuelto la jurisprudencia.

#### 7. *De la instalación de los jueces árbitros*

Con el proceso de designación de los jueces árbitros, por cualquiera de sus fuentes de designación (acuerdo de las partes, la ley, voluntad del testador o nombramiento judicial), todavía no está concluido del todo las etapas para que esta jurisdicción especial empiece funcionar. En efecto, después de nombrado el juez árbitro deberá notificársele de su nombramiento, para que este proceda a su "instalación", que es el momento en que ellos pueden ejercer su función jurisdiccional.

Por su parte, la instalación de los jueces árbitros está compuesta de actos: la aceptación del cargo y el juramento. En cuanto a este último, el árbitro que acepta el encargo deberá declararlo así, y jurará desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible. (art. 236 COT). En la práctica, además de los trámites anteriores, se acostumbra por el árbitro a dictar una resolución del siguiente tenor: "Por constituido el arbitraje", la que se debe notificar a las partes.

Lo normal es que el árbitro acepte y jure ante un ministro de fe, ya sea un notario, receptor o secretario, debiendo dejarse la respectiva constancia en el expediente. Se debe examinar siempre con rigor que el árbitro haya aceptado y jurado el cargo, para evitar futuras impugnaciones sobre su falta de competencia o jurisdicción. También algunos árbitros en la práctica realizan la "instalación" del tribunal arbitral mediante una escritura pública, en la que comparece el árbitro aceptando el encargo y jurando desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible.

Una vez constituido el tribunal arbitral puede el árbitro empezar a ejercer su encargo, citando a las partes al primer comparendo, y tramitando el asunto según las normas que le son aplicables (árbitro de derecho, mixto o arbitrador).

La falta de juramento hace que el árbitro carezca de competencia y se convierta en comisión especial prohibida por la CPE para juzgar un conflicto judicial<sup>29</sup>.

Después del trámite anterior, en la práctica los árbitros fijan la fecha del primer comparendo (al que se debe citar personalmente a las partes). Dicho comparendo es de enorme relevancia, ya que las partes determinan, por lo general, las reglas de procedimiento, la competencia que se reconoce al juez (el

<sup>29</sup> Cfr. RDJ t. XCI, N°1, 1994, secc 5°, p. 20.



objeto del proceso arbitral), el plazo en que se debe evacuar el arbitraje, los honorarios del árbitro<sup>30</sup> y su actuario (si lo hay), la forma de realizarse las notificaciones (cartas certificada, por fax, etc.)...

Los árbitros una vez aceptado su encargo, quedan obligados a desempeñarlo. Esta obligación cesa por cualquiera de las causales que señala el artículo 240 del COT, o por la revocación hecha por las partes de común acuerdo (art. 241 COT).

El compromiso no cesa por la muerte de una de las partes, y el juicio seguirá su marcha con la citación e intervención de los herederos del difunto (art. 242 COT).

8. *Calidades con las que pueden ser designados los árbitros:*  
*Árbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables componedores,*  
*o árbitros mixtos*

Dentro de las calidades que pueden recibir en nuestro sistema los árbitros, estos pueden ser de tres tipos:

- 1) *Árbitros de derecho.* Es aquel que falla con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida (art. 223 COT).
- 2) *Árbitros mixtos.* Es aquel que tiene facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento y se limita a la aplicación estricta de la ley en el pronunciamiento de la sentencia definitiva (art. 223 inc. final COT).
- 3) *Árbitros arbitradores o amigables componedores.* Este juez, que es nombrado por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso, fallará obedeciendo a lo que su prudencia y a la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes le hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieran expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil (Art. 223 COT). Se trata de un árbitro de equidad<sup>31</sup>, que ejerce plenamente actividad jurisdiccional. El carácter jurisdiccional del juez árbitro arbitrador se ha visto confirmado una vez más en la reforma que se introdujo al recurso de queja por la Ley N° 19.374, de 18 de febrero de 1995. Conforme a dicha modificación, en dicho medio de impugnación se conserva el carácter de recurso de mérito o de fondo en el caso de las sentencias que dicten los árbitros arbitradores (o sea, no es puramente disciplinario en el caso de estos jueces árbitros de equidad). "De acuerdo a las discusiones de las comisiones respectivas se acordó establecer esta situación excepcional en atención a que

<sup>30</sup> Algunos árbitros estiman como improcedente la fijación de los honorarios en el primer comparendo, estimándolo como una práctica equivocada, ya que el contratante renuente se resistirá a tal determinación entorpeciendo el curso del arbitraje. Se estima que lo prudente es la fijación de los honorarios al final del arbitraje, ya que sólo en esa oportunidad se sabrá con exactitud la magnitud del trabajo realizado.

<sup>31</sup> La expresión amigable componedor puede inducir a error, ya que este juez árbitro como todo juez  *juzga*, y no actúa como conciliador o amigo que abuena a las partes. (en esta observación, cfr. MANRESA, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. IV, pp. 68-69).

respecto de estos fallos no procede el recurso de casación en el fondo, por lo cual el recurso de queja será el único medio de que dispondrán las partes en caso que un árbitro arbitrador falle en forma aberrante, sin respetar los principios de equidad”<sup>32</sup>.

Para designar árbitros arbitradores es indispensable que todas las partes sean mayores de edad y tengan la libre administración de sus bienes (art. 224 COT). Se postula por algunos que la designación que realiza la justicia ordinaria sólo puede recaer en un árbitro de derecho, nunca en un arbitrador.

En general, los árbitros nombrados por las partes no pueden ser inhabilitados sino por causas de implicancia o recusación que hayan sobrevenido a su nombramiento, o que ignoraban al pactar el compromiso (art. 243 COT).

### 9. *Algunas cuestiones de procedimiento*

Los juicios seguidos ante los árbitros están regulados en el Título VII del C.P.C. en el título general relativo al juicio arbitral. Allí se contienen las normas de procedimiento para los juicios seguidos ante árbitros de derecho y mixtos (arts. 628 al 635) y árbitros arbitradores (arts. 636 al 643).

Aparte de la normativa anterior, existen también reglas especiales para el juicio de partición de bienes, que es una especie de juicio arbitral con peculiaridades propias. Dichas normas están previstas en el Título IX del Libro III del C.P.C. arts. 646 al 666, y en el Título X del Libro III del Código Civil. En general, el juicio de partición es un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución del caudal pro indiviso entre los partícipes en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos. Este juicio se caracteriza por lo siguiente: 1º) Por primar la voluntad de las partes en la forma de liquidar la comunidad, lo que se concreta en comparendos ordinarios o extraordinarios; 2º) es un juicio universal, todos son demandantes y demandados a la vez; 3º) es un juicio sin tramitación preestablecida por la ley, ya que los acuerdos para poner fin al estado de indivisión se van adoptando en las sesiones tendientes a liquidar la comunidad en comparendos verbales (en el “primer comparendo” se fijan estas cuestiones); 4º) se consignan causales especiales para alcanzar la nulidad de la partición (art. 1348 CC).

La tramitación de los juicios seguidos ante un árbitro cambia según la calidad del árbitro, debiendo establecerse algunas diferencias en los siguientes puntos:

#### a) Normas de procedimiento y normas decisoria de la litis

Los árbitros de derecho se someten tanto a la tramitación del asunto como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida (art. 223. inc. 2º COT, 628, inc. 1º CPC).

En cambio, los árbitros arbitradores están obligados a guardar en sus procedimientos y en su fallo las reglas que las partes hayan expresado en el acto

<sup>32</sup> SEPÚLVEDA RIVAS, Flora, OBERG YÁÑEZ, Héctor, “El recurso de Queja”, en *Revista de Derecho*, U. de Concepción, julio-diciembre, 1994, p. 10.

constitutivo del compromiso, y si estas nada hubieran convenido, a las que se establecen en el CPC, fallarán obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dictaren (arts. 223, inc 3° COT, 636, 637 638, 639 CPC). A falta de acuerdo por las partes en cuanto al procedimiento del árbitro arbitrador, rigen las reglas mínimas que indica el artículo 636 y siguientes del CPC, que son reglas básicas del debido proceso. Supletoriamente se aplican las normas comunes a todo procedimiento y las del juicio ordinario.

b) Régimen de notificaciones

Al no tener los árbitros estado diario, es muy relevante la fijación del modo ordinario de notificación que deben acordar las partes en el primer comparendo, pudiendo utilizarse el fax, las cartas certificadas o cualquier otro medio adecuado para tal actuación procesal. A falta de acuerdo rige la norma supletoria del art. 629 CPC.

c) Existencia de actuario: art. 632 inc. 1° CPC.

Es obligatorio en la tramitación de los árbitros de derecho; ante el arbitrador es accidental. Este ministro de fe se acostumbra designar a un secretario judicial o a un notario.

d) Prueba testimonial: art. 633; 638 inc 2° CPC.

La singularidad se da por la imposibilidad que tiene el árbitro de adoptar medidas compulsivas para hacer comparecer a los testigos.

e) La pluralidad de árbitros: arts. 630, 631 CPC.; art. 641 CPC.

La importancia de este punto está en la forma como se deben adoptar las decisiones del tribunal arbitral, y la forma de terminación que se puede dar cuando no existe acuerdo y no hay tercero en discordia (arts. 233, 237 y 238 COT).

f) Régimen de recursos: art. 239 COT, 545 COT, 767 CPC; 239 inc 2° COT, y 642 CPC.

Sobre este tema se dan mayores explicaciones en el punto siguiente.

g) Forma de la sentencia: árbitro de derecho: art. 170 CPC; arbitrador: art. 640 CPC.

h) La "asistencia por la justicia ordinaria".

Como sabemos, el árbitro, cualquiera sea su naturaleza, no puede adoptar directamente medidas que exijan procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean partes en el compromiso. Para salvar tal obstáculo, en la práctica el árbitro debe "oficiar" al juez civil de turno, para que haga cumplir las resoluciones que impliquen la utilización de las medidas anteriores, como por ejemplo, la entrega

con auxilio de la fuerza pública de un determinado bien, o para que adopte medidas de apremios contra los testigos que sean renuentes a declarar ante el árbitro.

No es necesaria esta asistencia para decretar medidas cautelares o precautorias, las que puede adoptarlas el tribunal arbitral directamente. Si el tribunal arbitral no está constituido se debe solicitar la medida prejudicial precautoria ante la justicia ordinaria.

Se entiende que los jueces árbitros no pueden decretar medidas prejudiciales, ya que estas presuponen la constitución del tribunal arbitral<sup>33</sup>, aunque el punto es discutible, y en la práctica los árbitros lo hacen frecuentemente. En ciertas materias la ley ha previsto expresamente el auxilio preliminar para decretar este tipo de medidas, como ocurre en el Libro III del Código de Comercio (art. 1207).

i) Ejecución de sentencias: arts. 635 CPC; 643 CPC.

La ejecución de la sentencia se puede solicitar ante el árbitro, dentro del plazo legal. Ahora, para que la sentencia arbitral sea válida debe ser dictada dentro del plazo conferido al árbitro para evacuar el arbitraje. Si el plazo se encuentra vencido, pero se dictó dentro de ese lapso el laudo, es posible notificarlo a las partes, sin que ello obste a la eficacia del fallo y al derecho de las partes para impugnarlo (art. 235 COT).

En la práctica es posible ampliar el plazo primitivo para que el juez concluya con el arbitraje, con tal que lo hagan todas las partes por sí o por mandatario habilitado (con poder especial)<sup>34</sup>.

También es posible utilizar la sentencia arbitral como título ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria, con tal que se den los supuestos materiales para ello: obligación líquida o liquidable, acción no prescrita.

j) Honorarios

Se deben fijar los honorarios de común acuerdo con las partes, no existiendo norma sobre la oportunidad en que se debe realizar tal determinación, dependiendo por lo mismo de la práctica arbitral que siga el compromisario sobre el particular (primer comparendo, al final del arbitraje, etc). El único árbitro al que se le permite excepcionalmente determinar sus honorarios en su sentencia es al partidor. Los restantes árbitros no pueden fijar por una resolución emanada de ellos mismos sus honorarios<sup>35</sup>.

## 10. Régimen de recursos

Ha sido tradicional en nuestro sistema que la impugnación de la sentencia arbitral de los árbitros de derecho y mixtos<sup>36</sup> se someta a un amplio régimen de recursos<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> CS. 6 de enero de 1997, RDJ t. XLIV, secc 1ª, p. 1.

<sup>34</sup> Cfr. C. Ap. Punta Arenas, 28 de mayo 1993, RDJ t. XC, secc 2ª, p. 74.

<sup>35</sup> C. Ap. Santiago, 22 de enero 1997, RDJ t. XCIV, secc. 2ª p. 19.

<sup>36</sup> Cfr. C. Ap. Santiago, 17 de marzo 1994, RDJ t. XCI, 1994, secc 2ª.

<sup>37</sup> En general, cfr. ALIAGA GREZ, Alvaro, *Los recursos procesales en el juicio arbitral*, Edit. Jurídica de Chile, 1985.

Sólo en el caso de un árbitro arbitrador se presentan especialidades en el régimen de recursos procesales, por cuanto se conserva allí el recurso de queja como recurso de mérito y no meramente disciplinario. También procede en contra de estos árbitros arbitradores el recurso de casación en la forma, conforme lo autoriza el art. 545 del COT. De igual forma, el recurso de apelación ante el arbitrador es accidental, y debe pactarse en el compromiso, expresando que se reservan dicho recurso para ante otro árbitro del mismo carácter, designando las personas que van a desempeñar el cargo (art. 635 CPC). No procede la casación en el fondo contra los fallos de los árbitros arbitradores, ya que no puede existir "infracción de ley" en un tribunal de equidad.

En cambio, las sentencias dictadas por los árbitros de derecho son impugnables de los recursos de apelación y casación ante los tribunales ordinarios (I. Corte Apelaciones, Corte Suprema) como si se tratara de un juez de letras, salvo que las partes hayan constituido un tribunal arbitral de derecho para conocer de tales recursos (art. 239 COT).

Cualquiera sea el tipo de árbitro, siempre procede la reposición, la aclaración, rectificación o enmienda.

Con todo, para lo que interesa resaltar en esta parte, el factor común que presenta el régimen de impugnaciones de la justicia arbitral en Chile es admitir la posibilidad que los fallos de los árbitros de derecho y mixtos sean revisados nuevamente ante instancias superiores no necesariamente arbitrales, sino pertenecientes a la jurisdicción ordinaria<sup>38</sup>. Sólo por acuerdo expreso de las partes se puede restringir tal posibilidad, renunciando expresamente a los recursos, pero incluso en esa hipótesis la misma jurisprudencia ha establecido ciertos límites, cuando la causales dicen relación con la incompetencia y la ultra petita. En otras palabras, es un elemento de la naturaleza del convenio arbitral chileno la procedencia de todos los recursos, prohibiendo incluso la renuncia anticipada de algunos recursos.

Por nuestra parte, nos parece altamente contradictorio que se quiera intentar alcanzar celeridad procesal en el arbitraje, reconociendo a la vez un amplio régimen de recursos, cuya competencia en principio se le asigna a la justicia ordinaria. En este punto se va contra la tendencia constatable en el derecho comparado, donde para conseguir que el arbitraje sea un mecanismo efectivamente rápido y verdaderamente alternativo a la justicia ordinaria se ha limitado la impugnabilidad del laudo arbitral, sobre todo si se trata de un arbitraje de equidad<sup>39</sup>.

Ahora, al derivar el conocimiento del laudo arbitral a la justicia ordinaria, con su atraso casi endémico, se estará restando la agilidad que pudo obtenerse con la tramitación ante el árbitro<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> El punto de partida se encuentra en el artículo 187 de la *Lei de Organización de los Tribunales*, de 1875.

<sup>39</sup> Cfr. SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La anulación del laudo arbitral*, Granada: Comares, 1996, con un amplio panorama de la legislación arbitral en derecho comparado sobre el recurso de anulación y sus causales.

<sup>40</sup> En el terreno de los principios resultaría innovador establecer un sistema limitado de recursos, admitiendo sólo una acción de nulidad cuyo objetivo sea cautelar los derechos procesales irrenunciables o cuestiones de orden público que pudieron verse afectadas en el fallo arbitral, pero en ningún caso reconocer un recurso que opere como una nueva instancia. En el fondo, se trata de implementar un control excepcional por parte de la judicatura ordinaria del laudo arbitral, en

La amplia posibilidad de impugnación que admite nuestra justicia arbitral es explicable por una razón histórica en nuestro medio. En efecto, desde su origen legal en el siglo pasado, nuestro sistema arbitral no contempló un recurso especial para recurrir el laudo arbitral, como ocurre prácticamente en la mayoría de los países, sino que dejó abierta la vía para deducir los mecanismos ordinarios, según la naturaleza del arbitraje. En su origen la amplitud era mayor aún, conforme al texto del artículo 187 de la Lei Sobre Organización y Atribuciones de 1875, que establecía que “contra una sentencia arbitral, se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el Tribunal que había conocido de ellos si se hubieran interpuestos en juicio ordinario; a menos que las partes siendo mayores de edad y libres administradores de sus bienes hayan renunciado dichos recursos, o sometiéndolos también a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un acto posterior”. Tanto el COT como el CPC limitaron esta amplia posibilidad de impugnar, conforme a los establecido en los art. 239 inc. 2º COT y 642 CPC., especialmente en el caso del árbitro arbitrador.

Esta carencia de un régimen especial se ha llevado a tal extremo entre nosotros, que resulta posible en nuestra justicia arbitral que incluso después de concluido el arbitraje las partes puedan atacar indirectamente el laudo, por la vía de cuestionar la constitución del tribunal arbitral, utilizando para ello la acción ordinaria de nulidad mediante la cual se denuncia la existencia de una nulidad absoluta o relativa<sup>41</sup>. Así, por ese camino, se han dejando sin efecto sentencias arbitrales firmes y ejecutoriadas por defectos de constitución del tribunal arbitral<sup>42</sup>. Pues bien, en la práctica esta situación está demostrando que el laudo no produce *ipso iure* cosa juzgada, no obstante encontrarse procesalmente ejecutoriado, ya que la consolidación definitiva de sus efectos viene dado en el fondo por el transcurso de los plazos de prescripción de la acción ordinaria de nulidad, lo que claramente atenta contra el carácter jurisdiccional que se afirma tiene la justicia arbitral en Chile.

### 11. La equidad del juez árbitro arbitrador

En el ámbito jurídico el tema de la equidad puede ser tratado de diversas formas. En una primera aproximación, la equidad no siempre evoca al jurista o al hombre de derecho la misma cuestión. Para unos, la equidad se refiere a una idea superior de justicia, a la existencia de una justicia universal.

hipótesis muy precisas. Sólo de ese modo se podría conseguir la celeridad que demanda la solución de los conflictos jurídicos, convirtiendo de paso a la justicia arbitral en un mecanismo que invite libremente a las partes a concurrir a él para soslayar la endémica demora de la jurisdicción ordinaria.

Desde otro punto de vista, se trata de quitar a los tribunales ordinarios el carácter de instancia en la decisión de los conflictos que fueron sometidos por las partes a la jurisdicción arbitral, restringiendo su participación a problemas de control de garantías procesales, más que de mérito de la resolución arbitral, sobre todo si el arbitraje fue de equidad. En esta línea ya se pronunciaba en nuestro medio, en el siglo pasado, LIRA y LIRA, Alejandro, *El arbitraje civil*, Memoria de Prueba, 1897, pp. 53-54. En contra, RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, Edit. Jurídica de Chile, 1995. pp. 264-280.

<sup>41</sup> En tal sentido, se ha dicho que: “entre nosotros, la falta de un procedimiento especial no alterará el principio de que las nulidades absolutas no pueden sanearse ni aun por el consentimiento de todas las partes...” (AYLWIN, Patricio, “El Juicio Arbitral”, ob. cit., p. 296).

<sup>42</sup> Como ejemplo, cfr. CS., 2 de agosto de 1944, RDJ t. XLII, secc. 1ª, p. 235.

Sin embargo, para otros, la equidad es un concepto tal impreciso y vago que resulta peligroso. Por esta vía se vincula la equidad con la arbitrariedad del poder. Se trata, en este caso, de la denominada "equidad cerebrina", que es la que alude al uso indiscriminado que de ella podían hacer los jueces. Núñez Encabo nos recuerda algunos ejemplos de este tipo de "equidad": "No ser juzgado por la equidad piden los pueblos de Saboya después de la conquista de Federico I Rey de Francia"... en Roma Calígula amenazó a los romanos con la resesalía de hacer reinar únicamente sobre ellos la equidad<sup>43</sup>.

En la misma línea, como lo explica Guzmán Brito, "...cuando los medievales han desechado el recurso del juez y del intérprete a la equidad ruda, por el peligro de que el resultado no fuese más que la presentación bajo el prestigioso entorno de la equidad, de no otra cosa que de un sentimiento subjetivo y cordial, que ellos llamaban equidad bursátil o cerebrina, cuando ellos han dicho esto, no les ha faltado razón. El problema y la argumentación sigue en pie; los peligros de que un juez moderno, so pretexto de acudir a la equidad, actúe arbitrariamente, son tan reales hoy como hace ocho siglos o, por mejor decir, como siempre"<sup>44</sup>.

Bajo el prisma del abuso, de la arbitrariedad, del autoritarismo judicial —bajo el pretexto de fallar con equidad—, es fácil entender que se rechace recurrir a esta fuente del Derecho, pero no se puede olvidar que esas apreciaciones reticentes no son justificadas, por cuanto la equidad es una institución que desde antaño ha tenido un reconocimiento por parte de juristas y filósofos. En este sentido, son recurrentes las palabras de Aristóteles sobre el hombre equitativo, las que por no perder vigencia conviene recordar: "...la equidad o el hombre equitativo o considerado se distingue por su prontitud para tomar menos de lo que supone su derecho legal justo. Donde el legislador no puede hacer distinciones demasiado exquisitas, ya que siempre debe hablar en términos generales, el hombre que soporta las cosas fácilmente, y que se contenta con lo que el legislador, si hubiera podido discriminar los casos concretos, le hubiera asignado, este tal es un hombre equitativo"<sup>45</sup>.

En efecto, "desde el mundo antiguo se nos han legado numerosos elementos sobre soluciones prácticas en materia de equidad. Basta recorrer el ejemplo de los romanos, los canonistas y la escolástica. No hay nada más que considerar los casos concretos en que Cicerón hace intervenir la noción de equidad para convencerse que en su estudio hay algo más que una mera especulación metafísica"<sup>46</sup>. En otros términos, no es efectivo que la equidad sea "inasequible", y para ello tanto la filosofía del derecho como la historia del derecho demuestran que la equidad es una importante fuente del derecho, que en nuestro sistema cobra su máxima relevancia de la mano de los árbitros arbitradores<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. NÚÑEZ ENCABO, Manuel, "La equidad en relación con la justicia y el derecho. Un estudio de la epiqueya aristotélica desde sus fuentes", en *Revista de la Facultad de Derecho de la U. Complutense de Madrid*, Madrid, N° 45, 1972, vol. XVI, p. 780.

<sup>44</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' en el Derecho chileno", Valparaíso: Edeval, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 18-19, 1981.

<sup>45</sup> ARISTÓTELES, *Gran ética*, tr. Juan Carlos García Borrón, Madrid: Sarpe, 1984, p. 117.

<sup>46</sup> NÚÑEZ ENCABO, ob. cit. ant. p. 781.

<sup>47</sup> Mayores datos, cfr. TOPASIS FERRETTI, Aldo, *Fuentes del Derecho Chileno en la Codificación*, Valparaíso: Edeval, 1990, pp. 63 ss; GUZMÁN BRITO, Alejandro, "El significado histórico de las expresiones 'equidad natural' en el Derecho chileno", Valparaíso: Edeval, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 18-19, 1981.

En nuestro ámbito, la equidad como fuente del derecho ha estado desde los orígenes de nuestra República. Recuérdese que la *Ley Sobre el Modo de Acordar y Fundar las Sentencias*, de 1851, le reconoció a la equidad el carácter de fuente formal de general aplicación, supletoria e integradora. Con posterioridad, el artículo 24 del Código Civil recurre a la "equidad natural" como otra regla hermenéutica legal, en caso de no poder aplicarse el método gramatical, histórico, teleológico y sistemático de interpretación de la ley. El ámbito anterior fue ampliado con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, en 1903, que en su artículo 170 N° 5 admite que en defecto de ley el juez pueda fundar su sentencia conforme a la equidad, rescatando de esa forma el código de rito civil el carácter integrador que tenía en la precodificación civil la equidad, esto es, como una fuente formal más para fundamentar las sentencias.

Sin embargo, el desolador panorama que muestra la equidad en las resoluciones de la judicatura ordinaria no se presenta en el ámbito de la jurisdicción de equidad del árbitro-arbitrador, donde, por mandato de ley, justamente a este juez se le invita a resolver los asuntos aplicando esta fuente del Derecho. En otras palabras, nuestro árbitro de equidad no actúa ante el "defecto de ley", como ocurre con la judicatura civil ordinaria. Nuestro árbitro arbitrador no utiliza la equidad como un procedimiento supletorio de creación jurídica, cuyo fin es integrar la ley positiva en caso de vacíos o defectos de ley, en el caso del juez árbitroarbitrador la normativa legal le permite resolver la contienda judicial conforme a su prudencia y equidad.

Varias son las sentencias pronunciadas por jueces de equidad, que incluso han fallado contra lo dispuesto expresamente por el mismo Código Civil, anticipándose varios lustros a las reformas legales. Así, por ejemplo, en materia de derecho de familia, una sentencia que grafica todo lo anterior es una pronunciada por don Arturo Alessandri Rodríguez, cuando actuando como árbitro arbitrador asignó derechos hereditarios a unos hijos simplemente ilegítimos de un causante, no obstante que la ley para este tipo de hijo ilegítimos reconocía sólo derechos de alimentos, pero no derechos sucesorios. En su razonamiento fundamental, para justificar su atípica solución, la sentencia del árbitro arbitrador expresa "que... es toda equidad asignarles alguna parte de esos bienes [a los hijos ilegítimos], porque, cualquiera que sea el criterio legal al respecto, es lo cierto que los modernos conceptos de justicia social que hoy dominan los pueblos civilizados, quieren y exigen que todo individuo que echa un hijo al mundo tenga el deber de proveer a sus necesidades, y hasta puede decirse que hay una falta en no hacerlo"<sup>48</sup>.

De igual forma, la equidad puede actuar como un corrector importante de desigualdades, que debidamente justificadas permitan apartarse de la normativa legal general. Efectivamente, el contenido de la ley es de una determinación general de la voluntad del legislador, que resulta incapaz —por su generalidad— de poder resolver todas las hipótesis que se presentan en la vida jurídica de una comunidad, y por ello, frente a preceptos legislativos que produzcan efectos notoriamente no queridos por el legislador, la equidad puede permitir arribar a una solución justa distinta de la legal<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Sentencia arbitral dictada en el juicio habido entre los señores Valledor Alarcón y la sucesión de don Gustavo Valledor, RDJ, T. XXVIII, I parte, p. 108-112.

<sup>49</sup> Debe reconocerse que en nuestra realidad existe un *corpus* jurisprudencial que de algún modo limita la utilización de la equidad en el sentido anterior. Nos referimos a la idea sentada por



Sólo postulando la imposibilidad de reconocer "el derecho justo" se puede pretender derogar o suprimir la equidad como una fuente del derecho.

Una interrogante a resolver en otro instante es si por la vía de la equidad el árbitro arbitrador puede acoger instituciones jurídicas no reglamentadas en Chile. Antes de responder a esta cuestión, útil es recordar que la justicia ordinaria en ocasiones ha reconocido la aplicación de figuras no expresamente recogidas en nuestro derecho legal, como es el caso de la acción de *retrocesión*, la reajustabilidad frente al nominalismo, situaciones magistralmente resueltas por nuestros tribunales fundamentando su decisión en la equidad. Ahora, en materia arbitral se han acogido instituciones no codificadas por el derecho civil, como lo es la teoría de la imprevisión<sup>50</sup>.

En todo caso, debe recordarse que el *orden público* está protegido en nuestro sistema, por cuanto están exentas de la jurisdicción arbitral todas las cuestiones relativas al derecho de familia, las causas criminales, las de policía local, ... y todas aquellas en que debe ser oído el ministerio público. (art. 229-230 COT).

## 12. *El valor del arbitraje respecto de terceros*

En nuestra doctrina, para explicar el efecto del arbitraje respecto de terceros, es tradicional recurrir al principio del efecto relativo de los contratos, conocido también como del *res inter alios acta*, en virtud del cual se entiende que el convenio arbitral es inoponible a terceros. De igual forma, y con base en el mismo principio, se entiende que el laudo o sentencia arbitral es inoponible respecto de aquellos que en un arbitraje forzoso no fueron citados a la audiencia de designación del árbitro, salvo los casos de excepción que conforman los sucesores a título universal, algunos sucesores a título singular, y en el evento de obligaciones solidarias.

En otras palabras, la aplicación de *res inter alios acta* significa que la designación del árbitro a través de un compromiso sólo produce efectos entre las partes que lo convinieron y no respecto de terceros<sup>51</sup>. Esa misma propuesta se extiende pacíficamente al arbitraje forzoso, aunque en este último caso la fuente del arbitraje está en la ley y no es necesario ningún acuerdo entre las partes para acudir a la jurisdicción arbitral. En efecto, en el arbitraje forzoso, por aplicación del *res inter alios acta*, se sostiene que la sentencia arbitral sólo vinculará a las personas que debidamente emplazadas para la designación árbitro concurren con su acuerdo a su nombramiento, o en defecto del acuerdo anterior, que la designación que realice el tribunal les afectará sólo a los que fueron citados para tal gestión, salvo que se trate de algunos de los casos de excepción antes enunciados<sup>52</sup>.

nuestra Corte Suprema, en orden a que existiendo norma positiva el recurso a la equidad parecería casi imposible, sino prohibido por el ordenamiento jurídico. (Así, RDJ, T.,13, secc., 1ª, p. 52; T., 28, secc., 1ª., p. 675; T., 39, secc. 1ª., p. 554; T., 76, secc. 2ª, p. 232; T., 78, secc. 5ª., p. 209).

<sup>50</sup> Sentencia arbitral pronunciada por don Beltrán Urenda Z., cit. por LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, *Los Contratos. Parte General*, Edit. Jurídica de Chile, 1986, p. 121 not. 363.

<sup>51</sup> Por todos, cfr. AYLWIN, Patricio, "El Juicio arbitral", ob. cit. pp. 311-319; SOMARRIVA, Manuel, *Indivisión y Partición*, Santiago: Edit. Jurídica de Chile, 1987, 4ª ed., 1987, pp. 304-305.

<sup>52</sup> Cfr. AYLWIN, Ib. cit. ant. pp. 420 ss.

Desde la perspectiva procesal, lo anterior se explica con la idea bastante antigua que la cosa juzgada se produce sólo respecto de los que fueron parte en el proceso, y que no afecta a terceros, ya que extender los efectos de una sentencia contra estos últimos atentaría contra los principios jurídicos más básicos de protección de terceros. Efectivamente, se sigue la solución del derecho romano, que desde su época clásica, por regla general, ha proclamado que la sentencia pronunciada sólo obligaba a las partes, no pudiendo perjudicar a terceros<sup>53</sup>.

En el plano jurisprudencial, a propósito del arbitraje, ha aplicado el criterio anterior explícitamente la sentencia de la Corte Suprema, de 22 de noviembre de 1939, cuando estableció que las resoluciones del compromiso obligan sólo a los comuneros que fueron parte en el juicio y no puede hacerse efectiva contra terceros que no han litigado, "*porque la acción de cosa juzgada, para que sea procedente cuando se persigue con ella el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, debe dirigirse contra la persona condenada a tales prestaciones conforme al principio de derecho de que 'el juicio que fuere dado contra alguno no empece a otro'*".<sup>54</sup>

En nuestra opinión, la solución civil tradicional de aplicar la inoponibilidad<sup>55</sup> cuando un interesado no concurre a la designación del árbitro (art. 232 COT) debe ser abandonada como solución cuando el "tercero omitido" es un litisconsorte necesario. Es doctrina común admitir que ese "tercero" (litisconsorte necesario) pueda "prescindir de la partición efectuada y provocar una nueva partición"<sup>56</sup>, por la vía de la inoponibilidad. Tal solución no es la más técnicamente recomendable, ya que lo óptimo en este tema será la subsanación del defecto *in limine litis*, y no la posibilidad de tramitar con posterioridad engorrosos juicios, que se pueden complicar más si los bienes han pasado a manos de terceros adquirentes<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Sobre este tema, cfr. FERRE MARTI, José María, *Protección procesal del tercero en el derecho canónico*, Barcelona; I.G.F.O.S.A., 1982, principalmente pp. 31-35, MORÓN PALOMINO, Manuel, "El Proceso Civil y la Tutela de Terceros", en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, pp. 147 ss.

<sup>54</sup> CS. de 22 de noviembre de 1939, RDJ, T., secc. 1ª, pp. 470 ss.

<sup>55</sup> La jurisprudencia más antigua sancionaba esta situación con la nulidad (en tal sentido, cfr. CS. de 10 de noviembre de 1925, RDJ, T., XXIII, secc. 1ª, pp. 547 ss. Se declaró la nulidad de la designación de un partidor realizada sin el consentimiento de uno de los comuneros, y consecuentemente de todo lo obrado por el partidor). En igual sentido: CS. de 2 de marzo de 1923, RDJ, T. XXII, secc. 1ª, pp. 134 ss. "La circunstancia de no haber concurrido al nombramiento de partidor uno de los herederos, es causal de nulidad absoluta del acto, ya que este requisito lo exige la ley para el valor de dicho nombramiento en consideración a la naturaleza jurídica del acto y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan" (CS. de 21 de junio de 1912, RDJ, T., X, secc. 1ª, pp. 525 ss.)

<sup>56</sup> SOMARRIVA, Manuel, *Indivisión y Partición*, ob. cit. p. 99.

<sup>57</sup> Mayores antecedentes, cfr. nuestro trabajo "El Juicio Arbitral constituido con infracción a la existencia de un litisconsorcio necesario", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, T. XCIII, N° 3, 1996.