

## ARBITRAJE EN EL DERECHO CHILENO DOMÉSTICO: LA REFORMA QUE FALTA<sup>1</sup>.

### ARBITRATION IN CHILEAN LAW: MISSING REFORM.

#### María Fernanda Vásquez Palma

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (s.c.l. por unanimidad)  
Profesora Derecho Comercial e Internacional Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca.  
E-mail: mfvasquez@utalca.cl

Fecha de presentación: julio, 2010. Fecha de publicación: septiembre, 2010.

#### Resumen

En el marco de la discusión de la reforma procesal civil que en Chile se está realizando, el presente artículo propone llevar a cabo la necesaria modificación del arbitraje doméstico, extrayendo la regulación de este instituto de los Códigos procesales que hoy la contienen, para llevarla a una legislación independiente que muestre mayor coherencia con los modernos principios arbitrales, actualmente recogidos sólo en la legislación comercial internacional (LACI).

#### Abstract

In the frame of the discussion of the procedural civil reform that in Chile is realized, the present article proposes to carry out the modification of the arbitration in domestic Law, extracting the

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el Proyecto Fondecyt (Nº11090227) titulado "Chile como sede de arbitrajes comerciales internacionales. Oportunidades y amenazas para la implementación de la nueva ley de arbitraje comercial internacional, a la luz de la experiencia comparada", del que la autora es investigadora responsable.

regulation of this institute of the procedural Codes that today contain it, to take her to an independent legislation that shows major coherence with the modern arbitral beginning, nowadays gathered only in the commercial international legislation (LACI).

## Sumario

- I. NOTA INTRODUCTORIA.
- II. ¿DÓNDE ESTÁ EL ARBITRAJE EN LA ACTUALIDAD? PRESENTACIÓN DEL PANORAMA GENERAL.
- III. CHILE Y EL ARBITRAJE: REVISANDO UNA RELACIÓN SINGULAR.
- IV. BUSCANDO LA EXPLICACIÓN DEL MODELO.
- V. EL ARRAIGO DE LA TESIS JURISDICCIONAL.
- VI. REFLEXIONES SOBRE LA POSICIÓN JURISDICCIONALISTA ADOPTADA: LA NECESIDAD DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO.
- VII. CONTRASTES ENTRE LA LEGISLACIÓN DOMÉSTICA Y LA INTERNACIONAL ADOPTADA.
- VIII. EFECTOS DE ESTA DUALIDAD Y TIPO DE REFORMA QUE DEBIERA REALIZARSE: UNA REFLEXIÓN FINAL.

## Palabras clave

Reforma. Arbitraje interno. Chile.

## Keywords

Reform. Domestic Arbitration. Chile.

## I. NOTA INTRODUCTORIA.

En Chile se está discutiendo actualmente la ansiada reforma procesal. En este escenario, ha llegado la hora de plantear también posibles modificaciones al arbitraje doméstico chileno, que desde antigua data ha estado recogido –como veremos– en dos Códigos procesales: El Código Orgánico de Tribunales (COT) y el Código de Procedimiento Civil (CPC), con tintes claramente jurisdiccionales. A propósito de este evento, se comienza a cuestionar: ¿Hacia dónde debiera ir la legislación arbitral chilena?, lo que evidentemente no puede responderse sin antes contestar ¿Dónde se encuentra el arbitraje en la actualidad<sup>2</sup>.

Ello es lo que nos hemos propuesto realizar sucintamente en las siguientes líneas, en el convencimiento que la realidad que aquí se expondrá, no es privativa sólo de la legislación chilena, sino que de diversos países que aún conservan un sistema legislativo dual y/o arcaico. De este modo, los razonamientos que expondremos son ampliamente extrapolables a otras realidades de Derecho comparado, principalmente latinoamericanas, que al igual que la Chilena, aún no ha cumplido la labor de despejar estas inquietudes<sup>3</sup>.

Para lograr tal objetivo, comenzaremos por responder dónde está el arbitraje en la actualidad, presentando el panorama general. Luego delinearemos la relación singular que Chile tiene con el arbitraje. Buscaremos la explicación del modelo, revisando sus aspectos históricos. Observaremos esta regulación y su fracasado intento modificatorio. Formularemos reflexiones sobre el arraigo de la tesis jurisdiccional y su trascendencia. Expondremos los contrastes existentes entre la legislación doméstica y la internacional en variadas materias: Tesis jurisdiccional; instituto arbitral y sus principios; árbitro y tribunal arbitral; el convenio arbitral. Culminaremos con una reflexión final sobre los efectos de esta dualidad y el tipo de reforma que debiera realizarse.

---

<sup>2</sup> Un planteamiento en extenso sobre estas materias, Vid. Ma. Fernanda Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*. Santiago, Ed. Legal Publishing, 2009, pp. 668.

<sup>3</sup> Sobre esta temática, entre otros, Vid. JC. Fernández Rozas, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Ed. Iustel, 2008; “Problemática general de la práctica del arbitraje internacional en Latinoamérica”, artículo presentado en el panel “Arbitration Developments in Latin América”, *New York State Bar Association, International Law and Practice Section*, Santiago, noviembre de 2004, <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/0/3/33/142/FC6.doc>; Ma. Fernanda Vásquez Palma, “¿Están preparados los países latinoamericanos para ser sedes de arbitraje?”, *Rev. Internacional de arbitraje*, N° 10, Enero-Junio 2009, Bogotá, pp. 109-174;

## II. ¿DÓNDE ESTÁ EL ARBITRAJE EN LA ACTUALIDAD? PRESENTACIÓN DEL PANORAMA GENERAL.

Si bien la institución arbitral es de antigua data, ha alcanzado su mayor desarrollo y apogeo en estas últimas décadas de la mano principalmente del Derecho internacional privado, donde el arbitraje se ha convertido en una herramienta imprescindible en su operatividad. Los actores de este proceso han sido - desde el punto de vista práctico - los inversionistas internacionales, al negociar los contratos; las Naciones Unidas, a través de su Comisión a cargo del Derecho Mercantil Internacional que propuso la Ley Modelo UNCITRAL/CNUDMI; las instituciones arbitrales, al dar vida a sus Reglamentos; y finalmente, los árbitros internacionales<sup>4</sup>; y - desde el teórico - principalmente el mundo académico que a través de numerosas discusiones, ha colaborado para la mejor comprensión y delineamientos de esta nueva cultura arbitral desde diversos puntos de vista y áreas del Derecho.

El fruto de estas interacciones ha sido la creación de un nuevo modelo paradigmático del instituto arbitral que ha trascendido el mero plano de las ideas para plasmarse de un modo concreto en variados cuerpos normativos, comenzando por algunas Convenciones Internacionales<sup>5</sup>; siguiendo en leyes arbitrales de índole internacional, guiadas en gran medida por la Ley Modelo UNCITRAL<sup>6</sup> sobre Arbitraje Comercial Internacional<sup>7</sup> y su Reglamento<sup>8</sup>; estatutos y reglamentos de las instituciones arbitrales; para llegar finalmente a las normas arbitrales domésticas de diversos países que han querido unirse a esta nueva idea progresista. De manera que toda la legislación que actualmente se precia de “moderna”, contempla este nuevo ideal.

---

<sup>4</sup> Para E. Silva Romero, un rasgo distintivo entre ellos es que reconocen como elementos básicos de la definición de arbitraje, que el arbitraje proviene de un contrato y que el o los árbitros desempeñan una función de naturaleza jurisdiccional. “Breves observaciones sobre la modernidad del arbitraje internacional. A propósito de la nueva ley española de arbitraje”, *Tribuna Abierta* N° 9, 2004, pp. 11-21.

<sup>5</sup> Como la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, 1975); Convenio Europeo Sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961); Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, (Washington, 1965).

<sup>6</sup> Recomendada a todos los Estados por la Asamblea General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (30/72). Consúltese sitio:

<http://daccessdds.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/485/59/IMG/NR048559.pdf?OpenElement>

<sup>7</sup> Aprobada por la CNUDMI el 21 de junio de 1985, *Vid.*, <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>

<sup>8</sup> Aprobado en 1976, *Vid.*,

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>

La llegada de este modelo no implica necesariamente aceptar que el desarrollo del arbitraje haya alcanzado su fin, en tanto que, como toda institución, está afecta a la constante evolución social, de modo que su consiguiente modificación no puede excluirse de modo alguno, ni menos aún sostenerse que en la actualidad está definida la mejor legislación arbitral. Ciertamente el instituto arbitral seguirá siendo objeto de un constante debate que seguramente brindará nuevos cambios, pero lo que nadie puede desconocer es que, llegados a este punto, se encuentran asentados ciertos pilares y bases sólidas a la hora de hablar de esta institución y son éstos los más relevantes al brindar su delimitación. De esta manera, no se trata de una estructura rígida que debemos seguir a ciegas, sino más bien de comprender sus principios esenciales que se plasman en una especial arquitectura que conduce la mirada de lo que hoy en día se entiende por la institución arbitral.

Sin ánimo exhaustivo, los principios que cruzan la anatomía de este diseño, presentan como eje el reconocimiento de la “autonomía arbitral” desde diversas direcciones. Así, tal autonomía se puede observar en la labor del árbitro, al pronunciarse sobre su competencia; del funcionamiento del convenio arbitral, en relación con el contrato al que puede estar vinculado materialmente; del arbitraje con la judicatura ordinaria, al contemplar el principio de “intervención mínima”; en la legislación misma, al abandonar en buena medida los Códigos procesales; y principalmente, en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad como fuente creadora del arbitraje, materializada en el contrato arbitral, y de aspectos claves de su procedimiento.

El acuerdo arbitral, pilar básico de este instituto<sup>9</sup>, se caracteriza a su vez, por cuatro elementos fundamentales: el consensualismo (intercambio de escritos, referencia, etc.), la libertad de las partes para convenir todo cuanto les interese que no se oponga al orden público (idioma, procedimiento, leyes aplicables, tipo de arbitraje, administración institucional, etc.); el efecto positivo y negativo del contrato arbitral; y el reconocimiento del principio de la buena fe. Para su validez y eficacia la justicia arbitral debe contar con resguardos, entre los que es preciso mencionar la independencia e imparcialidad de los árbitros en relación a las partes, su autonomía en atención a la justicia estatal, la posibilidad de adoptar medidas cautelares y la ejecutabilidad de sus decisiones. Todo ello requiere de un adecuado abrigo legal y una correcta interpretación jurisprudencial, de lo contrario los postulados señalados se tornarían vacíos.

---

<sup>9</sup> Cf. J.D. González Campos, “Sobre el Convenio de arbitraje en el Derecho Internacional privado español”, en *ADI II*, 1975; E. Artuch Iriberrí, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, p. 27.

### III. CHILE Y EL ARBITRAJE: REVISANDO UNA RELACIÓN SINGULAR.

Chile no ha estado al margen de este proceso, su actuar fue resuelto a la hora de suscribir algunas de las Convenciones Internacionales en materia arbitral<sup>10</sup>, e igualmente –aunque con menor premura- en el acogimiento de la Ley Modelo UNCITRAL (2004) por medio de la Ley de arbitraje comercial internacional N° 19.971 (LACI)<sup>11</sup>. Con todo, no podemos decir que en la actualidad se contemple una legislación “moderna” en materia arbitral si la revisión se hace desde el conjunto normativo. En efecto, la llana actitud de Chile por incorporar la normativa arbitral en sede internacional se ha visto empañada por la abulia existente en materia doméstica, donde se mantiene un régimen normativo que data del año 1875 y que se ha conservado prácticamente inalterable hasta nuestros días<sup>12</sup>. Por esta razón, no podemos afirmar que allí exista un escenario totalmente propicio al arbitraje, pues es sabido que sólo a partir de una legislación arbitral saneada, tanto en el ámbito interno como en el internacional, se logra plenamente tal objetivo, sobre todo si consideramos que los caracteres del instituto debieran ser idénticos en uno y otro caso, apareciendo intervenidos por principios y valores no menos similares, más allá de las separaciones normales que existen entre ambos estadios.

La dualidad legislativa generada en materia arbitral en estos dos escenarios pareciera ser el resultado de las motivaciones que han forjado la modernización en uno y otro caso. En tal sentido, cabe precisar que Chile abriga desde hace un par de décadas una auspiciosa apertura económica que ha ido de la mano de las técnicas contractuales más utilizadas hoy en día; de modo que la modernización del instituto arbitral constituía un paso obligado en el área internacional<sup>13</sup> que no se podía soslayar, toda vez que frente a esta materia existía un claro vacío normativo<sup>14</sup> y una creciente necesidad de cubrir. Tal exigencia nace de la suscripción de

---

<sup>10</sup> Chile aprobó mediante el DL 1095 y promulgó como Ley de la República (Decreto N° 664) la Convención de Nueva York, con fecha 30 de octubre de 1975; igualmente suscribió y aprobó la Convención Interamericana de Arbitraje (Decreto N°1376) el 18 de marzo de 1976, publicada en el D.O. el 08 de abril del mismo año; por su parte, el Convenio Sobre Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otro Estado, fue suscrito el 25 de enero de 1991 y promulgado como ley de la República por medio del Decreto Supremo 1304, de 09 de enero de 1992.

<sup>11</sup> Publicada DO. 29 de septiembre de 2004.

<sup>12</sup> En Chile, el arbitraje doméstico se regula en el CPC (Procedimiento arbitral) y el COT (De los jueces árbitros). A ello se agrega que al figura del árbitro se asocia a la del juez en general (Art. 5° y 522 COT) provocando que el actuar de los árbitros sea controlado, por norma general, por los tribunales estatales.

<sup>13</sup> S. Urrejola Monckeberg, “Chile debe contar con una Ley de Arbitraje Internacional”, *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia* N° 6, Septiembre de 2004.

<sup>14</sup> Si bien Chile había ratificado instrumentos internacionales en la materia, como la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de Junio de 1958; la Convención

sendos Tratados Comerciales internacionales (TLCs), Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs), y la proliferación general de contratos comerciales internacionales con inclusión de cláusulas arbitrales, cuyos conflictos generados no podían resolverse en Chile por lo inadecuado de la normativa existente<sup>15</sup>.

El plano interno, en cambio, ha estado carente de estas y otras necesidades, de manera que se ha mantenido vigente y sin alteraciones un modelo que aparentemente funciona para los usuarios locales. De este modo, la idea que no es bueno cambiar las cosas cuando operan parece haber inundado el escenario arbitral interno, donde se ha mantenido una inercia constante del orden normativo establecido. Se aprecia en este orden que con el arbitraje pasa lo que con muchas instituciones, se tiende a pensar que “es” de la forma como está actualmente configurado, lo que ciertamente provoca una resistencia de análisis que justifica, además, el resquemor a las reformas legislativas que vendrán siempre a conmovir el ordenamiento jurídico. No obstante, hay casos en que la derogación de una ley resulta tan aconsejable que urge sustituirla con una nueva ley y esta es precisamente la situación que pretendemos poner en evidencia en relación al arbitraje doméstico. Por lo demás, tal funcionamiento no parece ser suficiente para justificar la continuidad de este estado apático, pues constituye un deber del Estado velar por la adecuada eficacia de una institución y aquello, como veremos, no ocurre en el estadio doméstico. En efecto, la importancia de legislar reside fundamentalmente en hacer frente a una nueva realidad social, la que en materia arbitral es incontestable, de forma que podemos afirmar a priori que existe una deuda del legislador en tal sentido, más ahora que al promulgar la ley de arbitraje comercial internacional se han evidenciado un mundo de diferencias entre ambos escenarios.

El problema de esta realidad no reside, sin embargo, en esta dualidad normativa –entendiendo tal noción como un doblés legislativo en cuanto a regular una misma materia–, sino que se encuentra en la asimetría que presentan ambos regímenes. Tales diferencias son tan marcadas y sustanciales que nos hacen pensar que en Chile existen dos institutos arbitrales totalmente diferentes, por un lado, el arbitraje internacional que camina a la vanguardia de esta nueva

---

Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 30 de Enero de 1975, la regulación contenida en tales acuerdos era muy limitada, pues se dirigían principalmente a normar el reconocimiento de sentencias arbitrales dictadas en el extranjero, sin que reglaran disposiciones referidas al procedimiento arbitral mismo. De este modo, sólo se lograba regular un punto específico del arbitraje internacional, pero no el arbitraje en cuanto tal.

<sup>15</sup> Adicionalmente, se pretendió que Chile se convirtiera en sede de arbitrajes internacionales, beneficiando con ello principalmente a la pequeña y mediana empresa (PYMES) a las que les resultaba muy onerosos litigar en las clásicas Cortes de arbitraje comercial internacional (CCI, AAA, etc.). *Vid.*, Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, sesión 58, de 18 de Mayo de 2004.

cultura arbitral, acogiendo los principios antes precisados, mientras que en el estadio doméstico el arbitraje convive con viejos y caducos resabios, llenos de fisuras y ambigüedades en la configuración de la institución misma. De modo meramente ejemplificativo, tales rasgos pueden resumirse en un incompleto tratamiento del arbitraje, pues el COT regula sólo al árbitro, y el CPC se ocupa del procedimiento arbitral, de manera que no existe una sola disposición que se ocupe del acuerdo arbitral, de la arbitrabilidad y, en general, de los criterios que han de regir el arbitraje. Por su parte, el árbitro se presenta como una figura nebulosa que se menciona a propósito de la administración de los tribunales estatales, pero no de un modo cierto, lo que ha provocado sendos debates sobre si pueden ser considerados o no funcionarios públicos. La autonomía arbitral se reconoce a medias, en la medida que las partes no son las únicas habilitadas para iniciar un arbitraje, pues aún persiste la figura del arbitraje forzoso; el árbitro no es tan libre de pronunciarse sobre su competencia y; desde luego, los tribunales estatales presentan un grado de intervención grotesco, pudiendo revisar prácticamente todas las decisiones arbitrales a partir de múltiples recursos e instancias procesales.

Esta duplicidad normativa provoca en sí misma una lectura problemática, porque cuesta entender las razones que impulsan al legislador en la creación, por un lado, y la mantención, por el otro, de un sistema arbitral contradictorio a lo menos en el plano teórico<sup>16</sup>. Pero nuestra inquietud va más allá en la medida que intentaremos averiguar si ambos regímenes verdaderamente corren en carriles paralelos o, por el contrario, se cruzan en algún momento. Si llegamos al primer resultado, sólo habremos de lamentar la defectuosa articulación doméstica en relación a la existente en el ámbito internacional, pero de confirmar la segunda respuesta la situación se puede tornar verdaderamente caótica, pues el arcaísmo del arbitraje doméstico deja de ser un problema aislado para convertirse en la fuente de un posible fracaso arbitral desde una perspectiva general. Este es el punto neurálgico que constituye el recipiente de nuestra preocupación, eje de la presente investigación, que nos obliga a indagar los aspectos en que tales legislaciones se entremezclan y las consecuencias que ello puede provocar.

Estas polarizaciones no son exclusivas de la realidad legislativa chilena, por el contrario, es lo que acontece con la mayor parte de países latinoamericanos que si bien están preparados para recibir arbitrajes comerciales internacionales dentro de sus fronteras, muchos de ellos cuentan con tantas disposiciones locales o particulares distintas a las internacionales<sup>17</sup>, que resulta una

---

<sup>16</sup> Vid. B.M<sup>a</sup>. Cremades, "Arbitraje y desarrollo económico mundial", *Rev. Iberoamericana de Arbitraje*, disponible en: [www.servilex.com.pe/arbitraje/congreso.panama/b-11.html](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congreso.panama/b-11.html).

<sup>17</sup> Explica M. Cabanas Rodríguez que tal situación se intentó uniformar en 1978, oportunidad en que la Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos, adoptó en su IV Conferencia (Caracas) una



tarea casi titánica el poder adivinarlas al momento de pactar el arbitraje<sup>18</sup>, lo que implica enfrentar el problema adicional de prever la existencia de distintos requisitos para la validez y eficacia del arbitraje, hecho que sin duda genera inconvenientes de tal magnitud que pueden derivar en la inoperatividad del arbitraje internacional<sup>19</sup>. Por ello, no creemos que el problema discorra en la “dualidad” normativa, más bien y como señalamos, es en la diferencia de las posiciones mantenidas sobre un mismo instituto donde radican los inconvenientes; es por eso que la respuesta no pasa forzosamente por aunar en un solo cuerpo normativo ambos estadios - tema que conecta una cuestión de técnica legislativa -, sino más bien en vislumbrar soluciones idénticas a iguales problemas y es ello lo que no ocurre en esta “dualidad” legislativa adoptada en Chile, ni en otros países de la región.

#### **IV. BUSCANDO LA EXPLICACIÓN DEL MODELO.**

##### **A. REVISIÓN DE LOS ASPECTOS HISTÓRICOS.**

A sabiendas que un estudio sobre los origen históricos no se vuelve un verdadero aporte si éste sólo da cuenta de una ingesta enumeración de datos históricos, que por lo mismo no tiene un verdadero valor científico<sup>20</sup>; nuestro propósito es, por el contrario, conocer las raíces del arbitraje en Chile para explicar sus actuales características, o para que nos deleve el significado real de algunos juicios heredados cuya aprehensión acrítica puede dificultar la debida comprensión del Derecho actual, de manera que su análisis se torna un elemento a nuestro juicio muy necesario para arribar a los razonamientos que seguiremos en la presente investigación.

El arbitraje llega a América con la conquista a través del derecho español, el que fue de aplicación durante la colonia, en este sentido se pueden mencionar las disposiciones sobre esta

---

resolución que encomendaba a la Secretaría General la realización de estudios encaminados a lograr sistemas de cooperación en materia de arbitraje de Derecho privado con vistas a la posible elaboración de una ley uniforme o un convenio al respecto, e incluso la creación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje. “La Ley-Tipo de arbitraje para Iberoamérica”, *RCEA*, 1984, 29-34.

<sup>18</sup> Refiriéndose a esta realidad, *Vid.* F. Cantuarias Salaverri, “Problemática general de la práctica del arbitraje internacional en Latinoamérica”, artículo presentado en el panel “Arbitration Developments in Latin América”, *New York State Bar Association, International Law and Practice Section*, Santiago, noviembre de 2004, <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/0/3/33/142/FC6.doc>

<sup>19</sup> F. Osterling Parodi, “La necesidad de unificar las normas sobre Arbitraje en América Latina como consecuencia de la globalización”, *Rev. Iberoamericana de Arbitraje*. Disponible en <http://www.servilex.com>

<sup>20</sup> Siguiendo la premisa de F. De Castro y Bravo, “El arbitraje y la nueva *lex mercatoria*”, *ADC*, 1979, t. IV, pp. 625 y sgtes.

materia contenidas en el Fuero Juzgo en la Ley 13, Título I del Libro II; el Título VII, Libro I del Fuero Real, y las Leyes XXIII, XXIV, XXV del Título IV, Partida III de las Ordenanzas Reales de Castilla<sup>21</sup>. Chile conoció este instituto tempranamente a través del Derecho indiano<sup>22</sup>, modelo que siguió vigente aún llegado el período independentista; sin embargo, en el contexto del Derecho chileno propiamente tal el arbitraje no tuvo un claro reconocimiento. En efecto, si bien constituye un lugar común en la doctrina chilena afirmar que el legislador chileno mostró, desde el inicio, una posición muy favorable al arbitraje<sup>23</sup>, lo cierto es que no existen fundamentos concluyentes para sostener tal posición, ya que aún cuando el arbitraje se encontraba ya normado en los principales textos que sirvieron de referencia al Derecho chileno de la época<sup>24</sup>,

---

<sup>21</sup> F. Cantuarias Salaverri, comentando esta situación, agrega que ya el Fuero Juzgo reconocía a los jueces nombrados por las partes de común acuerdo para resolver sus conflictos. Se les denominaba jueces avenidores, distinguiéndose entre los que resuelven de acuerdo a derecho, árbitros arbitradores y de acuerdo a conciencia. “Ha sido correcta la decisión de que la ley general del arbitraje regule dos tipos de arbitraje...”, *op.cit.*

<sup>22</sup> A. Dougnac Rodríguez, señala en este sentido que si bien debían ser aplicadas en primer lugar las disposiciones especialmente dictadas para América y demás territorios dominados por los Castellanos (Derecho indiano propiamente tal), se aplicó con carácter supletorio el Derecho castellano, por ello las partidas fueron el principal texto que normó la materia, pudiendo afirmarse que las restantes disposiciones sólo complementaban el aludido texto. “Antecedentes históricos sobre la regulación del arbitraje en Chile”, *Estudios de Arbitraje, Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azocar*, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 56 y sgtes.

<sup>23</sup> P. Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, 5º edición, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 76. En idéntico sentido se pronuncia R. Eyzaguirre Echeverría, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Ed. Jurídica de Chile, 1981, p. 18.

<sup>24</sup> La legislación chilena tomó como base a la legislación francesa y española. La primera, contemplaba al arbitraje como un derecho fundamental en su Constitución Política de 1791 en su Art. 5º al prescribir “le droit de citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif”, fruto de la Revolución francesa. Por su parte, la legislación española dedica especial atención al arbitraje también en su Carta Política de 1812, específicamente en el Título V (“De los Tribunales y de la Administración de Justicia en lo Civil y lo criminal”) y en su Capítulo II (“De la Administración de Justicia en lo civil”), para reconocer como inviolable el derecho a comprometer en árbitros la resolución de las diferencias. Tales derechos se consagran en los Arts. 280 y 281 de la citada Constitución, el primero señala que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes” y el Art. 281 disponía que “la sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubiere reservado el derecho a apelar”. Esta tradición, aunque no continúa en las Constituciones Políticas posteriores, si se manifiesta en numerosas otras normativas tales como: el Código de Comercio de 1829, la ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830; el Decreto de Refundición de Fueros de 1868, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; el Código de Comercio de 1885 y el Código civil de 1889, sin mencionar las leyes específicas que se dictaron sobre el arbitraje a partir de 1953.

en la preceptiva chilena sólo es posible encontrarlo en el Proyecto de Constitución de 1811 que no llegó a prosperar<sup>25</sup>.

Las primeras normas dictadas en este período patrio<sup>26</sup> no contenían ninguna disposición sobre la organización judicial, y menos aún sobre tribunales arbitrales. Lo mismo acontece con las primeras Constituciones Políticas del Estado que tampoco abordan la figura arbitral de una manera cierta o clara, sino que por el contrario, regula otras figuras a las que si bien la doctrina ha atribuido el carácter arbitral, están muy lejos del instituto en estudio. Así, por ejemplo, la Constitución Provisoria de 1818 preceptuaba en su artículo 25 del Cap. III del Título 5 que “Deberá establecerse un juzgado de paz, y en el interin lo será todo juez de primera instancia, que antes de darle curso, llamará a las partes y tratará de reducir las a una transacción o compromiso extrajudicial; y poniéndose constancia de no haber tenido efecto esta diligencia, sólo correrá la demanda”, de lo que se colige que la función de este juez era la de conciliar o mediar y el resultado positivo de su gestión era un contrato de transacción, no el inicio de un juicio arbitral. En esta misma línea, la Constitución Política de 1822 reglamenta los llamados “Jueces de paz” en su Art. 190<sup>27</sup> a los que frecuentemente se les atribuye el origen histórico del arbitraje en Chile<sup>28</sup>, sin embargo, si se lee con detención la normativa en cuestión se llegará a la conclusión que la finalidad de estos tribunales dista de la naturaleza arbitral y entronca también con la conciliación<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Se trata del Art. 143 que señalaba “En caso de no querer avenirse por mutua y libre voluntad, serán preguntados si quieren comprometerse u ocurrir a los Tribunales ordinarios; y asentada de un modo auténtico su elección, siendo ésta por arbitraje, procederán los tres jueces restantes (o uno si convienen en él y no hay más) a tomar conocimiento circunstanciado del asunto, y decidir con conocimiento y justicia. Si no quisieren comprometerse, o la materia no se lo permite, les darán pase para los Tribunales de Justicia...”. Tal norma era en realidad muy confusa porque luego se refiere a la figura de la conciliación al expresar “...el conciliador sólo entra de árbitro de consentimiento común, y excluyendo a uno de los tres que quedan, que será el que señale el Tribunal si no hay recusación de alguno. Puede también ser el único árbitro o acompañarse con el juez, cuando es uno solo de consentimiento de las partes. Aún cuando rehúsen comprometerse los litigantes, siempre volverán a presentarse a los jueces de paz, por ser más ilustrados y aconsejados sobre su derecho”.

<sup>26</sup> Nos referimos al “Reglamento para el arreglo de la autoridad ejecutiva provisoria de Chile de 1811”, del 14 de julio; el “Reglamento Constitucional Provisorio de 1812”, sancionado el 26 de octubre; el “Reglamento para el Gobierno Provisorio de 1814”, promulgado el 7 de mayo. Documentos que se pueden visitar en: [http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/resena\\_const](http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/resena_const).

<sup>27</sup> Esta disposición rezaba: “Será su instituto conciliar y componer a los litigantes y no pudiéndolo conseguir, procurarán se comprometan en hombres buenos, nunca decidirán definitivamente y suscribirán con las partes el resultado de la conferencia”.

<sup>28</sup> Cf. P. Aylwin Azocar, *op.cit.*, p. 74; R. Eyzaguirre Echeverría, *op.cit.* p. 18-19.

<sup>29</sup> A mayor abundamiento, si recurrimos a las Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile de la época, descubriremos que el objetivo de estos tribunales consistía en “cortar o componer las desavenencias antes

La Constitución de 1823 suprime la figura de “Jueces de paz”, pero crea una institución similar a ésta en su Título XV con la nomenclatura de “Jueces de Conciliación”<sup>30</sup>; al efecto, el artículo 167 hacía obligatoria esta institución como mecanismo “prejudicial” al disponer que: “Ninguno puede presentarse a los tribunales ordinarios con demanda judicial, sin haber ocurrido a los de conciliación”. El siguiente artículo señalaba: “Debe llamarse a conciliación toda demanda civil y las criminales que admitan transacción, sin perjuicio de la causa pública. Pueden llamarse también las eclesiásticas sobre bienes personales y acciones civiles”. Dada su clara denominación de jueces de “conciliación”, sin mención a un compromiso o pacto compromisorio, aquéllos no son citados como un antecedente del instituto arbitral pese a desarrollar idéntica labor que los anteriores.

El numeral 8º del artículo 149 de la CP de 1823 que atribuía a la Corte Suprema “la facultad de obligar a las partes a compromiso presentado por un ministro, en los negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones y ruinas a las familias o al Estado”<sup>31</sup>, fue predicado como el primer caso de arbitraje forzoso en Chile<sup>32</sup>, tesis que cuestionamos primero, porque la calificación de la materia que se hacía obligatoria “comprometer” (negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones) es un término que resulta ser coincidente con la finalidad perseguida en “los jueces de paz o de conciliación”, antes citados; y segundo, porque al hacer mención al “compromiso” no se estaba refiriendo a un contrato arbitral, sino que en realidad se hacía mención a una transacción, es decir, lo que se pretendía era que la contienda terminase por medio de un acuerdo y no que las partes se comprometiesen a iniciar un juicio ante un tribunal arbitral<sup>33</sup>.

La confusión, por tanto, parece residir en la utilización de ciertos vocablos que forman parte del léxico de la institución arbitral, pero que en ese concreto momento histórico no estaban del todo

---

de que comparezcan ante los jueces interesados”, y su petición se fundamentó en el hecho que era excesivo el número y duración de los litigios, y esta era una de las causas que más influían en el atraso judicial y descontento general. *Sesiones de los Cuerpos Legislativos de la República de Chile, 1811 a 1843, T.I, CN de 1811, Santiago, Imprenta Cervantes, 1887, p. 124.*

<sup>30</sup> Para A. Dougnac, este esfuerzo por imponer este medio se justifica porque J. Egaña, autor de la Constitución de 1823, consideraba a la conciliación como una de las mejores protecciones que el ciudadano podía tener respecto “de las mismas formas judiciales y del abuso que a su sombra pudieran cometer los jueces”. *op.cit.*, pp. 66-67.

<sup>32</sup> Entre ellos: *Vid. R. Eyzaguirre Echeverría, op.cit.*, p. 16; A. Romero Seguel, “*Nociones generales sobre la justicia arbitral*”, *op.cit.*, pp. 405-430.

<sup>33</sup> Esta norma, además, se condice con la obligatoriedad establecida en el artículo 167, ya transcrito, en cuanto hacía forzoso el llamamiento a conciliación, y con el Art. 149 N° 9 que establecía “*Cada Ministro es juez conciliador en la capital; siendo esta una de sus principales atribuciones*”.

depurados. Por lo anterior, no se justifica en la actualidad mantener tal desorden de ideas, por cuanto hoy existe una clara delimitación del arbitraje y de los elementos que lo separan de otras figuras de similares características según ya hemos revisado.

Por las razones antes esgrimidas consideramos que el verdadero origen del arbitraje no se encuentra en las citadas normativas, sino que reside en los llamados “Juicios prácticos”, que fueron tratados en el título XVI de la misma Carta Política<sup>34</sup>, cuyo artículo 176 disponía: “Cuando se disputen deslindes, direcciones, localidades, giros de aguas, internaciones, pertenencias de minas y demás objetos que esencialmente exigen conocimientos locales, se procederá por jueces que conozcan el objeto disputado y resuelvan prontamente...”. Seguidamente el artículo 177 señalaba: “*Estos jueces deben ser 1 o 2 personas que nombren a su satisfacción las mismas partes ante el juez conciliador o un tribunal ordinario a lo que serán necesariamente compelidas en un término perentorio*”. El Artículo 178, por su parte, prescribía: “Si se nombran como arbitradores, su sentencia es inapelable. Si proceden ordinariamente, se verificará la apelación ante uno o dos jueces nombrados de la misma forma”. Finalmente el artículo 179 disponía: “Ellos harán cumplir su sentencia auxiliados por el jefe político”.

Encontramos en estas cuatro disposiciones los antecedentes más cercanos a la institución arbitral: las materias que eran posibles de someter a estos “juicios” presentan una naturaleza disponible por las partes; el “juez” debía poseer un conocimiento especializado; se pretendía obtener en ellos una mayor rapidez o eficacia como en el caso del arbitraje; el nombramiento del juez debía efectuarse de común acuerdo por las partes y en subsidio por el llamado juez de conciliación o tribunal ordinario en los términos que actualmente se hace con los jueces árbitros; la calidad de “arbitrador” que podía revestir el juez práctico, en cuyo caso la sentencia se tornaba inapelable como ocurre en la actualidad; y el necesario auxilio de fuerza pública que era requerido para el cumplimiento de sus sentencias<sup>35</sup>. No obstante esta consagración, si proseguimos el tránsito por la historia Constitucional de Chile constataremos que la Carta de 1928 continúa con la figura de “los juzgados de paz” y olvida en su articulado a los denominados “juicios prácticos”<sup>36</sup>, así como también lo harán las sucesivas Constituciones.

---

<sup>34</sup> P. Aylwin Azocar, *op.cit.*, p. 76 y R. Eyzaguirre, *op.cit.*, p. 19, citan estos juicios como otro antecedente del arbitraje en Chile.

<sup>35</sup> Hubo un aborto por eliminar los juicios prácticos, en un proyecto de reglamentación de justicia, elaborado por la Corte de Apelaciones de 1831. Juan Egaña igualmente manifestó su descontento con tal procedimiento, señalando que eran los peritos en realidad los que finalmente resolvían estos pleitos.

<sup>36</sup> Al efecto, el artículo 100 señalaba: “Habrà juzgados de paz para conciliar los pleitos en la forma que designe una ley especial”. Por su parte, el artículo siguiente expresaba: “En cada provincia habrá uno o más jueces de 1º

Un paso trascendente que afectará la institución que nos ocupa fue dado por la Constitución de 1833 al establecer en su capítulo VIII intitulado “De la administración de justicia”, la proclamación de los principios jurídico-procesales que hasta hoy se mantienen<sup>37</sup>. El eco de estas normas es relevante, toda vez que cuando se decide regular a la institución arbitral se hace desde la perspectiva jurídico-estatal, más concretamente como “jueces árbitros”, cuya superintendencia y vigilancia se relega a la Corte Suprema. En efecto, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de octubre de 1875, dictada a causa del mandato del Art. 114 de la Constitución de 1833, consagró en su título XI a “Los jueces árbitros” (Arts. 172 a 191), de manera que la citada Carta Política dibujó un escenario desde donde debían ajustarse todos los “tribunales” de la República, y comprendiendo dicha noción en un sentido amplio, se abarcó también a los arbitrales. Luego, con la ley 7.421<sup>38</sup> se aprobó el Código Orgánico de Tribunales, cuerpo legal que constituye la Ley Orgánica Constitucional que determina la organización y atribuciones, es decir, la competencia de los tribunales necesarios para la administración de justicia. El Art. 5° del COT consagra una importante clasificación de los tribunales a los que se encarga la administración de justicia en general, dentro de los que se encuentran los tribunales arbitrales, sin especificar claramente si aquellos quedan incluidos o excluidos del poder judicial; por su parte, los artículos 222 al 243 se ocupan de reglamentar a los “jueces árbitros”. Todo lo concerniente al juicio o arbitral se normó en el Código de Procedimiento Civil promulgado en 1902. Ambas normativas se mantienen hasta el día de hoy. Además de estos Código, las restantes normas que aluden al arbitraje en el Derecho chileno interno lo hacen normalmente para señalarlo como un método de resolución de conflictos a utilizar ya sea por voluntad de las partes o bien de manera forzada.

---

instancia para conocer de las causas civiles y criminales que en ella se susciten cuyo ministerio será ejercido por letrados según el modo que designe una ley particular”.

<sup>37</sup> “La facultad de juzgar las causas civiles i criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos en la lei. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República, pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos” (Art. 100) <sup>37</sup>. Por su parte, su artículo 113 dispone que: “Habrá en la República una magistratura a cuyo cargo esté la superintendencia directiva, correccional i económica sobre todos los Tribunales i juzgados de la nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones”. Finalmente, el artículo 114 de esta Carta prescribe que: “Una lei especial determinará la organización y atribuciones de todos los tribunales i juzgados que fueren necesarios para la pronta i cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República”.

<sup>38</sup> Publicada en el DO con fecha 07 de julio de 1943.

## **B. OBSERVACIONES SOBRE ESTA REGULACIÓN.**

Del itinerario histórico antes visitado se coligen a lo menos tres cuestiones fundamentales para el global entendimiento del arbitraje en Chile. La primera dice relación con la confusión que se ha generado sobre el exacto encuadramiento de la institución arbitral, sus fundamentos y delimitaciones, toda vez que en la trayectoria legislativa queda en evidencia que no fue hasta la ley de 1875 que se comenzó a hablar de arbitraje, normativa que se ha mantenido prácticamente invariable hasta nuestros días. De esta manera, las afirmaciones vertidas en torno a que el arbitraje goza de una consagración anterior a esta ley dista de ser real, lo que además de ser un desacierto ha provocado más de alguna distorsión sobre la comprensión de este instituto al asimilarlo a la conciliación. La segunda, arranca de la posición jurisdiccionalista que se tiene sobre la figura arbitral, al concebirla como un tribunal más de la organización de la administración de justicia estatal, sin realizar claras o contundentes calificaciones, es decir, dejándolo en una zona nebulosa, pues si bien no puede considerarse a los árbitros como parte integrante del denominado “poder judicial”, ello no ha sido óbice para que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia chilenas hallan estimado que ese es su carácter y como tal, se sostenga que su figura entronca con los órganos públicos de administración de justicia como veremos más adelante.

Finalmente, el análisis nos lleva a la confirmación de lo que antes hemos adelantado: el arbitraje no se ha regulado nunca como una institución de características propias, el legislador sólo se ha ocupado de normar algunos de sus elementos, más no del arbitraje propiamente tal, lo que sin duda se proyecta en la visión que normalmente se ha predicado sobre el arbitraje al verlo de una manera simplificada, es decir, como un juicio de carácter procesal-judicial, perspectiva que se adentra además en cada una de las interpretaciones formuladas sobre el mismo.

## **C. INTENTO MODIFICATORIO: RAZONES DE SU FRACASO.**

Los esfuerzos por renovar esta legislación se remontan al año 1992, fecha en que, por Mensaje del Presidente de la República<sup>39</sup>, se presentó un proyecto de ley sobre “jueces árbitros y

---

<sup>39</sup> Mediante Boletín N° 857-07. No es curioso que este tema hubiere llegado a la discusión parlamentaria en el período en que el Presidente de la República era P. Aylwin Azocar, autor del libro titulado “El juicio arbitral” (ya citado) que constituyó en Chile una de las pocas obras publicadas sobre la materia durante muchos años. Rafael Eyzaguirre, por su parte, quien es también autor de una obra sobre arbitraje en Chile, era miembro y Secretario de la

procedimiento arbitral” destinado principalmente a modificar la normativa existente sobre la materia<sup>40</sup>. Este proyecto ofrece una enorme importancia para nuestros objetivos, toda vez que se trata de la única iniciativa legal que ha pretendido reformar el sistema arbitral chileno en el orden doméstico. Dada su trascendencia, parece relevante ilustrar los principales cambios que se pretendían alcanzar con este proyecto, entre los que destacan: la ampliación de las materias de arbitraje forzoso tomando en consideración básicamente la cuantía, la especialidad y complejidad de los negocios controvertidos. Se abogó especialmente por la introducción del arbitraje institucional y la regulación de la posibilidad de delegar en terceros la designación de árbitros; se conserva la clasificación tradicional de árbitros de derecho, mixtos y arbitradores (no sin discusión); se establece que a elección de las partes el procedimiento ante los árbitros de derecho sería siempre el del juicio ordinario de mayor o menor cuantía o el sumario, y en los casos restantes el que acordasen las partes, a falta de acuerdo se contemplaba un procedimiento muy reglado que entraría a suplir la ausencia de éste; se pretendía resolver los problemas de medidas prejudiciales precautorias antes de asumir el arbitro entregándose la decisión al juez y vinculando el trámite a la designación del arbitro; además se otorgaba una definición tradicional de los conceptos de compromiso, cláusula compromisoria y acto constitutivo del juicio arbitral; entre otras<sup>41</sup>.

En la discusión del proyecto efectuada por el Senado<sup>42</sup> es posible observar que los puntos debatidos se centraron básicamente en dos aspectos: si con este proyecto se estaba vulnerando

---

Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento a la que le correspondió trabajar en la corrección del proyecto e incorporó las indicaciones efectuadas por las respectivas Cámaras.

<sup>40</sup> La discusión parlamentaria se encuentra disponible en la página del Congreso Nacional. <http://sii.senado.cl/pags/index.html>

<sup>41</sup> Resumidamente, lo que ambicionaba el proyecto era reformar las disposiciones contenidas en el COT referidas a los jueces árbitros (Título IX), y las del juicio arbitral contenidas en el CPC (Título VIII, Libro II), además de otras disposiciones legales<sup>41</sup>, de modo que las mutaciones se esperaban efectuar en los mismos textos legales que reglamentan hoy en día al arbitraje interno. Esta propuesta de ley se insertaba en un grupo de iniciativas de enmiendas legales y constitucionales relativas a la administración de justicia, su objetivo central era disminuir y descongestionar la demanda de servicios que recae sobre el poder judicial, mediante el fortalecimiento y ampliación de la justicia arbitral, que se concibe como un mecanismo alternativo eficiente y eficaz para la resolución de conflictos que requieren un cierto grado de especialización y experiencia, de modo que su justificación principal es que con ella se pensaba en la justicia arbitral como una “salida” frente a una justicia pública un tanto colapsada, lenta e ineficaz. Se expuso en este mensaje que la misión primordial que se esperaba atender por medio del arbitraje era descongestionar la labor llevada a cabo por los tribunales ordinarios, que según las últimas cuentas públicas y discursos pronunciados por los señores Presidentes de la Excma. Corte suprema, era desbordante, debido atraso derivado fundamentalmente del creciente número de ingresos que se producían año a año.

<sup>42</sup> Que tuvo ocasión con fecha 09 de marzo de 1993.



el principio de gratuidad que inspira la administración de justicia moderna, y si aquel debía ser estudiado en conjunto con el resto de las modificaciones que se querían introducir a La administración de justicia para seguir un solo hilo conductor, líneas que, en definitiva, no fueron compartidas por la mayoría parlamentaria. De manera absolutamente aislada se manifestó La preocupación por el forzamiento de los arbitrajes en materia laboral, mas nada se dijo sobre los existentes. Finalmente el proyecto es aprobado por el Senado, sin embargo, no logró prosperar en la Cámara de Diputados, archivándose tardíamente en el año 2002<sup>43</sup>.

La doctrina imperante tampoco dio buena recepción a este proyecto<sup>44</sup>, básicamente por la extensión del arbitraje obligatorio, conforme a esta opinión, la decisión de someter una controversia a arbitraje debía ser hecha exclusivamente por las partes involucradas y no por el legislador en atención al fundamento mismo de la institución arbitral. También se rechazó la

---

<sup>43</sup> Un factor decidor para el fracaso de este proyecto, fue la opinión emitida por la Excma. Corte Suprema la que estuvo por rechazar el proyecto esgrimiendo, entre otras razones, las siguientes: 1. Que de acuerdo a lo prescrito en el artículo 73 (actual 76) de la Constitución Política de la República, la jurisdicción le pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley, la que por esencia le corresponde a los Tribunales que integran el Poder Judicial (La Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, sus Ministros, como Tribunales unipersonales y los Jueces de Letras), categoría a la que “no pertenecen los árbitros”, por consiguiente, al determinar la competencia en razón de la materia que debía entregarse a los Jueces árbitros que no integran el Poder Judicial, se debía tener en consideración aquella característica fundamental de la jurisdicción más amplia de aquella definición clásica que se enseñaba como la “facultad de administrar justicia. Desde este punto de vista, arguye, resulta más conveniente hacer primar la intervención de los órganos jurisdiccionales establecidos en la ley sobre aquellas que la misma autoriza a las partes para crear en ciertos casos, como sucede con los Jueces Arbitrales; 2. En segundo lugar expone que no se debe olvidar el principio de rango constitucional de igual acceso a la justicia consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso primero, segundo y tercero de la CP y el COT, el que se quiebra en los casos de arbitraje forzoso; 3. Señala que si bien el proyecto puede alivianar la carga de los Tribunales Ordinarios, lo cierto es que no se puede soslayar el hecho de que existen personas que no pueden costear los arbitrajes, y los casos en que por razones de interés público se requiera de la jurisdicción de los Tribunales Ordinarios; 4. Por otra parte, señala que no ha de olvidarse que el derecho de todo ciudadano que vive en una comunidad hoy día, en esta materia, es el acudir a los Tribunales ordinarios que son los que representan la organización establecida por el Estado para la solución de todos los conflictos actuales de relevancia jurídica, y mirado desde este punto de vista, la ampliación de las materias de arbitraje obligatorio supone limitar aquel derecho fundamental a que se ha hecho mención; 5. Concluye expresando que sería más conveniente entregar a la competencia de la Corte Suprema la facultad de dictar Autos Acordados que permitan subsanar los posibles defectos que se observan en el procedimiento arbitral. Pese a lo relevante de los argumentos esgrimidos por la Excma. Corte, tales ideas vertidas no fueron objeto de análisis. Sesión de elaboración del Segundo informe llevada a cabo con fecha 16 de Octubre de 1995.

<sup>44</sup> Me refiero básicamente a las críticas formuladas por algunos autores, tales como: G. Biggs “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales”, *Rev. CEPAL*, 2003, N° 80, p.42; y A. Romero Seguel, *Algunas notas críticas al proyecto de ley sobre modificación del arbitraje*, Documento de trabajo N° 17, Universidad de Los Andes, 1998.

elaborada reglamentación y control judicial establecido lo que desvirtuaba la naturaleza sustitutiva del procedimiento arbitral y, finalmente, porque la aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil haría ilusorias las posibilidades de un procedimiento arbitral autónomo, entre otras.

Pues bien, más allá de comentar sintéticamente la historia de este proyecto, lo que verdaderamente llama la atención es que en dicha oportunidad no se hubiese llevado a la mesa de discusión temas trascendentes en materia arbitral que dicen relación con cuestiones de fondo, por ejemplo, el reconocimiento al principio fundamental del arbitraje, es decir: la autonomía de la voluntad, la unificación de las figuras contractuales (cláusula y compromiso), la naturaleza jurídica de la institución, los elementos integrantes del arbitraje, criterios delimitadores del ámbito de aplicación del arbitraje, intervención de los tribunales estatales en el procedimiento arbitral, entre otros, temas que ya en esas fechas estaban o habían sido abordados por la mayor parte de la doctrina especializada y las legislaciones arbitrales modernas en materia arbitral. De hecho, resulta curioso que algunas voces se levantaran para repudiar la ampliación del elenco de materias de arbitraje forzoso, pero no para reprobar las ya existentes. De tal forma, el propósito del citado proyecto fue cuando menos superficial, inspirado en objetivos de índole político-administrativo, mas no jurídico, por lo que en verdad no podríamos señalar que su fracaso fuese una pérdida para la institución que nos ocupa, sino al contrario.

## **V. EL ARRAIGO DE LA TESIS JURISDICCIONAL.**

### **A. EXPOSICIÓN GENERAL.**

Sin ánimo de reproducir las vicisitudes de la discusión que ha marcado el curso de la historia de la institución arbitral en cuanto a su naturaleza, baste señalar que las tesis más recurrentes son tres: procesal, contractual y mixta<sup>45</sup>, a las que se deben añadir otras de carácter más reciente entre las que se encuentran la negocial-procesal y puramente arbitral. Si bien todas están de acuerdo en que el arbitraje se funda en la voluntad de las partes<sup>46</sup>, presentan diferencias no

---

<sup>45</sup> Vid. Un estudio sobre la evolución de la polémica en J.F. Chillón Medina y J.M. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Ed. Civitas, Madrid, 1991., pp. 110-123; una exposición de las diferentes teorías en, M. Serra Domínguez, "La naturaleza jurídica del arbitraje", en *Estudios de Derecho procesal*, Barcelona, 1969, pp. 371 y sgtes.; F. Cordón Moreno, *El arbitraje de Derecho privado, Estudio breve de la ley 60/2003 de 23 de diciembre*, Ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2005, pp. 42 y sgtes.; F. Flores García, "Una fórmula heterocompositiva recomendable: el arbitraje", *Rev. de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVII, 1996, pp. 143-185; una nueva forma de análisis, F. González de Cossío, "La naturaleza jurídica del arbitraje. Un ejercicio de balance químico", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, N°8, 2008, pp. 509-525.

<sup>46</sup> Cf. A. Álvarez Alarcón, *El sistema español de arbitraje de consumo*, Madrid, 1999, 28.

menores en su entendimiento. Resumidamente la tesis procesal o jurisdiccionalista<sup>47</sup> considera al arbitraje como una institución perteneciente íntegramente a esta rama del derecho, atribuye al árbitro una función jurisdiccional equiparándolo al juez, igualando su cometido y el laudo por él dictado a una resolución judicial o sentencia declarativa<sup>48</sup>. Para esta tesis el consentimiento de las partes contratantes sólo opera en el momento inicial del arbitraje, asimismo, arguye que si bien las partes pueden provocar una terminación anormal del proceso arbitral, esa opción se a simile en un proceso jurisdiccional sin que pierda con ello dicho carácter<sup>49</sup>. En otras palabras, el mudo procesalista arguye que el arbitraje importa una especie de jurisdicción ya que involucra la existencia de un tribunal con facultad de juzgar un litigio<sup>50</sup>, y principalmente por los efectos que la ley anuda al laudo arbitral: fuerza ejecutiva y efectos de cosa juzgada<sup>51</sup>, de manera que la función jurisdiccional del árbitro sería fruto sólo del reconocimiento legal.

Esta posición ha sido criticada por varias razones, en primer lugar porque en el arbitraje no se da la idea jerárquica de parte de los tribunales estatales hacia los árbitros, sino que más bien la

---

<sup>47</sup> Sobre este punto S. Barona Vilar pone de relieve que aun cuando se ha calificado indistintamente esta posición doctrinal de procesal o jurisdiccionalista ambas presentan ciertas diferenciaciones. Mientras la jurisdiccionalista pone su acento en la función desempeñada por los árbitros y los efectos que el ordenamiento jurídico otorga al laudo arbitral: fuerza ejecutiva y cosa juzgada, la procesalista responde a la consideración de que el proceso arbitral es como un proceso judicial, con lo que se incide en el instrumento a través del cual se ejercita la función jurisdiccional. La proximidad se encuentra en que sólo hay proceso cuando se ejerce la función jurisdiccional, pero la consideración semántica de los términos obedece a respuestas conceptuales diversas. "Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la justicia", *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pp. 45-46.

<sup>48</sup> Esta teoría dominó durante largo tiempo algunas legislaciones, entre ellas España, justificándola frecuentemente en la imposibilidad de admitir sentencias arbitrales no originarias de una sede estatal. Sobre el particular, *Vid.* J.C. Fernández Rozas, "Ámbito de actuación y límites del juicio de árbitros tras la ley 60/2003, de arbitraje", en *La nueva ley de arbitraje*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007., p. 71.

<sup>49</sup> Así, para R. Yáñez Velasco el convenio arbitral y la aceptación de los árbitros serían condiciones previas para activar la atribución estatal de la potestad jurisdiccional a particulares que "no sean funcionarios jueces". *Comentarios sistemáticos a la ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje*, (Coord. R. Yáñez Velasco), Valencia, 2004, pp. 122-123.

<sup>50</sup> J.F. Chillón Medina y J.M. Merino Merchán subrayan que la postura procesalista gozó de amplia reputación entre los autores de finales de siglo y principios del presente y la doctrina hispanoamericana se ha influido notablemente en esta dirección. Por su parte, en Francia la jurisprudencia tuvo un periodo de plena aceptación de la tesis jurisdiccional hasta que fue abandonada en el caso "Roses" de 17 de julio de 1937, donde la *Chambre des Requetes* estimó que "las sentencias arbitrales que tienen como base un compromiso hacen cuerpo con él y participan de su carácter convencional". *op.cit.*, pp. 112-113.

<sup>51</sup> En esta línea, J. Montero Aroca (et. al) da cuenta que para los jurisdiccionalistas no habría manera de explicar los componentes jurisdiccionales desde la esfera contractual, pero sí comprender el origen contractual desde la consideración jurisdiccionalista. *Comentario breve a la ley de arbitraje*, Madrid, 1990, p. 24 y sgtes.

coordinación; el proceso es de naturaleza absoluta, lo que quiere decir que está substraído genéricamente de la esfera de acción de los particulares, en cambio, el arbitraje privado no goza de tal naturaleza, ella es dispositiva, no pertenece al *ius cogens*, sino que al *ius dispositivum*. Sólo respecto del proceso puede predicarse la nota de jurisdiccionalidad, pues ambos son conceptos correlativos, sin embargo, el arbitraje es más que un simple proceso; los árbitros tienen su propia existencia en la designación de los particulares de modo que la fuerza del mandato de los jueces privados reside en la autonomía de la voluntad privada. La potestad jurisdiccional consiste en conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y los árbitros carecen de esta última, razón por que la en derecho estricto no gozan de la facultad jurisdiccional y aunque sin duda hacen lo primero, su laudo puede ser revisado posteriormente por un tribunal estatal<sup>52</sup>.

Pues bien, probablemente uno de los rasgos que más caracteriza la configuración del arbitraje en Chile sea precisamente la adopción de la tesis “jurisdiccional”, no sólo porque en la actualidad son pocos los Estados que abrazan esta concepción, sino por los peculiares matices que en ella se reconocen y la escasa discusión que sobre esta materia se ha desarrollado. En efecto, en Chile, la doctrina y jurisprudencia han estado al margen de la disputa realizada sobre la naturaleza jurídica del arbitraje que hemos tenido oportunidad de revisar precedentemente, dado que ha existido, y aún persiste, un completo consenso sobre el hecho que la naturaleza atribuida al arbitraje en Chile es “jurisdiccional”<sup>53</sup>, con alguna opinión en contrario<sup>54</sup>. Así, se ha señalado que si bien “en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionadas por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter jurisdiccional del arbitraje, entre nosotros pacíficamente se ha sostenido desde hace bastante tiempo el contenido jurisdiccional de la justicia arbitral, 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”<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Vid., I. Díez-Picazo y J. Vega Torres, *op.cit.*, p. 104; Cf. F. Cerdón Moreno, *El arbitraje en Derecho privado...*, *op.cit.*, pp. 48-49.

<sup>53</sup> A modo de ejemplo, Cf. H. Pereira Anabalón, *Curso de Derecho procesal*, Santiago de Chile, 1993, p. 242; P. Aylwin Azocar, *op.cit.*, pp. 51 y sgtes.; M. Cassarino Vitterbo, *Manual de Derecho Procesal Orgánico*, Tomo I, *op.cit.*, p. 72; E. Picand Albónico, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral”, en *Estudios de arbitraje*, *op.cit.*, p. 193-209; R. Tavorari Oliveros, “Justicia y democracia en Chile (breve panorama de la impartición de justicia en el Chile del Siglo XXI)”, publicado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1978/7.pdf>

<sup>54</sup> En contra de esta postura es posible encontrar la opinión aislada de R. Sandoval quien sostiene que del precepto 222 del COT que define a los jueces árbitros, “se advierte que la legislación chilena toma partido por la concepción privatista o contractualista, acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, en cuanto a que éste nace de una convención y que la autoridad judicial nombra árbitros sólo en subsidio de las partes, criterio que se reitera en el artículo 232 del mismo cuerpo de leyes”. R. Sandoval López, *Régimen jurídico...*, *op.cit.*, p. 88.

<sup>55</sup> Cf. A. Romero Seguel, “Nociones...”, *op.cit.*, p. 411.

Entre los fundamentos que se arguyen a favor de esta tesis se ha señalado que el arbitraje importa una jurisdicción extraordinaria y de excepción que el Estado franquea a los individuos, al lado de la jurisdicción ordinaria, para cuando desean sustraerse de ésta y someter sus litigios a tribunales de mayor confianza. Los árbitros son jueces transitorios nombrados por las partes, para que en un caso determinado ejerzan jurisdicción. En virtud de tal nombramiento, carecen de imperio; pero esta circunstancia no les quita su carácter de tribunal público instituido por la ley y como tales se convierten en titulares de la jurisdicción.

El rol de las partes sólo queda relegado a una función organizativa en torno a estos tribunales y consiste en provocar la acción de la jurisdicción arbitral, pero no influye en modo alguno en lo que ésta es<sup>56</sup>.

Asimismo se ha afirmado que las tesis explicativas de la naturaleza jurídica del arbitraje sólo serían aplicables al caso del arbitraje voluntario, toda vez que en los arbitrajes forzosos no hay elemento alguno que introduzca confusión, dado que se trata de un juicio establecido por la ley como el único posible para estos casos y no tiene lugar el acuerdo previo de las partes<sup>57</sup>. Se aprecia en esta idea la confusión entre la naturaleza del arbitraje con uno de sus elementos, como es la causa de su nacimiento o fuente, por lo que discrepamos de esta solución no sólo en

---

<sup>56</sup> P. Aylwin Azocar, *op.cit.*, p. Arguye a estos efectos que la ley crea a estos tribunales, pero no los organiza, correspondiendo a las partes esta función organizativa: determinar quiénes lo compondrán, designar al árbitro o árbitros, señalarles sus facultades y el procedimiento a que habrán de ceñirse, fijar las instancias en que conocerán del asunto, etc. *op.cit.*, p. 44; en igual sentido, R. Eyzaguirre Echeverría señaló que “El arbitraje es una jurisdicción especial, y aunque el nombramiento de los árbitros es en la mayoría de los casos un acto privado, ellos tienen por disposición del sistema legal que los rige, una verdadera jurisdicción para conocer y resolver el asunto o negocio sometido a su decisión y fallo. Tanto es así, que la ley al definirlos los llama jueces”, *op.cit.*, p. 17.

<sup>57</sup> El razonamiento que sigue a esta idea es que los árbitros de los arbitrajes forzosos son tribunales con competencia privativa, y su jurisdicción por mandato de la ley, se transforma de extraordinaria en ordinaria. *Vid.* P. Aylwin Azocar, *op.cit.*, p. 53. Asimismo se pronuncia M. Cassarino Vitterbo, quien señala “En el primer caso (arbitraje forzoso), no se plantean mayores discusiones, por cuanto es la ley quien entrega expresamente la decisión de resolver un litigio a un árbitro. En consecuencia, el acuerdo de las partes de substraer una determinada materia a un arbitraje es irrelevante, toda vez que la ley obliga a las partes a resolver la disputa originada de una determinada materia por esta manera. De esta forma, la única diferencia con los jueces ordinarios es que los árbitros no serán éstos jueces, sino que particulares designados de común acuerdo por las partes para estas funciones, o bien, por la autoridad judicial en subsidio de ello”, *op.cit.*, p. 72. Repiten esta idea la mayor parte de la doctrina chilena, a modo de ejemplo, *Vid.* O. Contreras Strauch, I. Kliwadenko Malic, C. Larrain Jiménez, R. Peralta Larrain, J. José Vives Rojas; “Arbitraje y mediación en el seguro”, Trabajo presentado por la Sección Chilena de AIDA, ante el VIII Congreso Ibero Latinoamericano de Seguros, celebrado en Río de Janeiro, del 29 de abril al 2 de mayo de 2003, pp. 8 y sgtes.

el fondo –como tendremos ocasión de revisar seguidamente-, sino también por considerar que la distinción no es acertada en modo alguno. El hecho que se señale que el arbitraje es “convencional”, cuando su fuente es un acuerdo arbitral, y “legal” cuando lo es la ley, no puede dar pábulo para afirmar que éste último sea más jurisdiccional que el primero, porque en ambos casos se provoca un mismo efecto en caso de activarse el mecanismo, cual es el procedimiento arbitral, y es esta la nota que exalta la “jurisdiccionalidad” para los defensores de esta tesis. Para éstos, es la actividad realizada por el árbitro la que importa a la hora de brindar tal calificativo, no su fuente que en ningún caso se desconoce como contractual<sup>58</sup>.

Hoy en día se estima que el sistema procesal chileno reconoce a los árbitros como tribunales de justicia pertenecientes al poder judicial y, como tales, les asegura jurisdicción y competencia para resolver conflictos por medio del proceso y valor de la cosa juzgada a sus decisiones. Por ello se señala que la jurisdicción del árbitro arranca de la Constitución y de la ley y no de la voluntad de los litigantes<sup>59</sup>. Para esta doctrina, el tribunal arbitral es una clase de tribunal establecido en la ley y contemplado como tal por la organización judicial en cumplimiento a lo establecido en el Art. 77 CP, que prescribe que sólo en virtud de la una ley orgánica constitucional pueden crearse tribunales y fijársele sus atribuciones. El carácter de “juez” arranca del citado mandato y del tenor de lo dispuesto en el Art. 222 del COT, además de su incorporación al “sistema de jurisdicción nacional” según se desprende del Art. 5º COT y, como tales, cuentan con todas las prerrogativas que les proporciona el “poder” de la jurisdicción y tienen todas las obligaciones y cargas que les impone su “deber”.

Siguiendo esta idea, se arguye idéntico planteamiento –ahora desde una perspectiva constitucional- a partir de lo preceptuado en el Art. 76 de la CP, que fija el ámbito de la jurisdicción conferida al poder judicial. Esta disposición señala que la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece a los

---

<sup>58</sup> Sin duda la interpretación que se realizó de las primeras legislaciones fue decidora en la corriente doctrinal que hoy en día existe sobre esta materia, cuando examinando la definición de árbitro de la Lei de Organización de los Tribunales de 1875, contenida en su artículo 172 –que es idéntico al actual 222 del COT-, se 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. Vid. A. Romero Seguel, citando a M. Ballesteros, *La lei de organización i atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago, 1890, t.II, p. 74, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, en: [http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Recusacion\\_Arbitros\\_Alejandro\\_Romero.doc](http://www.camsantiago.com/html/archivos/espanol/articulos/Recusacion_Arbitros_Alejandro_Romero.doc)

<sup>59</sup> Vid. J. Colombo Campbell, “Principios informativos del proceso arbitral”, en *Estudios de arbitraje*, op.cit. pp. 114-115.

tribunales establecidos en la ley. De acuerdo a este mandato una ley orgánica constitucional fijará la organización y atribuciones de los tribunales que sean necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, norma que se condice con la reglamentación efectuada en los Art. 222 y siguientes del COT y las normas del CPC que implanta un sistema o procedimiento mediante el cual se llega a constituir a árbitros como tribunales integrantes del poder judicial, aunque no sean creados por las partes. Consecuente con esta idea los árbitros son concebidos como órganos del Estado a quienes se les aplican los preceptos de la Constitución contenidos en el Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad referidos a los principios de obligatoriedad de la Carta, de Supremacía Constitucional, de imperio de la ley y de nulidad de Derecho público, a los requisitos de validez de los órganos del Estado, a la responsabilidad y sanciones que se producen por su incumplimiento, a la obligación de probidad de sus actuaciones. En suma, conforme a esta tesis, la reglamentación de la institución de los jueces árbitros efectuada tanto en el COT, como en el CPC, concuerda con el carácter público de su función que los convierte en tribunales de la Nación, sometidos a la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (Art. 82 CP). Estos tribunales serían especiales y en tal calidad se les aplica el Art. 93 N° 6 de la CP que entrega al Tribunal Constitucional la resolución de la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución<sup>60</sup>. Bajo esta misma perspectiva, la jurisprudencia ha sido sistemática en explicar la función arbitral desde la esfera pública, pero definiendo su carácter jurisdiccional como extraordinario. En tal sentido, se entiende que el poder de los árbitros emana de la propia ley y si bien ejercen en una jurisdicción extraordinaria, ella también tiene un carácter público<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Así lo afirma fehacientemente A. Silva Bascañán, quien concluye estas ideas señalando que si en el texto del Art. 76 de la CP, definitorio del alcance de la jurisdicción pública, no se menciona explícitamente la que existe y ejerce por la vía arbitral, y ésta se establece, define y organiza en la normativa legal que tiene su fuente justamente en el mandato de la citada norma fundamental, ello no pugna con el reconocimiento indiscutible que en su desempeño se proyecta la plena vigencia de todos los principios y características del Poder Judicial, compatibles con las especialidades inherentes a las particulares de su origen y marco de funcionamiento. “La justicia arbitral ante la Constitución”, en *Estudios de arbitraje, op.cit.*, pp. 103 y sgtes. En este mismo sentido, *Vid.* J. Colombo Campbell, “Principios informativos...”, *op.cit.*, pp. 114 y sgtes., quien agrega que los árbitros como jueces ejercen plenamente la jurisdicción y le es aplicable, además de los preceptos antes enunciados, el Art. 19 N° 3 de la CP.

<sup>61</sup> Así, por ejemplo, la CA de Santiago, con fecha 29 de agosto de 1986, en causa “Urrutia con De la Maza”, señaló: “Los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan, por consiguiente, una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y sólo los órganos por él autorizados pueden ejercerla. Los árbitros derivan su jurisdicción de la propia ley, que se les otorga con el carácter de extraordinaria; por consiguiente, no es dable sostener que el tribunal arbitral tenga el carácter de comisión especial”. A la misma conclusión llega nuestra Corte Suprema al disponer que: “El arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública”. En esta línea argumentativa, la CA de

Frente a lo anterior, lo primero que debemos subrayar es que la determinación de la naturaleza jurídica de la institución no es una cuestión baladí, ya que la posición que se adopte acarreará no menores consecuencias al entendimiento y configuración del arbitraje<sup>62</sup>. Para ello se debe considerar que en el nacimiento, desarrollo y terminación del arbitraje se encardinan una pluralidad de actuaciones de diversa índole lo que ha motivado amplias y duraderas discusiones doctrinales en torno a la naturaleza del instituto arbitral con el objeto de brindar más o menos cabida a determinadas actuaciones arbitrales y a la jurisdicción estatal. De hecho, si se revisa el itinerario histórico del arbitraje se verá que éste ofrece un buen sustrato para percibir los avatares de la institución, marcadas por coordenadas disímiles entre sí (políticas, sociales y económicas); es así que, dependiendo del concreto momento vivido, se ha procedido a remarcar uno o varios de los múltiples componentes de la institución arbitral decantándose, de este modo, a favor de una u otra categoría jurídica<sup>63</sup>.

De este modo, la cuestión referida a la naturaleza del arbitraje es quizás uno de los puntos más discutibles y sensibles en torno a la institución arbitral, principalmente por las consecuencias que

---

Santiago, en causa “De Bonis, Domingo con Zugaldi, María de las Nieves”, con fecha 30 de noviembre de 1983, sostuvo que: “El poder que tienen los jueces árbitros para juzgar un determinado litigio no deriva de las partes que a ellos se someten, pues son estas incapaces para concederlo. El carácter de jueces de los árbitros emana de la ley, (...) el juicio arbitral importa, por su naturaleza, una jurisdicción extraordinaria de carácter público”. Este mismo tribunal, con fecha 25 de julio de 1995, en causa “Carter Holt Harvey con Inversiones Socoroma”, ante una demanda de inexistencia o nulidad absoluta del pacto de accionistas de una sociedad anónima cerrada que contenía una cláusula compromisoria, equiparó el juez árbitro al tribunal ordinario al sentenciar que: “Acordado el compromiso, designado e instalado legalmente el árbitro que resolverá de los asuntos que se han previsto, este adquiere el carácter de juez para conocer y decidir materias propias del litigio quedando, desde ese momento, sometido a la Superintendencia correctiva y económica de la Excm. Corte Suprema. El que carezca de imperio para hacer cumplir directamente en forma compulsiva sus resoluciones no le resta el antes referido carácter de juez y, en tales circunstancias, al igual como ocurre con los tribunales ordinarios de justicia que pueden y deben conocer asuntos que dicen relación con su propia competencia, su jurisdicción o inhabilidades, al no existir norma que sustraiga expresamente dichas materias del conocimiento de los tribunales arbitrales, no se divisa razón alguna para que éstos puedan declarar su falta de jurisdicción o competencia”. Finalmente, cabe citar el fallo dictado por la CA de Santiago, de fecha 03 de abril de 1997, en causa “Agrícola El Delirio Ltda. y otros con Rocheford Ernst, Lionel”, esgrime la misma idea al señalar: “Si las partes al otorgar un contrato de arrendamiento acordaron una cláusula compromisoria en términos amplios, la circunstancia que en el contrato de arrendamiento se aluda a la competencia de los “tribunales de justicia”, ello no altera la jurisdicción arbitral, porque los tribunales arbitrales quedan comprendidos también dentro del citado concepto de tribunales de justicia”.

<sup>62</sup> En este sentido, Vid. F. Gómez de Liaño González, “Arbitraje y arrendamientos urbanos”, en *El arbitraje en arrendamientos urbanos*, San Sebastián, 1992, p. 30; S. Barona Vilar, “Arbitraje en España...”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, op.cit., pp. 44-45.

<sup>63</sup> Para H. Grigera Naón, el asunto se centra en que se trata de explicar esta faceta buscando una categoría “natural de justicia” de parte del arbitraje, noción desprovista de una substancial existencia, y que sólo facilita el entendimiento de las normas y principios aplicables a la institución *Choice -of-law problems...op.cit.*, pp. 14-15.



su determinación conlleva. Resumidamente se podría indicar que los efectos de esta decisión se vinculan a los aspectos limítrofes del arbitraje, es decir, hasta dónde alcanza o es posible que llegue su ámbito de aplicación objetiva<sup>64</sup>, hasta dónde llegan los poderes del árbitro<sup>65</sup>, y como se conecta su funcionamiento con la justicia estatal. Así, por ejemplo, desde una posición jurisdiccionalista se entenderá que el árbitro posee la misión de juzgar en un sentido amplio y por esa razón su decisión queda asimilada a una sentencia que puede ser objeto de un recurso ante la jurisdicción<sup>66</sup>, en cambio, desde la estela contractual, el árbitro tendrá el poder que las partes le confieren dentro del ámbito permitido por la ley, desde esta óptica o la mixta la revisión del fallo dictado por el árbitro por la vía jurisdiccional se debe limitar a juzgar la presencia de mínimas garantías, porque las facultades conferidas por las partes para decidir no se transfieren a los demás tribunales.

Igualmente, de esta elección depende el régimen de aplicación temporal y espacial de las normas arbitrales y sus criterios de interpretación e integración de lagunas legales<sup>67</sup>, así, optar por una posición mixta implicaría necesariamente precisar cuáles, de entre las normas reguladoras del arbitraje, son sustantivas y cuáles, por el contrario, son procesales<sup>68</sup>, con el objeto de fijar los respectivos ámbitos de aplicación. Otro tanto cabe comprender respecto de los tipos de responsabilidades en que puede incurrir un árbitro. En otras palabras, la inclinación que finalmente se realiza por su naturaleza no presenta un contenido vacío, abstracto o meramente teórico, sino que la adopción de una de ellas conlleva la aceptación de una serie de consecuencias prácticas en la institución del arbitraje que deben ser tomadas en consideración con una visión de trascendencia, ya que de ella se impregnarán y dispersarán alcances prácticos muy relevantes. En este escenario, nos importa situar las consecuencias de la tesis jurisdiccional

---

<sup>64</sup> Con justa razón P. Perales Viscasillas arguye que si se opta por entender que la naturaleza jurídica del arbitraje es jurisdiccional, ello dictará una postura más rigurosa en torno a los poderes que pueda asumir el árbitro; ya que éste sólo tendrá encomendadas aquellas funciones que son típicas de un juez; por el contrario, una inclinación hacia la naturaleza contractual conllevará a que las figuras y los poderes del juez y del árbitro no se vean estrictamente como intercambiables, por lo que el árbitro podrá extender su jurisdicción a la determinación de cuestiones que no sean con rigor litigiosas. Para Perales, la línea evolutiva de la institución arbitral, “demuestra un acercamiento progresivo hacia las tesis contractuales”, lo que hace que, en estos momentos, la institución arbitral se incline hacia dicha tesis. *Arbitrabilidad...*, *op.cit.*, pp. 29-31.

<sup>65</sup> En este sentido, *Vid.* J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de al justicia”, *Rev. Derecho Privado y constitución*, N° 19, año 13, 2005, pp. 55-91.

<sup>66</sup> *Cf.* J.C. Fernández Rozas, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, 2007, pp. 627-628; también “Ámbito de actuación...”, en *La nueva ley de arbitraje*, (Dir.), *op.cit.*, pp. 70-71.

<sup>67</sup> *Vid.* S. Barona Vilar, *Comentarios...*, *op.cit.*, pp. 53-54.

<sup>68</sup> I. Díez-Picazo y J. Vega Torres, *op.cit.*, p. 104.

adoptada en Chile con el objeto de contornear, en mayor o menor medida, los efectos de la posición adoptada.

## **B. TRASCENDENCIAS DE ESTA PARTICULAR TESIS.**

- El arbitraje como parte integrante de la administración de justicia.

Como adelantamos, el legislador no se ocupa de definir lo que es el arbitraje, pero sí de explicar lo que ha de entenderse por “jueces árbitros” en el Art. 222 del COT<sup>69</sup>. La normativa siguiente a la referida disposición apunta a regular el carácter de su nombramiento, calidad en que pueden desempeñarse, requisitos que han de cumplirse, asuntos que deben resolverse por árbitros y los que no pueden serlo bajo ningún respecto, entre otras materias, todas ellas relacionadas con la figura del “juez árbitro” y su ámbito de atribuciones.

Si bien la aludida definición no nos entrega muchos elementos de análisis en cuanto a su naturaleza jurídica, sí lo hace el Título del que forma parte este artículo intitulado “De los jueces árbitros” (IX) y su ubicación normativa, ya que este apartado resulta ser la consagración de lo preceptuado en el Art. 5º del mismo cuerpo legal que se inserta en el Título I del referido cuerpo normativo que trata “Del poder judicial y de la administración de justicia en general” y que da cuenta de los tribunales a los que corresponderá el conocimiento de todos los “asuntos judiciales” que se promuevan dentro del territorio de la República, entre los que se encuentran los “jueces árbitros”. De esta forma, el COT se ocupa del arbitraje, no en cuanto a institución – como anteriormente explicamos- sino que lo hace de manera subjetiva y funcional en relación a uno de sus elementos, esto es, la labor del “juez árbitro”, que no se aparta del actuar estatal de administración de justicia, sino que por el contrario, emerge de dicho postulado.

Así las cosas, el legislador entiende al arbitraje sólo como parte integrante de un quehacer funcional-estatal de brindar justicia a los ciudadanos. Este resulta ser el primer eslabón en aras de concebir al árbitro como un juez estatal, dado que en la forma como está regulado se hace prácticamente imposible explicar las funciones arbitrales desde otra perspectiva que nos sea la asociada con esta jurisdicción. Este proceder equivale a mutilar parte importante de los fundamentos arbitrales en el sentido que un auténtico instituto arbitral se concibe al margen de la jurisdicción estatal, es decir, con un carácter autónomo.

---

<sup>69</sup> El precepto señala al señalar que: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”

- El árbitro como órgano del Estado.

De la mano de lo anterior se arguye que los árbitros son verdaderos órganos del Estado<sup>70-71</sup>. El razonamiento es el siguiente: los tribunales arbitrales están mencionados en el Art. 5º del COT a propósito del funcionamiento del poder judicial y la administración de la justicia chilena y si la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece a los tribunales establecidos por la ley (Art. 76 CP y 1º COT), y el COT es la ley orgánica constitucional que fija la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República, entonces los árbitros presentan un carácter público o de tribunales de la Nación sometidos a la Superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema (Art. 82 CP).

Por lo demás, si en el texto del Art. 76 de la Ley Fundamental, definitorio del alcance de la jurisdicción pública, no se menciona explícitamente la que existe y ejerce por la vía arbitral, y ésta se establece, define y organiza en la normativa legal que tiene su fuente justamente en el mandato de la citada norma fundamental, en su desempeño se proyecta la plena vigencia de todos los principios y características del Poder Judicial, compatibles con las especialidades inherentes a las particulares de su origen y marco de funcionamiento. En definitiva, los árbitros son tribunales que forman parte del poder judicial y, por tanto, constituyen órganos del Estado<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> En este sentido A. Silva Bascañán afirma que “Si el título de la función de árbitro sólo se origina en la selección de las partes, cuando su nombramiento no deriva directamente de la magistratura competente, en uno u otro caso lo convierte en agente de la sociedad organizada...En virtud de esa calidad se constituyen los árbitros en órganos del Estado, a quienes se aplican los preceptos de la Constitución contenidos en el Capítulo sobre Bases de la Institucionalidad...”. “La justicia...”, *op.cit.*, pp. 106 y sgtes. En el mismo orden de ideas, E. Picand Albónico sostiene que “los árbitros gozan, como tribunales de la nación, de la misma potestad jurisdiccional que los tribunales ordinarios, y aunque no posean imperio para ejecutar sus laudos, no podemos desconocer la facultad que tienen para administrar justicia; calidad, derechos, condiciones y prohibiciones que detentan y que transforman a estos simples ciudadanos del pueblo en verdaderos funcionarios públicos del Estado...en consecuencia la justicia de los árbitros sigue siendo tan pública como la que ejercen los tribunales ordinarios”, “Algunas reflexiones...”, *op.cit.*, pp. 201-204; C. Illanes afirma, a su vez, que los árbitros son Jueces de la República. Tienen potestad jurisdiccional y competencia para conocer de aquellas materias en el orden temporal que le encarguen las partes, “La interpretación contractual en el juicio arbitral”, publicado en *microjuris.cl* (MJD173, 10 de octubre de 2007).

<sup>71</sup> Son pocos los autores que manifiestan lo contrario, entre ellos, D. Figueroa Hernández, *Impugnabilidad en Chile de las decisiones arbitrales internacionales*, Santiago de Chile, 2001, p. 84.

<sup>72</sup> Desde la perspectiva de la “incorporación sustancial plena a la judicatura arbitral a la función jurisdiccional del Estado”, A. Silva Bascañán aplica al hecho una sentencia de la CA de Santiago de 25 de julio de 1995, que declaró que “la falta de imperio del árbitro no le impide conocer de asuntos que dicen relación con su propia competencia, jurisdicción o inhabilidades, en razón de no existir norma que sustraiga expresamente dichas materias de su

Como jueces estatales tienen como mayor novedad el no ser nombrados directamente por el Estado, sino que por las partes o en subsidio por la justicia ordinaria<sup>73</sup>, en tal carácter deben prestar juramento antes de cumplir su tarea (arts. 236 COT, 646 CPC y 1348 CC), pueden plantear cuestiones de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, entre otras consecuencias, y siendo así, los árbitros han de procurar concretar en la práctica las ventajas a él asociadas al preferirse esta “especie de jurisdicción”<sup>74</sup>.

- Control de las sentencias arbitrales.

Las consecuencias de los citados planteamientos no son menores y se traducen en un excesivo y completo control estatal de las sentencias pronunciadas por los tribunales arbitrales al concebirse a los árbitros como integrantes de una entidad completamente jerarquizada aunque sin una cabida concreta. La visión que se adopta en tal sentido limita al arbitraje en su esencia, pues, como se comprenderá, el regular al árbitro como un tribunal perteneciente a la maquinaria estatal, provocan una serie de consecuencias atinentes al valor de la sentencia por él pronunciada y sus posibilidades de revisión por los tribunales ordinarios, provocando un foco de distorsión de la actividad arbitral por medio de la filtración de la actividad “jurisdiccional” propiamente tal. Ello se reconoce legalmente en los arts. 239 COT y 242 CPC, principalmente en los fallos que dicen relación con los árbitros de derecho, donde se parte del supuesto que tales sentencias son recurribles por los mismos recursos y ante los mismos tribunales que conocerían de ellas si se tratase de un proceso ordinario. Sólo si las partes renuncian a estos recursos anticipadamente, los tribunales ordinarios perderán tal competencia.

Esto contraría uno de los efectos asociados al convenio arbitral, concretamente el negativo, en el entendido que cuando las partes deciden someter un determinado asunto a la competencia de la justicia arbitral, renuncian a que dicho asunto sea conocido y juzgado por los tribunales ordinarios del Estado, de modo que si las sentencias pronunciadas por los árbitros se revisan por la justicia estatal en el fondo, esto debería entenderse como una vulneración de la voluntad de las partes y de la actividad arbitral que debiera ser autónoma e independiente. Por supuesto, ello no implica que los fallos arbitrales no puedan ser revisados en otras áreas como es el respeto de ciertas garantías procesales que no pueden ser ignoradas por el árbitro en la dictación de sus

---

conocimiento”, *loc.cit.*, p. 107. En nuestra opinión, sin embargo, esta declaración responde más bien al reconocimiento de los principios arbitrales básicos de esta institución, no a un encuadramiento de su jurisdicción.

<sup>73</sup> Cf. J. Colombo Campbell, *op.cit.*, p. 116.

<sup>74</sup> Así lo explica A. Silva Bascañán, *loc.cit.*, p. 107.

fallos, sino sólo en lo atinente al fondo de la cuestión debatida que se entiende conferida por las partes a un determinado tribunal arbitral.

## **VI. REFLEXIONES SOBRE LA POSICIÓN JURISDICCIONALISTA ADOPTADA: LA NECESIDAD DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO.**

Los cimientos de esta posición podrían resumirse en: 1. La ubicación legislativa del arbitraje primero en la LOT, luego en el COT y CPC y la interpretación que de dichas normas se realizó; 2. La descripción de los árbitros cómo jueces en el Art. 222 del COT; 3. La clasificación judicial de la que forman parte los tribunales arbitrales en el Art. 5º del COT; y 4. El hecho de que la jurisdicción sólo pueda ser ejercida por los tribunales estatales o el poder judicial (Art. 76 y sgtes. de la CP). Para una correcta comprensión de la materia que nos ocupa, procederemos a hacernos cargo sobre cada uno de estos puntos.

En relación al primero de ellos, cabe señalar que la interpretación que se realizó de las primeras legislaciones (LOT) que contenían la regulación arbitral no fue exacta y debe ser correctamente matizada. En efecto, recordemos que por esa época se expuso que el artículo 172 –que es idéntico al actual 222 del COT–, “había hecho del arbitraje una jurisdicción...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>75</sup>. Este comentario y la respectiva norma se interpretó en el sentido que el legislador había abandonado la tesis contractual y abrazado, en cambio, la tesis jurisdiccional, la que se ha mantenido hasta el día de hoy, sin embargo, si indagamos en sus aspectos históricos la intelección de aquella norma varía sustancialmente.

El legislador al hacer abandono de la cláusula penal, no optó necesariamente por una vertiente jurisdiccional, sólo desechó una antigua práctica utilizada desde los orígenes del arbitraje, cuando la sentencia dictada por el árbitro carecía de la eficacia de una sentencia judicial. Para ello, se debe considerar que las bases históricas de la institución arbitral nos muestran un camino donde han confluído múltiples intereses según ya hemos explicado. El arbitraje, desde sus orígenes, tuvo una raigambre marcadamente contractualista que poca vinculación tenía al Derecho procesal, fueron principalmente las pretensiones de los comerciantes los que impulsaron darle al laudo arbitral la eficacia de una sentencia judicial y con ello se provocó un desvío de sus primeras inspiraciones y objetivos, en otras palabras, lo que ocurría es que el laudo arbitral en sus inicios, no tenía el valor de sentencia judicial y por ello se pactaba, junto con

---

<sup>75</sup> Posición adoptada por Ballesteros, citada por A. Romero Seguel, “La independencia...”, *op.cit.*

el arbitraje, una cláusula penal cuyo objetivo era precisamente obligar a su cumplimiento<sup>76</sup>. Con el transcurso del tiempo esta práctica se debilitó porque la sentencia adquirió valor de cumplimiento por sí sola y como tal se hacía innecesario mantener la aludida pena, sin embargo, en muchos ordenamientos se la mantuvo a pesar del citado alcance. Desde esta óptica, lo que hizo el legislador chileno fue precisamente no participar de esta idea, sino que optó derechamente por la fuerza del fallo arbitral como un equivalente jurisdiccional<sup>77</sup>. De este modo, el hecho de consagrar o no la cláusula penal, no decía relación con la adopción de una determinada naturaleza jurídica del arbitraje, sino que con el reconocimiento de la eficacia del fallo arbitral y la autosuficiencia de la institución arbitral. Del mismo modo que si se hubiese incorporado la pena, ello tampoco habría implicado que se optaba por la tesis contractual, sino

---

<sup>76</sup> F. De Castro y Bravo explica que en la construcción jurídica del arbitraje del Derecho romano no era dado a los particulares conferir a otra persona funciones judiciales, ni otorgarle a su decisión la eficacia de una sentencia judicial. Esta dificultad se salvaba ingeniosamente mediante la estipulación de una pena pecuniaria, que habría de pagar la parte que no cumpliera lo ordenado por el árbitro, a la parte que estaba conforme con la sentencia arbitral. De esta forma, la estipulación de la pena será un elemento esencial del compromiso que le impregnará fuerza jurídica y le distinguirá del consejo u opinión autorizada. Con Justiniano se retoca la figura arbitral ya que al estimar que la pena era insuficiente, se refuerza el cumplimiento de la sentencia por medidas indirectas: primero, mediante la santidad del juramento y luego, con la presunción legal de una confirmación tácita, por el silencio durante el breve plazo de 10 días. Con las Partidas se mantiene un espíritu fiel a la concepción contractualista o privatista del Digesto, así, se considera esencial que se establezca en el compromiso una pena para la que se negase a cumplir la sentencia arbitral, ya que el laudo carecía de fuerza obligatoria. En el Derecho Castellano, se produce un vuelco al considerar que los laudos arbitrales habrían de tener fuerza ejecutiva por sí mismos. Tal derecho recibe una más amplia autoridad al ser recogidas en la Nueva y en la Novísima Recopilación, lo que facilitará el que se las aplique no sólo en Castilla, sino que también en otros Reinos españoles, con el resultado de que, mientras por una parte se sigue considerando requisito indispensable la estipulación de una pena, por otra se afirma que el laudo tiene fuerza ejecutiva por mandato legal, aunque con amplias posibilidades sobre su impugnación. “El arbitraje y la nueva lex...”, *op.cit.*, pp. 624-638.

<sup>77</sup> En este contexto debe comprenderse que Chile albergó muchos de los lineamientos legislativos franceses y españoles de la época. Frente a ello se debe considerar que Francia eligió el camino procesal como sistemática regulatoria para el arbitraje y España, en cambio, lo hizo desde una óptica dual, es decir, de una combinación entre el CC y la Ley de Enjuiciamiento civil, siendo la diferencia más crucial entre ambos sistemas el hecho que mientras el Código francés abandona la idea de imposición de una pena frente al incumplimiento, la Ley de Enjuiciamiento española mantendrá esta idea bajo la estipulación de una multa. En efecto, con el movimiento codificador, Francia reguló el arbitraje en el CPC (Arts. 1003 a 1.038 inclusive), y ninguna norma se dedicó al compromiso en el CC; el Derecho español, por su parte, tratará al compromiso en el Proyecto de Código Civil de 1851, rotulado “De las transacciones y compromisos”, en el que se dedican tres artículos al compromiso (1730, 1731 y 1732), mientras que el procedimiento se regula en la Ley de Procedimiento civil de 1855, en cuya primera parte se encuentra el título XV “Del juicio arbitral” (Arts. 770-818) y el título VI “Del juicio de amigables componedores” (arts. 819 -836), entre ellos se estipula una multa que habrá de pagar la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realización del compromiso y otra multa para el que se alzase del fallo.

que sólo se habría seguido la senda de otras legislaciones que, en con ánimo de imprimir aún más eficacia al laudo, elegían mantener ambas dimensiones de exigibilidad.

Ahora bien, el hecho que las normas arbitrales se incorporaran en una ley de organización de tribunales y luego en dos Códigos de carácter eminentemente procesal o adjetivo tampoco puede ser considerado como un hecho concluyente o decidor, ya que ello obedece, una vez más, a los avatares históricos de los que ha sido objeto el instituto arbitral. Esto sucede porque si bien las fuentes normativas de la institución arbitral desde sus orígenes fueron contractuales por antonomasia, al brindarle a la sentencia arbitral un carácter obligatorio, las normas procesales tomaron más fuerza de modo que el arbitraje comenzó a compartir dos estadios normativos complementarios: el sustantivo y el adjetivo; sin embargo, llegado el proceso codificador, los legisladores debieron elegir entre incluir al arbitraje en uno de estos cuerpos legales. El legislador chileno optó por esta última vía básicamente porque quiso brindarle fuerza ejecutiva al laudo arbitral, lo que obligaba a hacerse cargo del procedimiento.

Cabe considerar que gracias a este proceso codificador, en aquella época habría sido impensable que el instituto arbitral pudiera estar regulado de un modo independiente o autónomo, todo debía encasillarse en una u otra vertiente, de manera que la decisión del legislador fue limitada y forzada y concluyó de manera práctica. En este contexto, debemos recordar que Francia eligió el camino procesal y España, en cambio, hizo una combinación entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento civil. Chile, siguió al primero de éstos, abandonando la idea española de regular al compromiso en el CC<sup>78</sup>. No vemos en dicha elección un interés legislativo claro en orden a querer arropar al arbitraje de una naturaleza “jurisdiccional” en particular, más aún, lo más probable es que los escenarios que hoy se vislumbran a propósito de dicha elección no fueran considerados, ni previstos en aquellos tiempos.

Ciertamente la situación hoy en día es diversa, ya que el arbitraje se ha ganado un espacio particular que rehúye las clásicas ideas del “encasillamiento codificador”, de manera que es frecuente que el arbitraje sea regulado, siguiendo este criterio, en un cuerpo normativo independiente y autónomo, con la pretensión de despojarse de cualquier tipo de confusión. Si bien esta individualidad era débil en sus comienzos<sup>79</sup>, lo cierto es que en la actualidad nadie parece dudar que aquél es el camino a seguir, principalmente a partir de la Ley Modelo UNCITRAL que estableciendo un patrón independiente ha motivado a diversas legislaciones a

---

<sup>78</sup> Vid. Nota anterior. Si bien, hubo un intento del legislador por regular al compromiso en conjunto con la transacción en el proyecto del CC de 1853, tal iniciativa no llegó a prosperar. Vid. *Supra*.

<sup>79</sup> A modo de ejemplo, España fue una de las legislaciones pioneras al configurar el arbitraje de manera independiente en la Ley arbitral de Derecho privado (LADP) de 1953.

imprimir y consagrar la citada Ley de una manera similar en sus propios ordenamientos no sólo en relación al campo internacional, sino también en el interno<sup>80</sup>.

Por otra parte, los antecedentes histórico-legislativos son útiles para explicar la anómala situación existente, toda vez que los primeros legisladores fueron extremadamente sensibles al derecho foráneo, especialmente al español que en esa época abrazaba la idea “jurisdiccional” del arbitraje; sin embargo, mientras la legislación arbitral chilena se mantuvo en un compartimiento estanco, los modelos normativos seguidos – preocupados por la maduración de la institución – presentan a la fecha variadas modificaciones y avances en esta materia<sup>81</sup>, entre las que por cierto se encuentra el completo abandono de la tesis jurisdiccional acuñada un día<sup>82</sup> en el convencimiento y aceptación de que la actividad arbitral no debe ser necesariamente explicada desde la óptica jurisdiccional-estatal.

En cuanto a la descripción de los árbitros como jueces, si bien el legislador señala que “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso” (Art. 222 COT), disposición que ha alentado la idea jurisdiccionalista abrazada por la doctrina y jurisprudencia chilena respecto del arbitraje básicamente por la asimilación de los árbitros a “jueces”. Si bien la definición tiene un carácter

---

<sup>80</sup> Se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en: Alemania, Australia, Austria (2005), Azerbaiyán, Bahrein, Bangladesh, Belarús, Bulgaria, Camboya (2006), el Canadá, Chile, China: Hong Kong y Macao, regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia, Dinamarca (2005), Egipto, España, Estonia (2006), la Federación de Rusia, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, la India, Irán (República Islámica del), Irlanda, el Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Madagascar, Malta, México, Nicaragua (2005), Nigeria, Noruega (2004), Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, el Perú, Polonia (2005), la República de Corea, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia y las Bermudas, territorio de ultramar, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Turquía (2001), Ucrania; los Estados Unidos de América: California, Connecticut, Illinois, Louisiana, Oregón y Texas; Zambia, y Zimbabwe. Mayor información se puede consultar en la página oficial de la CNUDMI/UNCITRAL <http://www.uncitral.org>

<sup>81</sup> Vid. M.F. Vásquez Palma, “Nueva Ley de arbitraje comercial internacional en Chile. Análisis comparativo con la ley española”, en *Rev. Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2005.

<sup>82</sup> Las primeras leyes procesales españolas (LEC 1855 y 1881) configuraban al arbitraje como una figura netamente jurisdiccional. En 1889 se efectuó una regulación del arbitraje en el CC, y esto propició el debate sobre la naturaleza jurisdiccional o contractual que aún pervive. La LADP (1953) tuvo la virtualidad de zanjar la dualidad normativa, pero se tendía a una jurisdiccionalidad de la institución, mimetizando el arbitraje con los procedimientos jurisdiccionales, de tal forma que la figura del árbitro y juez se identificaban, así como sus funciones y poderes. La LA de 1988, en cambio, estableció en el arbitraje un origen contractual en diversos preceptos, como el Art. 1º relativo a la definición misma del arbitraje o el Art. 5º relativo al convenio arbitral.



restringido, en cuanto además de concebirlos como jueces no emplea otros criterios descriptores, sino que más bien señala la forma de su nombramiento, consideramos que aquella no involucra necesariamente la adopción de la aludida tesis jurisdiccional. La función del árbitro es indiscutible: resuelve y falla un asunto controvertido entre las partes que le otorgan tan carácter y, desde este punto de vista, su labor es la de un juez, pero ello no implica que deban concebirse como jueces estatales y, por tanto, jurisdiccionales<sup>83</sup>. Lo que ocurre es que, como pasaremos a explicar seguidamente, se asocia la idea de juzgar a la jurisdicción estatal de manera que no se concibe que otros órganos que no sean “jurisdiccionales o estatales” puedan desarrollar tal labor, lo que a nuestro juicio constituye una falacia. Baste por ahora con señalar que el árbitro no es un órgano jurisdiccional y no por ello su función natural de juzgar se desdibuja, para ello ha de considerarse que la labor jurisdiccional no sólo consiste en “juzgar”, sino que además comprende otros estadios de los que no siempre goza el árbitro.

Por otra parte, no puede predicarse respecto de los árbitros el carácter de funcionarios públicos dado que no son nombrados como tales, no reciben sueldo estatal, y más importante aún, el carácter de “órgano del Estado” no se presume, debe ser señalado expresamente en la ley y ello no ocurre con los jueces árbitros ya que no existe ninguna norma legal que así lo disponga, a lo que se debe agregar que no forman parte del poder judicial.

El segundo de los puntos en discusión, esto es, la incorporación del “tribunal arbitral” en el Art. 5º del COT, también puede ser puesto en tela de juicio para los efectos que nos ocupa, ya que si bien la aludida disposición se ubica en el primer apartado del Código titulado “Del poder judicial y de la administración de justicia en general”, al incluir al “juez árbitro” en el aludido precepto se le dejó en una zona oscura o a lo menos confusa<sup>84</sup>. Fluyen de esta disposición al menos dos

---

<sup>83</sup> En este sentido, J.A. Marín Gámez sostiene que el error de partida consiste en considerar que el arbitraje es o puede ser una manifestación de la potestad jurisdiccional. La labor arbitral tiene una proyección exclusivamente funcional, es decir, que únicamente sirve para justificar un acto de enjuiciamiento parecido al que realizan cotidianamente los órganos jurisdiccionales del Estado. Pero nada más, puesto que la tarea de *iuris dictio* que realizan los tribunales arbitrales tiene sentido tras una sucesión de hitos procesales y garantistas, de modo que mal podría verse el arbitraje desde la óptica de la jurisdicción o de su potestad que está reservada a los tribunales de la nación. “Aproximación a la problemática jurídico – constitucional del arbitraje”, *Rev. de Derecho Privado y Constitución*, N° 16, 2002, pp. 223-257. También disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=182991>

<sup>84</sup> En efecto, el Art. 5º del COT prescribe: “A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes. Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Corte, los tribunales de juicio oral en lo penal,

cuestiones: 1. En el primer inciso se reconoce que estos tribunales pueden tener diversa naturaleza o calidad, de modo tal que no es concluyente en el sentido de indicar que los tribunales allí señalados pertenecen al poder judicial o que ellos deban ser necesariamente estatales; y 2. A los tribunales arbitrales se les deja en una zona claramente nebulosa y confusa<sup>85</sup>, ya que no se señala que formen parte ni de los tribunales ordinarios, ni de los especiales, de modo que a priori no podrían entenderse como parte integrante de este “poder judicial”.

La pregunta que surge, entonces, es por qué se incorpora a los tribunales arbitrales en esta disposición si no forman parte del poder judicial. La respuesta no es sencilla de alcanzar, pero los hilos lógicos e históricos antes visitados nos dan cierta luz: no había otro sitio donde incorporarlos, dado que como explicamos el fenómeno codificador no daba muchas posibilidades. Pero, ¿por qué incorporarlos en este apartado?, en nuestra opinión aquí es donde reside una de las mayores problemas que originan esta confusión, ya que el planteamiento de fondo que se alberga es que la jurisdicción, en cuanto función de juzgar, sólo puede ser ejercida por los tribunales estatales (Art. 76 CP), de modo que si bien los tribunales arbitrales no pueden – por su naturaleza- formar parte del poder judicial (y así lo reconoce el legislador al no haberlos incorporado en dicha ordenación y la CS cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre esta temática), debían quedar incorporados en la disposición que regula la administración de justicia por entenderse como privativa del Estado. En otras palabras, si la jurisdicción es una facultad estatal, nadie que no posea dicho carácter puede ejercerla y los tribunales arbitrales no pueden ser la excepción, empero, como tampoco pueden formar parte del poder judicial, entonces, se les deja en una zona incómoda que trata de salvarse doctrinaria y jurisprudencialmente afirmando categóricamente que éstos si son tribunales estatales, aunque no formen parte del poder judicial, situación que por supuesto no logra convencer.

---

los juzgados de letras y los juzgados de garantía. Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales, los juzgados de familia, los Juzgados de Letras del Trabajo, los Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional y los Tribunales Militares en tiempo de paz, los cuales se regirán en su organización y atribuciones por las disposiciones orgánicas constitucionales contenidas en la ley N° 19.968, en el Código del Trabajo, y en el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias, respectivamente, rigiendo para ellos las disposiciones de este Código sólo cuando los cuerpos legales citados se remitan en forma expresa a él. Los demás tribunales especiales se regirán por las leyes que los establecen y reglamentan, sin perjuicio de quedar sujetos a las disposiciones generales de este Código. Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código”.

<sup>85</sup> En igual sentido, para A. Romero Seguel, esta distinción resulta ser una derivación de la organización de la administración de justicia surgida del régimen de separación de poderes, que dejó al arbitraje en una zona gris, dando lugar a problemas que no son fáciles de resolver. “La independencia...”, *op.cit.*, p. 510.

Si bien la Corte Suprema ejerce un poder fáctico sobre los tribunales arbitrales no lo hace porque éstos últimos formen parte del poder judicial, sino porque se les encomienda la supervigilancia de aquellos por vía legal, lo que se explica por el carácter confuso de su regulación y la idea monopolizadora de la función de “juzgar”. Adicionalmente, si se revisan las normas penales contenidas en el Código del ramo se llegará a idéntica conclusión toda vez que no se tipifica respecto de los árbitros ningún delito en calidad de “funcionario público”, de manera que aunque el árbitro es un juez (porque lo es, aunque no de carrera o del orden judicial), no es un empleado público en sentido propio<sup>86</sup>. Finalmente, si bien la jurisprudencia al referirse a la función que desempeñan los árbitros lo hace aludiendo a una “función pública” ello no es más que el resultado de las disposiciones legales que antes hemos estudiado y se puede comprender bajo la lógica que ciertas personas privadas pueden ejercer funciones pública, pero ello no puede dar pábulo para sostener que éstos constituyen verdaderos “órganos públicos”.

La intelección común de jurisdicción alude al ejercicio de un poder estatal, a nombre y por el Estado. La jurisdicción comprende básicamente tres facultades o funciones: conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Art. 76 CP y 1 COT) y si bien los árbitros desempeñan las dos primeras de estas funciones, no pueden hacer lo último, de modo que no puede afirmarse en estricto derecho que aquellos ejercen una actividad jurisdiccional. Para comprender lo anterior, se debe partir de la premisa que la facultad de juzgar, en cuanto tal, no es privativa del Estado y de sus órganos judiciales, pensar lo contrario obligaría a sostener que existe un monopolio judicial por parte del Estado y ello carece de todo asidero, por cuanto, de la misma forma como los particulares pueden crearse circunstancialmente un Derecho privado propio, con tal que no sea contrario a las leyes, a la moral y el orden público, del mismo modo, pueden instituir una jurisdicción casual propia para la resolución de determinados asuntos, confiándose a terceros árbitros sus disputas<sup>87</sup>.

---

<sup>86</sup> Sobre el particular, A. Etcheverry explica que si así no fuere, la Comisión Redactora del Código Penal no habría tenido necesidad de agregar a los árbitros (al igual que el Código español que fue su modelo) como posible sujeto activo de un delito cuyo autor es un “empleado público”, según se hace notar en el Art. 240. El Art. 260 que establece quiénes son empleados públicos para los efectos de los delitos funcionarios del Título V del Libro II, dice que “se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública”, y si podría pensarse que la administración de justicia, aunque sea en un caso particular, es una función pública, el Art. 260 continúa señalando que este cargo o función debe desempeñarse “sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él”, y el árbitro no se encuentra en ninguno de estos casos. “Aspectos penales del arbitraje”, en *Estudios de arbitraje*, *op.cit.*, pp. 237-259.

<sup>87</sup> Sobre la materia, J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado...*, *op.cit.*, p. 27; S. Leible, “El arbitraje en Alemania”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, (Coord. S. Barona), *op.cit.*, pp. 158-159; R. Caivano “El arbitraje: nociones introductorias”, *Rev. Electrónica de Derecho Comercial*, disponible en <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/arb-001.pdf>, pp. 2-5;

El raciocinio anteriormente dibujado entronca con la norma constitucional que atribuye un carácter exclusivo a la jurisdicción en el Art. 76 de la Carta Política al señalar que “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley...”. Esta norma es la primera del capítulo VI denominado “Poder Judicial”, dato que no es menor si se considera que la primera vez que se incorporó este precepto a la cultura jurídica chilena fue con la CP de 1833 en su artículo 108, sin embargo, ésta se ubicaba en el Título VIII intitulado “De la administración de justicia”. Vemos en ello un matiz diferenciador en la comprensión de ambas normativas pues - pese a estar redactadas en idénticos términos-, podría comprenderse que en la CP actual reduce el ámbito de aplicación de esta norma sólo al poder judicial, a diferencia de lo que hacía la de 1833. Si se considera el hecho que la justicia arbitral es ajena a este poder, el citado precepto no podría vulnerarse de modo alguno por cuanto está dirigido a tribunales específicos pertenecientes a aquél y no a los arbitrales, de manera que éstos últimos no deben entenderse como una proyección de este mandato jurisdiccional. Desde esta óptica, si los tribunales arbitrales no forman parte del poder judicial y no les son aplicables, por tanto, las normas en comento, habrá que decantarse por la idea que en la legislación chilena la facultad de “juzgar” no es exclusiva del Estado. Por el contrario, de seguir sosteniendo –a pesar de las evidencias descritas anteriormente- que los árbitros ejercen dicha jurisdicción, habría que afirmar que éstos forman parte del poder judicial lo que es ciertamente falaz<sup>88</sup>.

El principio según el cual el poder judicial está confiado a los jueces estatales, afecta el ámbito de los poderes ejecutivo y judicial, en cuanto división de poderes<sup>89</sup>, de manera que la norma en comento y las siguientes se refieren a la organización de la jurisdicción estatal y a la relación entre ciudadano y Estado y no a pactos privados sobre resolución de controversias. Bajo este prisma ha de recordarse que la raíz del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad de los particulares, de manera que si se debe buscar un cimiento constitucional de su consagración no debe hacerse desde la óptica jurisdiccionalista necesariamente, sino más bien en el reconocimiento de la “libertad” de los ciudadanos como principio fundamental y valor superior del ordenamiento. En otras palabras, del mismo modo como la Constitución Política establece la jurisdicción estatal, también reconoce a los particulares el principio fundamental de la libertad y la

---

<sup>88</sup> Son predicables a este respecto las palabras de J. Montero Aroca (et.al) cuando decía que en una sociedad que no ha sabido articular medios de solución basados en la autonomía de la voluntad y que ha tendido y tiende a judicializar todas las controversias, hasta las más nimias, provocan una cultura estatista que se ha acostumbrado a buscar en el Estado y en sus jueces al solución a todos los problemas, ello provoca la falta de una “cultura arbitral”, *Comentario breve a la ley de arbitraje*, Ed. Thomson- Civitas, Madrid, 2004, pp. 11 y sgtes.

<sup>89</sup> Se trata del clásico principio de separación de poderes, el cual no se contrapone a la admisibilidad de una jurisdicción privada. Sobre el particular, *Vid.*, S. Leible, “El arbitraje...”, *op.cit.*, p. 160.

renunciabilidad de los derechos concedidos por las leyes, no siendo contrario a la moral, al orden y al interés público<sup>90</sup> y es en este contexto donde debemos ubicar el arbitraje.

Visto desde esta perspectiva, el arbitraje si bien no tiene una consagración expresa en la CP, su base es posible encontrarla en las normas que reconocen la libertad y la igualdad de las personas y el hecho que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (Art. 1º). En esta línea se ha esgrimido que aún cuando la Constitución no contenga una referencia explícita en relación al arbitraje, constituye un deber habilitar la integración de la función arbitral en el seno de una más amplia función jurisdiccional orientada a la defensa de los Derechos subjetivos a la realización de la justicia y ha de ser también la Constitución la que suministre los principios y valores esenciales para el desempeño de esa función tanto en sede jurisdiccional como arbitral, tales como los principios de igualdad de las partes, audiencia y contradicción.

A mayor abundamiento debemos considerar que este clásico rol omnipresente del Estado, como ente detentador del poder jurisdiccional de una manera privativa y excluyente, se logra explicar a partir de las concepciones acuñadas en el S. XX, propias del Estado protector. Hoy en día, en cambio, tal modelo está en franca retirada o a lo menos se ha ido matizando o equilibrando, debido a que los Estados están interesados en la adopción de los ADR (alternative/adequate Dispute Resolutions) que se ha desarrollado con fuerza en las últimas décadas siguiendo los sistemas anglosajones<sup>91</sup>. Este movimiento ha impulsado la búsqueda de medios alternativos que permitan tutelar al individuo, al ciudadano, que ayuden a buscar salida a sus dudas, interpretaciones o conflictos y que pueden ofrecer respuestas ágiles, económicas, menos formales y satisfactorias y fuera del cause del proceso judicial estatal<sup>92</sup>.

El empleo del arbitraje no supone una usurpación de las funciones jurisdiccionales que corresponden al Estado, o si se quiere, un desentendimiento por parte de éste de la función

---

<sup>90</sup> Cf. J.M. Chillón Medina y J. Merino Merchán, *op.cit.*, p. 32.

<sup>91</sup> Tal como expresa J.A. Marín Gámez, no hay discusión sostenible en torno a que el Estado monopolice la actividad consistente en administrar justicia, para la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, disponiendo y ordenando una estructura orgánica adecuada a tal fin, y estableciendo un proceso que sirva de cauce debidamente concertado, pero ello no significa que queden excluidos otros modos o métodos capaces de solventar las controversias en los que se encuentra el arbitraje. *op.cit.*, p. 232.

<sup>92</sup> Siguiendo básicamente una noción economicista. Vid. S. Barona Vilar, *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, *op.cit.*, pp. 25-31.

jurisdiccional inherente a su soberanía<sup>93</sup>, el proceso es lo único que el arbitraje toma prestado del Estado por mandato legal y por ello, sólo los arbitrajes que sigan el procedimiento establecido en la ley deberán respetar lo allí establecido. En tal sentido, la conclusión es que los árbitros no ejercen una potestad jurisdiccional que es exclusiva del Estado y, en consecuencia, poder o autoridad para decidir el derecho y jurisdicción estatal se encuentran en planos diferentes, dado que si bien las partes reconocen a los árbitros la autoridad para decidir, es el Estado quien le otorga una eficacia concreta, esto es, de cosa juzgada; este efecto se consigue mediante la instrumentalización de ese poder para decidir por medio del proceso. Por otra parte, el arbitraje no vulnera los postulados de unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción pues el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y, además, los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potestad jurisdiccional<sup>94</sup>.

A ello se debe añadir que el arbitraje presenta diferencias no menores con la jurisdicción estatal<sup>95</sup> entre las que cabe destacar que los jueces no son funcionarios públicos, su designación no la realiza el Estado; la competencia del árbitro proviene en principio de las partes, a diferencia de la competencia del juez que provienen directamente de la ley, el árbitro no tiene una competencia delegada de la autoridad pública, más allá de la habilitación general que las leyes estatales realizan hacia la existencia en abstracto de la institución arbitral. Los árbitros actúan en forma accidental y transitoria; no tienen imperio; y en el proceso arbitral normalmente no existe el principio de publicidad y el de gratuidad. Por otra parte, el arbitraje no consiente el traslado de todos y cada uno de los principios que informan los procesos judiciales estatales, por ejemplo, en esta institución, no es la demanda, sino el pacto de arbitraje el primer eslabón del proceso, el más importante y significativo. El origen no procesal separa al arbitraje como institución de la jurisdicción<sup>96</sup>, el arbitraje se desarrolla en el marco exclusivo del derecho privado, pero tal carácter no excluye en ningún caso la existencia de una serie de principios fundamentales de carácter procesal que deben ser respetados escrupulosamente toda vez que su no observancia es susceptible de poner en marcha de forma automática el cause de los recursos jurisdiccionales contra el laudo arbitral<sup>97</sup>.

---

<sup>93</sup> Cf. J.C. Fernández Rozas. "La Constitución mexicana y el arbitraje comercial", REV. Cuestiones Constitucionales, n° 16, 2007 Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/libre/rev/cconst/const/16/ard6.pdf>

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> Un estudio de estas diferencias es realizada, entre otros, por J.A. Marín Gámez, *op.cit.*, pp. 227-232.

<sup>96</sup> Cf. J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado...*, *op.cit.*, pp. 51-52.

<sup>97</sup> JC. Fernández Rozas señala al respecto que las legislaciones estatales acostumbra a incluir una serie de principios rectores que se encuentran no solo en las disposiciones generales de la ley sino en otras partes de ella,

El arbitraje no forma parte de la jurisdicción estatal, sino que es un medio de resolución de disputas extrajudicial<sup>98</sup>, en tal contexto una diferencia fundamental entre los tipos de cláusulas que afectan a la competencia, esto es, las de arbitraje y las derogatio fori, es que mientras las primeras transfieren la competencia que podría tener un tribunal a otro, la de arbitraje “crea” esa competencia que de no ser por ella no existiría<sup>99</sup>. Por lo demás, el árbitro está limitado por la voluntad de las partes a un determinado asunto<sup>100</sup> y por la ley a un determinado tipo de controversias, no dispone de poder de ejecución y su función es esencialmente discontinua en el tiempo<sup>101</sup>. Como consecuencia de lo anterior, es irreal que entre jueces y árbitros exista un conflicto de jurisdicción o de competencia, ya que en la base de toda la jurisdicción arbitral está la facultad de disposición de las partes sobre las controversias privadas que entre ellos surjan<sup>102</sup>. Debe comprenderse, por tanto, que el arbitraje corre en paralelo con la actividad jurisdiccional del Estado<sup>103</sup>, de modo que la jurisdicción le pertenece al Estado y sólo puede ejercerse por los tribunales que establece la ley, los árbitros no ejercen jurisdicción estatal, actúan en paralelo a ella y su origen reside en las libertades individuales reconocida en la Constitución Política<sup>104</sup>.

Finalmente, es preciso comprender que la tesis jurisdiccional en sentido estricto no plantea que los árbitros formen parte del poder judicial estatal, lo que esgrime es que el arbitraje se equipara más bien a la jurisdicción ya que es en esencia un proceso; porque en él concurren los tres elementos de la relación procesal: partes, litigio y el juez, la cosa juzgada del laudo, entre otras

---

razón por la cual puede ser difícil en algunos casos distinguirlos de las demás normas. *Vid., Derecho de los Negocios...*, *op.cit.*, p. 658-663.

<sup>98</sup> En esta línea, F. Orrego Vicuña aboga por la mantención de una distancia razonable del arbitraje con la justicia estatal y concernir al arbitraje como un sistema alternativo, “El arbitraje en un nuevo sistema internacional de solución alternativa de controversias”, *Anuario mexicano de Derecho internacional*, Vol. IV, 2004, disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=808423>

<sup>99</sup> E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op.cit.*, pp. 52-53; J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción...”, *op.cit.*, p. 63.

<sup>100</sup> Siguiendo a J. Montero Aroca, esto se comprende al concebir el origen del arbitraje en la autonomía de la voluntad, que a diferencia de la sola libertad, permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas. *Comentario breve...*, *op.cit.*, p. 20.

<sup>101</sup> En este sentido, J.C. Fernández Rozas, “Arbitraje y jurisdicción”, *op.cit.*, p. 59.

<sup>102</sup> Cf. E. Artuch Iriberry, *El convenio arbitral...*, *op.cit.*, p. 49.

<sup>103</sup> J.C. Fernández Rozas, “Constitución mexicana y arbitraje”, *loc.cit.*

<sup>104</sup> Por ello B.A. Ciurana, apunta a un esfuerzo por impulsar el arbitraje desde un punto de vista fuera del Estado y basado exclusivamente en la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, en su potestad de elegir en qué forma ha de resolverse la contienda que le ocupa. “Las instituciones arbitrales nacionales (desarrollo, fundamento y consolidación...), *op.cit.*, p. 85.

características<sup>105</sup>. De este modo, es cuestionable que la doctrina chilena señale con tanto ahínco que abraza la “tesis jurisdiccional”, porque lo que en realidad abriga es una tesis distinta que confunde arbitraje y justicia estatal. En base a estas consideraciones, seguir sosteniendo la naturaleza jurisdiccional del arbitraje en el Derecho interno resulta un descriterio que deberá enmendarse en el futuro.

## **VII. CONTRASTES ENTRE LA LEGISLACIÓN DOMÉSTICA Y LA INTERNACIONAL ADOPTADA.**

### **A. TESIS JURISDICCIONAL.**

El planteamiento antes esgrimido puede dimensionarse con toda claridad al oponer la nueva ley de arbitraje comercial internacional establecida en Chile (19.971), ya que esta ley se aparta de la regulación nacional en varios puntos al seguir muy de cerca de la Ley Modelo UNCITRAL. Así, esta ley nace de manera completamente independiente, no incorporada a ninguno de los Códigos procesales, lo que ciertamente presenta un claro reconocimiento a la autonomía de la institución. Los árbitros del arbitraje internacional no pueden comprenderse dentro del marco señalado para el Derecho interno, son sencillamente entes privados que desarrollan la función de juzgar por requerirlo la voluntad de las partes. La pregunta que aflora necesariamente es ¿cómo lidia esta ley con la concepción de justicia monopólica del Estado chileno?, ¿cómo puede explicarse esta situación? Ciertamente aquí no hay lugar a entender que los árbitros sean funcionarios públicos, ni mucho menos que pertenezcan al poder judicial chileno, de manera que esta ley demuestra cómo la facultad de juzgar no sólo habita en el Estado y su potestad jurisdiccional y, por lo mismo, la CS no puede ejercer sobre aquéllos ningún tipo de superioridad administrativa. Reconocerlo, implica reinterpretar el modelo arbitral chileno de derecho doméstico a la luz de las apreciaciones antes vertidas por tratarse básicamente del mismo fenómeno.

### **B. INSTITUTO ARBITRAL Y SUS PRINCIPIOS.**

De lo visto se colige que el arbitraje interno en Chile nunca ha sido reconocido como una institución, lo que se constata a partir de la revisión de las normas que regulan la materia. En efecto, el arbitraje se encuentra normado básicamente en dos Códigos procesales, el orgánico y de procedimiento civil, el primero se ocupa de la figura “Los Jueces árbitros” (artículos 222 a

---

<sup>105</sup> Vid. A modo de ejemplo: J.L. Gómez Colomer, “La configuración actual del arbitraje interno español. Una solución heterocompositiva de conflictos jurídicos de lento desarrollo”, en *Estudios de arbitraje*, op.cit., p. 848.



243); mientras que el segundo lo hace en relación al “Juicio arbitral” (artículos 628 a 644), de esta manera, no existe una visión de conjunto que es precisamente lo que da cuerpo y vida a esta institución, sino que sólo una preocupación por dos de los elementos conformativos de aquélla.

Ello implica aceptar que la legislación arbitral presenta claros e importantes vacíos, pues no regula, por ejemplo, todo el aspecto sustantivo del arbitraje, como el contrato arbitral, y el contrato celebrado entre las partes y el árbitro, no se ocupa del arbitraje institucional, ni de los criterios que en general deben seguirse para delimitar las materias que pueden arbitrarse. Lo anterior repercute necesariamente en todas las labores de interpretación de las normas arbitrales existentes, toda vez que tal función es realizada desde una óptica claramente procesal, y más aún jurisdiccional, olvidando por completo la naturaleza específica y autónoma de este instituto, la que consecuentemente no se define o entiende de acuerdo a la noción universal que existe sobre el instituto arbitral.

Dimanante de ello, la situación chilena del arbitraje interno es particular, dado que se restringe una correcta comprensión de los elementos no normados, y aún de los normados, y con ello, del instituto arbitral mismo, lo que necesariamente repercute en la dinámica y entendimiento del arbitraje en variados escenarios. La intelección que existe sobre el arbitraje interno contrasta notablemente con la concepción “moderna” del arbitraje que se ha perfeccionado en el área internacional, pues como señalamos, al adoptar la LACI Chile hizo suyos los supuestos y planteamientos existentes en la materia, tales como: el cabal reconocimiento que el arbitraje es una institución autónoma de la justicia estatal, la consagración de modernos principios arbitrales y, en general, la forma de ver y resolver cada uno de los puntos asociados a este instituto según el actual modelo paradigmático.

Entre las asimetrías existentes entre ambos regímenes, cabe enfatizar, por ejemplo, que el claro reconocimiento del que goza el principio de autonomía en el estadio internacional no puede sostenerse con tanta soltura en el arbitraje interno. Así, por ejemplo, la autonomía de la voluntad queda desplazada en el arbitraje doméstico ante la existencia de los mal llamados “arbitrajes forzosos”, a lo que se debe añadir que las partes no cuentan siempre con la posibilidad de configurar el procedimiento arbitral, ni otras cuestiones cruciales en el curso del arbitraje, ello más bien dependerá del tipo arbitral por el que se decanten las partes (Ej. Arbitraje ante arbitrador), por lo que la libertad de las partes se encuentra evidentemente disminuida.

### C. ÁRBITRO Y TRIBUNAL ARBITRAL.

Siguiendo con las diferencias, la que merece más reparos, a nuestro entender, es aquella que dice relación con la concepción que se tiene de los árbitros. En el arbitraje interno, éste tiene claros tintes jurisdiccionales, más aún, estatales, lo que se explica por el desorden legislativo generado a propósito de su ubicación. Efectivamente, la primera mención que alude a los árbitros en Derecho interno se sitúa en el Art. 5º del COT, que trata de la administración de los tribunales estatales y del poder judicial, y si bien no se señala de manera concreta que aquéllos pertenezcan a este orden, tampoco se indica lo contrario, lo que ha provocado la generalizada confusión doctrinal y jurisprudencial que los árbitros forman parte del poder judicial o al menos de la jurisdicción estatal, calificándolos de empleados públicos.

Uno de los mayores efectos que provoca esta lectura, es que la actuación de los tribunales ordinarios se presente en términos amplios y habituales en relación a la revisión de las sentencias arbitrales, incluso en su aspectos de fondo (Art. 239 COT y 242 CPC), en la convicción que aquél es el camino normal para conseguir seguridad en las decisiones arbitrales, a lo que debemos adicionar el carácter irrenunciable que presentan algunos recursos. De esta manera se provoca un proceso “compartido”, parte arbitral y parte estatal, lo que no sólo le resta autonomía al árbitro en relación a la justicia estatal, sino que también al arbitraje en sí mismo.

Igualmente, que las actividades y funciones arbitrales se expliquen desde la óptica judicial, provoca que las posibles responsabilidades e inhabilidades del árbitro se definan siempre desde dicho ámbito, como asimismo, que los tribunales superiores de justicia puedan controlar el actuar de los árbitros en su calidad de “superiores”, lo que evidentemente deja claramente establecido la inexistencia del principio de intervención mínima en el orden arbitral doméstico.

Este dato no es superfluo, entronca además con la tesis jurisdiccional que la legislación chilena profesa en relación al arbitraje. Tal creencia arranca principalmente de los primeros análisis que se realizaron sobre la Ley Orgánica de Tribunales (LOT), la ubicación legislativa de los árbitros y la definición del árbitro como juez (Art.222 COT). Como vimos pormenorizadamente más atrás, tal tesis es completamente superflua, por lo que es un error seguir abrazándola y proclamándola en el día de hoy.

#### **D. EL CONVENIO ARBITRAL.**

A diferencia de lo que sostiene la mayor parte de la doctrina chilena, consideramos que el pacto arbitral no goza de un claro reconocimiento en el modelo normativo del arbitraje interno, de hecho, las disposiciones que hacen alusión a esta figura no se presentan en términos unívocos, sino que dan lugar a diversas manifestaciones o significados.

Si bien la doctrina dibujó estos contratos en base a cierta normativa que se consideró pertinente, distinguiendo entre el compromiso y la cláusula compromisoria, lo cierto es que el resultado obtenido convence, básicamente porque se atribuye al nombramiento del árbitro un rol sin precedentes, lo que sólo logra acentuar una dispar eficacia y configuración entre ambos conceptos. Nosotros nos apartamos de esta idea, por considerar que no existe ninguna razón para afirmar que el compromiso deba seguir las formalidades del Art. 234 del COT, y la cláusula compromisoria no. Por ello, estimamos que la jurisprudencia deben alejarse de estas elucubraciones, considerando que aquéllas se encuentran hoy en día completamente obsoletas por su inutilidad. En tal contexto, destacamos que el derecho arbitral moderno no distingue entre estas nociones, sólo hace referencia de una manera genérica al acuerdo arbitral (Art. 7 LACI) y cuando se refiere a la cláusula arbitral o compromisoria no lo hace para aludir a un tipo diferente de acuerdo, sino más bien a una posible modalidad pues el pacto arbitral podría presentarse en un documento autónomo, o bien formando parte de otro contrato.

Derivado de lo anterior, los efectos del convenio arbitral no se encuentran regulados de una manera clara, ni se rigen por normas específicas, sino que por el contrario, se deben hacer valer a través de las normas comunes del Derecho procesal y de las obligaciones. Ello provoca una pérdida de eficacia de la institución, pues los citados caminos dejan un margen de maniobra relativamente amplio para el ejercicio de las mismas, a diferencia de lo que ocurre con la LACI, que presenta un escenario más eficiente frente al tema. En relación a las causales de ineficacia, manifestamos nuestra preocupación ante la existencia del camino de nulidad civil que se puede hacer valer en estos casos. Esta vía es verdaderamente desconcertante pues puede utilizarse pasados varios años desde la dictación del laudo arbitral y aún cuando éste se encuentre completamente ejecutoriado. La gravedad del asunto reside en que de acogerse esta acción, se provocará no sólo la nulidad del contrato arbitral, sino que de todo el proceso arbitral, albergando una enorme inseguridad en estas decisiones, pues para que una sentencia arbitral se estime realmente firme habrá que esperar el plazo de caducidad de la interposición de esta acción.

Corolario de la falta de tratamiento del contrato arbitral, es la ausencia total de criterios que tiendan a dibujar la arbitrabilidad objetiva, es decir, qué delimiten con claridad las materias que pueden someterse a arbitraje en el derecho chileno doméstico. La normativa doméstica sólo se limita a señalar las materias que no pueden someterse a un arbitraje de modo alguno (Arts. 229 y 230 COT) y aquéllas que si deben hacerlo (Art. 227 COT), no obstante, lo cierto es que estas pautas no nos entrega datos concluyentes para definir lo que ha de entenderse por arbitrable o no, pues varias de las materias señaladas como de arbitraje prohibido, en verdad no lo son o al menos plantean serias dudas en su exacta delimitación, así como también, otras que son inarbitrables no están recogidas en las citadas disposiciones. A ello debemos agregar que las de arbitraje forzoso tampoco pueden predicarse con tanta soltura, pues analizadas cada una de las disposiciones pertinentes no son menores las dudas que surgen sobre su obligatoriedad, y más aún, sobre su real valor en la institución arbitral<sup>106</sup>.

#### **VIII. EFECTOS DE ESTA DUALIDAD Y TIPO DE REFORMA QUE DEBIERA REALIZARSE: UNA REFLEXIÓN FINAL.**

Sobre la base de lo revisado, consideramos que la reforma del arbitraje interno no sólo es necesaria, sino inevitable si Chile pretende constituirse en una sede arbitral atractiva, toda vez que la disparidad existente no es inocua, sino que alberga un peligro latente. Esto puede observarse a partir de posibilidades concretas para que se presente una confluencia entre ambos sistemas con un eventual perjuicio a la marcha del arbitraje internacional. Nos referimos concretamente al aspecto interpretativo y de aplicación de la LACI, el primero podrá derivarse de las “concepciones” acuñadas largamente por la justicia estatal en relación al arbitraje, los podrían resolver a partir de criterios elaborados a propósito del arbitraje doméstico, los que –como señalamos- se encuentran a una distancia considerable de los modernos principios que contempla la nueva ley de arbitraje. Por su parte, el principio de intervención mínima consagrado en la LACI (Art. 5º) podrá verse vulnerado, pues si bien esta ley plantea acciones concretas en que podrán intervenir los tribunales estatales, y la acción de nulidad como única posible de deducir ante aquéllos, lo cierto es que el legislador considera irrenunciables algunos principios (como el de queja y de protección), idea que arranca precisamente de la noción que se tiene del

---

<sup>106</sup> Revisadas las líneas generales del Derecho chileno, llegamos a concluir que los criterios han de construirse necesariamente a partir de la noción de libre disponibilidad, asociado a la transabilidad y la irrenunciabilidad de los derechos, al igual como ocurre en la mayor parte de Derecho comparado. Si bien señalamos que el orden público también presenta una vital importancia para la configuración de esta noción, advertimos que aquél no se presenta siempre como una causa de negación del arbitraje, sino que en la mayoría de los casos, importa un bloque que debe respetarse o no contrariarse por las partes y el árbitro. Vid. Ma. Fernanda Vásquez Palma, *op.cit.*, pp. 469 y ss.

arbitraje en el ámbito doméstico<sup>107</sup>. Asimismo, a lo menos tres de las causales de nulidad contempladas en el Art. 34 de la LACI podrán resolverse bajo la particular visión del derecho doméstico. La primera dice relación con la validez del convenio arbitral, que será juzgada por la ley del Estado sede si las partes nada han señalado sobre la ley aplicable, y las dos últimas dicen relación con la arbitrabilidad y el orden público, es decir, que la materia sometida a arbitraje en sede internacional nunca podrá contravenir el criterio de arbitrabilidad seguido en la ley chilena, ni el laudo dictado podrá contrariar el orden público chileno.

Por su parte, si Chile es país de ejecución de laudos arbitrales también se pueden plantear ciertos obstáculos, principalmente asociados a las causales que harán posible la denegación del reconocimiento del laudo arbitral, pues éstos se presentan en términos idénticos a las causales de nulidad, con las consiguientes dificultades de aplicación. Por lo anterior, asistimos a la idea que para resolver estas causales, tanto en el recurso de nulidad, como en la denegación de su ejecución, se debe atender más bien a las concepciones del foro y del instituto arbitral internacional y no aplicar estrictamente el Derecho arbitral doméstico, que es más restringido que el primero y podría venir a desfigurar el entendimiento del arbitraje comercial internacional.

De este modo, el contexto actual, creemos que la legislación interna debe modernizarse con el objeto de igualar en contenido y principalmente en principios a la LACI, en la senda del modelo actual del instituto arbitral, no sólo por un afán ideal, sino también de índole práctico, pues como revisamos, la asimetría provocada por medio de esta dualidad no es baladí. Tal modelo puede incluso mejorarse y adelantarse a problemas que están actualmente conociéndose en la CNUDMI y que seguirán debatiéndose, porque el instituto arbitral se encuentra más vivo que nunca. Lo importante es la comprensión del arbitraje como una realidad compleja, particular e interdisciplinaria que requiere para su éxito y eficacia de la consagración de principios que le son consustanciales.

---

<sup>107</sup> Hasta el momento, debemos señalar que la tendencia mostrada por los tribunales superiores de justicia ha sido consistente a la hora de mostrar un respaldo a la LACI y sus principios. Ello se puede apreciar con claridad de los fallos pronunciados por: CA. Santiago, Rol N° 88-2006, que rechaza el recurso de protección en contra del Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS); CA de Santiago, que rechaza un recurso de hecho recaído en una resolución arbitral, Rol N° 865-2006; CS en causa Rol 2026-2007, de 28 de julio de 2008, que rechaza la casación en el fondo y confirma la decisión judicial que remita a las partes de un acuerdo arbitral a arbitraje; CS, Causa Rol 6615-2007, de fecha 15 de septiembre de 2008, que otorgó exequátur a una sentencia arbitral pronunciada en Brasil; CA de Santiago: Rol N° 9134 – 2007. Comentando los dos primeras sentencias relatadas, Vid. Ma. Fernanda Vásquez Palma, “El principio de intervención mínima en la aplicación de la ley de arbitraje comercial en Chile”, Rev. De arbitraje comercial y de inversiones, Madrid, 2008, pp. 563-567.

La propuesta que formulamos es de contenido, esto es, de hacerse cargo principalmente de uniformar los principios y bases que subyacen y dan vida a la institución arbitral. No creemos que la solución pase por trasladar al arbitraje doméstico la Ley Modelo UNCITRAL que claramente tiene una pretensión y necesidades diversas a las de aquélla, si así fuese, bastaría una sola disposición en la LACI que hiciera aplicable dicha legislación al arbitraje interno, pero estamos seguros que ello no solucionaría el problema. En dicho escenario, surgirán diversas preguntas, quizá la que cobre mayor importancia será si mantener un régimen dual o inclinamos por un sistema monista. En verdad, esta es una cuestión de técnica legislativa que evidentemente tiene una trascendencia principalmente práctica, pero antes de escoger uno u otro camino, han de resolverse necesariamente otras inquietudes.

En efecto, tanto el esquema monista como el dual pueden funcionar bien o mal dependiendo de las circunstancias específicas del país en cuestión. No existe una respuesta únicamente correcta o adecuada que funcione bien para todas las legislaciones, lo importante es dar ciertos pasos, como son: 1. Provocar el necesario debate sobre el arbitraje mirado como institución, el que - como señalamos- hasta el día de hoy no se ha formulado; 2. Reconocer cuál es la especial idiosincrasia jurídica arbitral en Chile, detectando sus fortalezas y debilidades, en tal sentido, es evidente que ninguna legislación debiera instaurarse encorsetadamente sin antes resolver las necesidades sociológicas que allí existen; 3. Separar los aspectos de la institución que son transversales, de aquellos que sólo pueden aplicarse en un contexto internacional o doméstico, pues como hemos señalado, independientemente de la técnica legislativa adoptada, existen normas que podrán aplicarse indistintamente y otras que sólo serán relevantes para uno u otro tipo de arbitraje; y 4. Sólo una vez efectuado este ejercicio -cuya complejidad no puede darse por descontada por más simple que parezca la operación- se debe decidir si la reforma se efectuará bajo un régimen dual o monista, considerando a estos efectos, las ventajas y/o perjuicios de la elección en uno u otro sentido.