

LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO CHILENO SOBRE ARBITRAJE INTERNO: ALGUNAS PROPUESTAS*

THE ACTION OF INAPPLICABILITY DUE TO UNCONSTITUTIONALITY IN THE CHILEAN LAW ON DOMESTIC ARBITRATION: SOME PROPOSALS

EDUARDO JEQUIER LEHUÉDÉ**
Universidad de los Andes - Chile
ejequier@uandes.cl

RESUMEN. La presente investigación trata de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, contemplada en el art. 93 N° 6 de la Constitución Política de 1980, y su concreta aplicación en el marco del juicio arbitral interno o doméstico. Se analiza la manera en que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad se inserta en la estructura dogmática del arbitraje interno en Chile, según sus diversas variantes, para determinar en definitiva si dicho arbitrio constitucional resulta o no aplicable en este preciso ámbito heterónomo. Se identifican además los principales obstáculos que en este sentido se mantienen en la actualidad, derivados de una errónea concepción del arbitraje y de su naturaleza jurídica, para proponer desde allí una profunda revisión de la legislación vigente sobre esta materia.

ABSTRACT. This research deals about the action of inapplicability due to unconstitutionality, referred to in the article 93 N° 6 of the Chilean Constitution of 1980, and its practical implementation in the the internal or domestic arbitration proceeding. Discusses the manner in which the action of inapplicability due to unconstitutionality is inserted into the dogmatic structure of the domestic arbitration in Chile, according to their different variants, for final determination as to whether such action is applicable in this precise heteronomous context. It also identifies the main obstacles that in this regard are currently held, derived from a wrong conception of the arbitration and its legal nature, to propose from there a thorough review of current legislation on the subject.

PALABRAS CLAVE. Inaplicabilidad por inconstitucionalidad, arbitraje, naturaleza jurídica del arbitraje, tribunales ordinarios y especiales, arbitraje de equidad, arbitraje de derecho.

KEY WORDS. Inapplicability due to unconstitutionality, arbitration, juridical nature of arbitration, ordinary and special courts, arbitration of equity, arbitration of law.

* Trabajo recibido el 9 de enero y aprobado el 24 de julio de 2013.

** Doctor en Derecho de la Universidad de Valencia, España; Académico de la Universidad de los Andes.

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional del año 2005 (Ley N° 20.050, D.O. de 26 de agosto) marca sin duda un antes y un después en lo que concierne al control y vigencia de la supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico chileno.

Junto con mantener en efecto las atribuciones que ya tenía el Tribunal Constitucional –TC– desde el año 1981, la incorporación al texto constitucional de la denominada *acción pública de inconstitucionalidad* (art. 93 N° 7 de la CP de 1980) –por un lado– y el traspaso de la *acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* al Tribunal Constitucional (art. 93 N° 6 de la CP) –por el otro–, constituyen una muestra preclara de la vocación tutelar de la señalada reforma y de su explícita intención de potenciar las atribuciones del TC en este sentido, dotándolo de muy importantes atribuciones de cara a la efectiva aplicación de las normas y principios plasmados en la Carta Fundamental. Como señalan Couso y Coddou¹, “la Corte Suprema fue extraordinariamente tímida en su tratamiento de la inaplicabilidad” (lo que queda de manifiesto –dicen– en el tratamiento débil dado por dicho tribunal al referido arbitrio constitucional entre los años 1929 y 2009), lo que derivó finalmente en el profundo y por cierto necesario rediseño de este mecanismo de control de constitucionalidad, partiendo como se dijo por el ámbito competencial en el que se desenvuelve.

La inaplicabilidad se erige, entonces, como una eficaz herramienta procesal para el control de constitucionalidad de las disposiciones legales vigentes, en su manifestación dinámica de aplicación concreta a la cuestión pendiente. Sin embargo, su actual conformación normativa la restringe en cuanto tal arbitrio a aquellas gestiones pendientes *ante tribunales ordinarios y especiales*, lo que genera el problema –no menor– de determinar si, en ese preciso contexto, es o no procedente accionar de inaplicabilidad en el marco de un juicio arbitral pendiente, ya sea que éste se siga ante árbitros de derecho, mixtos o arbitradores.

En una primera parte del presente trabajo –y para despejar precisamente la interrogante recién planteada– se analizará, por ende, la concreta naturaleza jurídica que presenta el instituto arbitral, tanto en Chile como en el derecho comparado, lo que implica una revisión completa y crítica de las distintas concepciones que en torno a esta materia se han planteado. Tal ejercicio y sus conclusiones, pues, constituyen a nuestro juicio un presupuesto indispensable para responder debidamente a la interrogante recién planteada, pues sólo por esa vía podrá determinarse

¹ COUSO; CODDOU (2010), pp. 389 y 390.

en último término si los árbitros encuadran –o no– en el concepto de tribunales *ordinarios y especiales* que utiliza la norma constitucional y, desde allí, la forma en que la acción de inaplicabilidad entronca actualmente con el proceso arbitral y sus particulares características.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Tal vez si uno de los aspectos más controversiales relacionados con la institución del arbitraje, de la que han surgido en el tiempo variadas e incluso encontradas elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales, radica precisamente en la determinación de su naturaleza jurídica.

Elementos que resultan característicos del arbitraje, en efecto, lo emparentan sin embargo con institutos jurídicos que, mirados por separado, dificultan la construcción de una concepción armónica del mismo e integradora de sus aspectos esenciales. Por una parte, pues, su origen lo vincula sin duda con una naturaleza esencialmente contractual, plasmada en el compromiso y derivada, por lo mismo, de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, por otro lado y al mismo tiempo su carácter heterocompositivo, modelado a partir de la potestad que se le reconoce a los árbitros para resolver conflictos de relevancia jurídica con autoridad de cosa juzgada, lo orientan sin duda hacia el ejercicio de funciones que son propias de la actividad jurisdiccional, con clara expresión en el acto de juzgamiento y en la fase de ejecución del laudo arbitral.

Por lo anterior, entonces, al adentrarnos en el análisis de la naturaleza jurídica del arbitraje y a poco andar, nos encontramos con que el *iter* argumental por el que han transitado los autores, la jurisprudencia y el propio legislador en este punto, tanto en Chile y en general en el derecho comparado, ha sido especialmente variado y cambiante. Partiendo por quienes han preferido optar derechamente por alguno de los aspectos arriba mencionados –contractual/privado o jurisdiccional/público–, renunciando simplemente al otro, encontramos luego a quienes han preferido matizar esas posiciones opuestas y sus conclusiones por la vía de conjugar ambos factores, poniendo el énfasis en alguno de ellos. Junto a éstos, por último, la doctrina más moderna –la correcta a mi entender– se ha orientado hacia concepciones que ven en el arbitraje una institución procesal de carácter autónomo, un *tertium genus* alternativo a la actividad jurisdiccional del Estado con características y contornos propios, que no resulta asimilable por lo mismo a ninguno de los dos extremos precitados.

Buen ejemplo de lo anterior y de los diversos planteamientos –muchas veces confusos– que caracterizaron el debate sobre esta materia durante gran parte del

siglo XX, lo constituye por todos la sentencia del Tribunal Supremo español de 7 de octubre de 1931, que por una parte le atribuye al laudo arbitral contra el que se interpone recurso de casación “*fuera y eficacia de sentencia firme*” (lo que nos orienta derechamente a la concepción jurisdiccional de la institución) para, acto seguido, equiparar al arbitraje con el contrato de transacción y, por ende, con su naturaleza contractual².

Veamos, entonces, las principales teorías que se han ocupado de este importante aspecto, las que identificaré a continuación como (a) tesis “contractualista” (b) tesis “procesalista” (c) tesis “mixta” y, finalmente, como tesis “moderna o autónoma”.

1. Una aclaración previa: lo que no es arbitraje

Antes de iniciar el análisis de las diversas teorías y concepciones doctrinales que se han planteado en torno al arbitraje y su naturaleza jurídica, resulta pertinente despejar toda posible confusión conceptual en torno a lo que constituye la esencia de dicho instituto y, principalmente, a su concreta función jurisdiccional.

1.1. El arbitraje y la función integradora del arbitrador

En este sentido, algunos autores asimilan la función del árbitro con la del denominado arbitrador, llamado a integrar básicamente una relación jurídica incompleta. Así, por ejemplo, Díez-Picazo³ objeta la distinción entre “árbitro - tercero dirimente” y “arbitrador”, considerando que si en ambos casos las partes se remiten de común acuerdo a un tercero que eligen, es porque en ambos existe a su vez una controversia; agregando que desde un punto de vista lógico, por lo demás, la designación de un tercero sería siempre un juicio. Para Merino y Chillón⁴, por su parte, estaremos en presencia de arbitraje cuando las partes han celebrado el oportuno convenio arbitral, otorgando eficacia a la sentencia del árbitro; y no lo estaremos si aquéllas no quieren otorgarle esa eficacia de sentencia a la solución dirimente del tercero.

La distinción apuntada, en todo caso, desapareció en la legislación española con la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, que termina con la diferen-

² Esta sentencia es ampliamente comentada por ALCOVER SAN PEDRO, Amparo, *Arbitraje Privado, Interno e Internacional, desde la Perspectiva Española*, Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Procesal, Universitat de València., p. 152.

³ Díez-PICAZO; PONCE DE LEÓN (1957), pp. 60 y ss.

⁴ MERINO; CHILLÓN (2006), p. 86.

ciación teórica que se hacía en el artículo 2º de la Ley de Arbitraje Privado de 1953, de 22 de diciembre, y que precisamente le negaba el carácter de arbitraje a la intervención de un tercero para integrar alguno de los elementos de una relación jurídica incompleta. La Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, por último, omite también toda distinción en este punto, enfatizando una concepción unívoca del arbitraje al eliminar toda posible diferenciación normativa. Según Merino y Chillón⁵, por ende, será la estipulación y el arbitrio de las partes la que en definitiva defina si la intervención de ese tercero constituye o no arbitraje.

Sin embargo, la función que desempeña el árbitro, al resolver un conflicto e imponer su solución, no puede asimilarse ni con mucho con la tarea simplemente integradora de una relación jurídica, antes referida. Más aún, ambas funciones son incluso incompatibles entre sí, si consideramos que el juez y el árbitro no están llamados a completar elementos negociales ausentes en una determinada relación jurídica (no podrían hacerlo por lo demás), sino a solucionar una disputa mediante la dictación de una sentencia o laudo. Así lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del TS español, al precisar, por ejemplo, que en un contrato de permuta no existía “*cláusula alguna que sometiera al juicio de arbitrio de equidad pretendido; lo que se sometía a arbitrio era una delimitación, para el caso de duda, de carácter técnico relativa a las obras de construcción y modificación del inmueble... Pero esa cláusula nunca puede suponer el establecimiento del cauce procesal del arbitraje, para una eminente cuestión jurídica(...)*”⁶. Muy clara es también la Audiencia Provincial de Madrid, al señalar que en materia societaria la norma del art. 1690 del CC, referida a la determinación por un tercero de las ganancias o pérdidas de cada socio, no constituye un arbitraje por cuanto dicho precepto “*no presupone la existencia de un conflicto entre socios (...) se trataría de una mera contraposición de intereses –discrepancia sobre el reparto de pérdidas y ganancias– y no de una discusión sobre un derecho subjetivo*”⁷. Aylwin⁸, por su parte, sostiene que en estos casos estaríamos ante la ejecución de un acto jurídico por medio de

⁵ *Ibid.*

⁶ STSE, 13/11/2002, Fundamento de Derecho 3º, en *Aranzadi Westlaw*, RJ 2002/9757. En el mismo sentido las sentencias de 15 de febrero de 1996 y 13 de febrero de 2002.

⁷ AAP de Madrid, de 31 de mayo de 2005, “Jurisprudencia arbitral. Ley de Arbitraje 60/2003”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XVIII, Nº 2, 2006, p. 349.

⁸ AYLWIN (1953), pp. 35 y 36. Al respecto puede consultarse también a MONTERO (2004), pp. 107 y ss.

mandatario, pues sería esa la función que desempeña el tercero, por encargo de las partes del contrato.

No debe confundirse con todo la figura del *arbitrador*, antes comentada, con la del *árbitro arbitrador o amigable componedor*, originada durante la Edad Media en las ciudades italianas dedicadas al comercio y reconocida en las fuentes canónicas como *amicabilis compositor*⁹. Esta última figura, de amplia consagración en el Derecho comparado, se encuentra recogida desde antiguo en Chile en los artículos 223 del COT y 636 del Código de Procedimiento Civil –CPC–, y se enmarca derechamente en la concepción del árbitro como tercero dirimente de un conflicto de relevancia jurídica, sin posibilidad alguna de confundirla o asimilarla con el *arbiter bonus vir* del Derecho Romano o con el *arbitrador o arbitrio de tercero*. El artículo 223 del COT, en efecto, distingue entre el árbitro de derecho y el árbitro *arbitrador o amigable componedor*, aclarando que la diferencia entre ambos se encuentra, básicamente, en el derecho aplicable para llegar a la solución de la controversia: en el primero –arbitraje de derecho–, el árbitro debe fallar en conformidad a la ley y someterse en todo al procedimiento establecido por la misma para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida; mientras que el segundo –árbitro arbitrador– puede fallar en base a su prudencia y equidad, sujetando el procedimiento a las reglas acordadas por las partes en el compromiso o, supletoriamente, a las que establece para este efecto el CPC, artículos 588 y ss. Con todo, y cuando la ley lo permite, las partes pueden conferir también al árbitro facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, lo que da origen a la figura del árbitro mixto, contemplada en el art. 223 inciso final del COT.

1.2. Arbitraje y tutela estatal de intereses supraindividuales

En la actualidad resulta casi cotidiano encontrar casos en que el legislador recurre a la expresión “arbitraje” para encasillar en ella mecanismos heterocompositivos que poco o nada tienen que ver con tal figura. Es lo que ocurre en todas aquellas situaciones en que el Estado interviene en la solución de conflictos de interés colectivo o supraindividuales sin recurrir a sus órganos jurisdiccionales, creando para ello fórmulas administrativas de solución a las que califica de arbitraje, sin serlo. Ejemplos de esto hay varios en el sistema chileno.

⁹ MERCHÁN (1981), p. 71.

Sin ir más lejos, la propia Constitución Política de 1980 se refiere en su art. 19 N° 16, inc. 5°, al arbitraje en materia de negociaciones colectivas, configurando sin embargo un mecanismo que en caso alguno puede considerarse como tal. Todavía más, a primera vista la CP parece reconocer aquí una figura de arbitraje incluso obligatorio, regulada a su turno en los artículos 355 y siguientes del Código del Trabajo –CT–; pero al igual como ocurre en España con el arbitraje obligatorio que pone fin a la huelga (Real Decreto-Ley 5/1979, de 26 de enero), un análisis más atento de la norma constitucional recién citada y de su regulación legal lleva a concluir que ni estamos ante un caso de arbitraje propiamente tal, ni menos ante uno de carácter forzoso.

En los dos regulados por el CT¹⁰, en efecto, el árbitro respectivo no tiene libertad alguna para decidir, debiendo optar simplemente en su fallo por una de las dos propuestas en juego (la de la empresa o la del sindicato) sin poder optar por una alternativa distinta ni incluir, en su sentencia, las proposiciones de una u otra parte (art. 363 del CT). De esta forma, y por tratarse aquí de una negociación que apunta finalmente a la celebración de un contrato colectivo entre las partes, pareciera que la figura descrita se acerca más a la del *arbiter bonus vir* del Derecho Romano (llamado a integrar una relación jurídica incompleta), que a la de un árbitro-tercero dirimente. Más aún, en el arbitraje la heterocomposición de la controversia jurídica debe resultar necesariamente de la decisión libre e independiente del árbitro, sin cortapisas ni condicionantes de ninguna especie, lo que en este caso evidentemente no ocurre.

Otros ejemplos de lo dicho pueden encontrarse en el art. 10 de la Ley N° 19.420 del año 1995, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el D.F.L. N° 1, de 18 de abril de 2001 (D.O. de 11 de septiembre de 2001), que crea los denominados “Centros de Exportación”; en el art. 36 de la Ley sobre Concesiones de Obras Públicas, D.F.L. N° 164 del año 1991, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, de 31 de octubre de 1996 (D.O. de 18 de diciembre de 1996); en la Ley N° 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido (D.O. de 01 de abril de 2003), que establece también un sistema de Comisiones Conciliadoras que pueden transformarse en “Comisiones Arbitrales”, y en el

¹⁰ A) Cuando esté prohibida la huelga y el cierre temporal de empresa o *lock out* (art. 355 inc. 2°, del CT) y B) Cuando procediendo la huelga o el *lock out* empresarial, sus características, oportunidad o duración, llevaren al Presidente de la República, mediante Decreto Supremo, a ordenar la reanudación de aquellas faenas cuya interrupción podría causar grave daño a la salud, al abastecimiento de bienes o servicios de la población, a la economía del país o a la seguridad nacional (art. del 385 de CT).

art. 117 del DFL N° 1, de 23 de septiembre de 2005, Ministerio de Salud, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979 y de las Leyes N° 18.933 y N° 18.469¹¹, por nombrar algunos. Cada uno de estos cuerpos legales, en fin, contemplan órganos administrativos con facultades jurisdiccionales que, a la luz del art. 5° del COT, pueden ser considerados como *tribunales especiales* que no pertenecen al Poder Judicial, cumpliéndose así, por ende, el requisito de admisibilidad de toda acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, contemplado en el art. 93 N° 6 de la CP (gestión pendiente seguida ante un tribunal ordinario o especial).

En consecuencia, el arbitraje que aquí se plantea no es propiamente un arbitraje, sino, como se dijo, una manifestación de la intervención del Estado en el ámbito de la tutela de los intereses colectivos. Esa intervención, pues, cuya esencia bien puede considerarse como contraria a la ética en ciertos extremos (como ocurre, por ejemplo, con el instituto de la prescripción o con el propio derecho de huelga), se justifica sin embargo por razones de utilidad social.

De lo dicho surge, sin embargo, una interrogante que nos parece necesario abordar: ¿Se ajusta esa intervención del Estado –en este caso a través de esta particular figura de arbitraje–, a la Constitución cuando se orienta a la tutela de intereses colectivos?

Si bien el punto escapa al objeto de esta investigación, su relevancia me lleva a adelantar no obstante una opinión favorable en tal sentido. Así como el diseño de los sistemas de tutela de los intereses individuales no puede extrapolarse a la tutela de los intereses colectivos o generales, así tampoco pueden identificarse en consecuencia los principios y límites por los que tales sistemas se rigen en cada caso. En este sentido, pues, son cada vez más los procedimientos y sistemas de tutela colectiva que rompen con los esquemas tradicionales que modelan la tutela de los intereses individuales (entre ellos, los principios dispositivo, de oportunidad y el libre acceso individual a la tutela judicial efectiva), sin que por ello sean contrarios a la Constitución. Así ocurre en España, por ejemplo, con las Asociaciones de Consumidores en el Derecho de consumo, legitimadas para actuar en resguardo del interés colectivo de los consumidores (lo que no obsta por cierto

¹¹ En diversas ocasiones, el TC chileno ha acogido a tramitación acciones de inaplicabilidad que inciden en gestiones pendientes ante el Intendente de Fondos y Seguros Previsionales de Salud como árbitro arbitrador, en el marco de reclamos interpuestos por beneficiarios del sistema de Isapres ante la Superintendencia de Salud por la aplicación del art. 38 ter de la Ley N° 18.933, Ley de Isapres. Así ocurre, por ejemplo, en la STC de 7 de julio del 2009, Rol N° 1218-08-INA, en donde la calidad de *tribunal especial* del Intendente mencionado ni siquiera se cuestionó.

al derecho de cada consumidor de ocurrir directamente y de manera individual a los tribunales), o con las entidades de gestión obligatoria de los derechos de autor en materia de propiedad intelectual, que involucra también un sistema de legitimación colectiva obligatoria en procura del necesario equilibrio entre los intereses en ella involucrados (de la sociedad, de los autores y de los usuarios de sus obras).

En otros términos, en el ámbito de los derechos e intereses individuales todo ciudadano tiene efectivamente derecho a la tutela judicial efectiva y, por lo mismo, en materia de arbitraje nadie puede ser obligado a someterse al mismo en contra de su voluntad. Sin embargo, tratándose del interés colectivo sí que parece posible, como planteamiento legal, que la tutela del mismo se haga por, ante o a través de un ente supraindividual, que asume un carácter de cauce tutelar distinto de los tribunales de justicia. Así ocurre precisamente en los casos que se han mencionado *supra*, cuya denominación como “arbitraje”, sin embargo, evoca una falsa aproximación a la institución arbitral propiamente tal:

a) Primero, porque la declaración de voluntad de las partes en conflicto es sustituida en este caso por un acto impositivo derivado de la administración, que en estricto rigor es un tercero ajeno a la controversia misma.

b) Luego, porque la referida decisión administrativa se contiene en un acuerdo que abarca no sólo la decisión misma en tal sentido a través de un acuerdo gubernativo motivado, sino también la designación del árbitro, la determinación del objeto del arbitraje, la fijación discrecional del plazo para llevarlo a cabo e incluso la indicación de los recursos administrativos o jurisdiccionales que procederán contra el “laudo arbitral”, entre otros.

c) Porque en ciertos casos, además, como ocurre en el caso del arbitraje en la negociación colectiva, el “árbitro” debe cuidar especialmente de no perjudicar el proceso de negociación entre las partes. Por el contrario, y como señala Vega¹², su intervención “ha de ser la mínima posible, pues no se trata de que el árbitro sustituya plenamente la capacidad de negociación de los agentes sociales(...); y el futuro laudo, por lo mismo, “no puede sustituir totalmente la función negociadora, ni tampoco puede convertirse en este caso en una regulación alternativa en todos y cada uno de los puntos respecto de las múltiples y variadas discrepancias entre las partes”. Semejante limitación resulta impensable como elemento del arbitraje propiamente tal, pues el árbitro, una vez designado, se desvincula del todo de las partes para actuar de manera independiente respecto de ellas, subjetiva y objeti-

¹² VEGA (2003), pp. 269 y ss.

vamente. Sin duda que el entendimiento entre las partes será siempre un fin que el árbitro podrá buscar y favorecer; pero no al punto de que ello se constituya en una limitante de su propia función jurisdiccional, como ocurre con este “arbitraje obligatorio” que pone fin a la huelga.

2. Tesis contractualista del arbitraje

Según esta tesis, al derivar el arbitraje del compromiso y, por ende, de la autonomía de la voluntad de las partes que optan por esta vía de solución de conflictos, debe concluirse que su naturaleza jurídica es esencialmente contractual y que no constituye, por lo mismo, un procedimiento judicial. La función jurisdiccional del árbitro, en consecuencia, es excepcional y se encuentra limitada subjetiva, material y temporalmente por el compromiso, calificando conceptualmente como una jurisdicción “*ad hoc*”¹³.

Para la tesis contractualista entonces, surgida en el siglo XIX¹⁴ y desarrollada ampliamente durante el siglo XX, la actividad arbitral es distinta a la judicial por cuanto los árbitros no ejercen jurisdicción, justificándose por ende la sumisión de las partes a la decisión de estos últimos por la existencia de un contrato o compromiso¹⁵. En este sentido se pronuncia Guasp¹⁶, para quien el arbitraje es un

¹³ Vid. STSE, de 6 de octubre de 1987, en *Aranzadi Westlaw*, RJ 1987\6721.

¹⁴ Cfr. HERNÁNDEZ (1856), pp. 9, 10, 24, 25 y 37.

¹⁵ Desde principios del siglo XX, la jurisprudencia del TS español se pronunció incluso por la asimilación del compromiso a la transacción, considerando al primero como la vertiente procesal de esta última (por todas, STS de 10 de noviembre de 1915). Ejemplo precoz de esta tesis se encuentra también en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 22 de octubre de 1935, en donde se insinúa y explora esta posible asimilación entre el compromiso y la transacción, aunque sin llegar a sostenerla derechamente.

¹⁶ “Indudablemente –dice este autor–, puesto que se trata de un concierto de voluntades que produce efectos jurídicos, el concepto del contrato, siempre que se le dé un significado amplio, aquel clásico *duorum vel plurium in idem consensus* es, desde luego, el término propio donde el arbitraje se puede asentar. No hay inconveniente ninguno en hablar del arbitraje como un pacto o como un contrato”. Sin embargo –continúa el profesor GUASP–, para definir la categoría contractual a la que pertenece el arbitraje se hace necesario hacer una reversión clasificatoria de los contratos en general, atendiendo a sus funciones: (a) Un grupo de contratos –dice– se identifica por su función de crear una afinidad jurídica especialmente estrecha entre las partes (v. gr. el contrato de sociedad), lo que involucra un fenómeno de “fusión o de ascensión a una unidad superior a la que suponen las partes contratantes aisladas (anabolismo o construcción jurídica)”; (b) otro grupo –continúa– son contratos “de ríguoso enfrentamiento, de radical oposición entre las partes contratantes (metabolismo o intercambio jurídico); es el cambio implacable de las prestaciones” (v. gr. permuta, compraventa), y (c) hay un tercer tipo contractual, en virtud del cual “las partes no ascienden, sino que descienden; no se funden, sino que se disuelven (catabolismo o destrucción jurídica); una cierta unidad

contrato en razón de la función que cumple como tal contrato. La decisión del árbitro y su carácter vinculante para las partes deriva precisamente de la voluntad de las mismas, de manera que su fuerza obligatoria, por ende, es distinta de la que dimana de la sentencia del juez como expresión de la soberanía del Estado.

Para esta tesis, entonces, el laudo arbitral se justifica y explica como el resultado de la libertad de las partes y no como la sujeción de éstas al poder público, como ocurre con la sentencia que dicta el juez en cuanto órgano del Estado. Como señala Martínez Vásquez¹⁷, si el laudo como efecto o resultado del arbitraje no es en esta teoría libre *in effectu*, sí lo ha sido *in causa* porque estas últimas han querido obligarse *ab initio* frente a la decisión del árbitro que, además, no es un juez¹⁸ ni el arbitraje un fenómeno procesal, sino material y sustantivo. Es la voluntad de las partes, en fin, plasmada en el compromiso, la que acompaña al arbitraje no sólo desde su origen –lo que indudablemente es así–, sino también durante todo su desarrollo (determinación del órgano arbitral, constitución de la relación heterocompositiva, procedimiento, etc.).

Esta concepción, cuyo explícito y más reciente reconocimiento normativo en España se encuentra en la Ley de Arbitraje de Derecho Privado –LADP– de 1953¹⁹ (fruto según se dijo de la corriente jurídico-privatista que sobre el arbitraje

viene escindida o cortada por la virtud operativa del contrato que antes no existía, pudiéndose llamar a estos tipos contractuales de solución o de resolución, lo que incluye a todos los contratos de decisión, a todas las figuras en que se disuelve un estado preexistente entre partes, a todos los tipos de liquidación de los conflictos sociales. (...) A esos contratos de solución, a esos pactos de disolución o de liquidación, pertenece, pues, por esencia, la figura arbitral”. GUASP (1956), pp. 24 y 25.

¹⁷ MARTÍNEZ (1991), pp. 16 y 17.

¹⁸ El profesor GUASP habla aquí de una relación contractual entre las partes y el árbitro, que denomina “contrato de cambio” y cuya naturaleza la asemeja al mandato o al arrendamiento de servicios, inclinándose mayormente por el primero. Según este autor, “el contrato de dación y recepción de arbitraje coloca, de un lado, a los otorgantes del compromiso, y de otro lado a los árbitros, y entre unos y otros sujetos se cambian prestaciones; los árbitros prestan a los compromitentes su obra pacificadora; los compromitentes prestan normalmente a los árbitros la adecuada remuneración por sus servicios. Entonces, puesto que ese entrecruce es la esencia directa de este segundo elemento del arbitraje, se trata de un auténtico contrato de cambio...” (GUASP (1956), p. 141). Distinto sería el caso en que el árbitro no perciba retribución alguna por su cometido, pues en tal caso –señala el mismo autor– no estaríamos ya en la categoría de un contrato, sino en la de un favor que debiese recibir, por ende, un tratamiento jurídico menos riguroso que el que se asigna precisamente al contrato (GUASP (1956), p. 140).

¹⁹ Antes, sin embargo, el arbitraje había sido contemplado ya en España en el Código de Comercio de 1829 y en el Código Civil de 1889, dentro de los contratos. Sin embargo, esta escueta regulación como contrato que hace el Código Civil de 1889, como lo señalan los propios autores que defienden la tesis privatista del arbitraje, apunta sólo a uno de los elementos del mismo como institución y no permite, por lo mismo, atribuirle a toda ella una naturaleza contractual (*ibid.*, pp. 22 y ss.).

se instauró en aquel momento en la doctrina española²⁰), fue mantenida por los autores y defendida jurisprudencialmente hasta mucho después de dictada la Ley de Arbitraje de 1988, con claras e importantes consecuencia prácticas. Así lo pone de manifiesto, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de enero de 1995, que se pronuncia precisamente por la aplicación de las normas civiles para el cómputo del plazo de los árbitros, y no las procesales:

*“c) Que la doctrina jurisprudencial emanada de la interpretación de la Ley de 1953 se inclinaba decididamente por considerar los plazos regulados para la emisión del laudo y su anulación como de caducidad, no excluyendo de su cómputo los días inhábiles (SSTS 1 junio 1976 [RJ 1976/2616], 9 octubre 1978 [RJ 1978/3009], 20 mayo 1982 [RJ 1982/2584], 6 diciembre 1984 [RJ 1984/6036], 6 octubre 1987 [RJ 1987/6721]), proclamando la última sentencia citada que es doctrina pacífica, dada la índole sustancialmente contractual de la institución arbitral, que debe rechazarse ex artículo 5 del Código Civil el descuento de los días inhábiles porque no se trata de un procedimiento judicial, sino por el contrario un pacto que lo elimina”.*²¹

En la actualidad, esta tesis se encuentra en desuso pues no explica la autonomía jurídica del arbitraje, en sus vertientes funcional y estructural, ni justifica tampoco la eficacia que el ordenamiento jurídico atribuye al laudo arbitral. Dicho en otros términos, una cosa es el origen contractual del arbitraje, reflejado en el compromiso como dije antes; y otra muy distinta es la función que cumple la institución arbitral como herramienta heterocompositiva, reflejada claramente en los efectos que surgen del laudo. Unos y otros, en fin, no pueden asimilarse a los efectos generales del contrato ni a sus funciones (no obstante la indiscutible autoridad científica de quienes así lo sostuvieron en su momento), pues, como dice Fornaciari²², tratándose del arbitraje las funciones indicadas aparecen “como un efecto jurídico emergente de la propia ley que, bajo determinadas circunstancias, permite sustraer del conocimiento de los jueces la composición de un conflicto”.

De lo dicho se desprende entonces que la tesis contractualista, al desconocerle toda connotación procesal al arbitraje, genera dificultades y consecuencias prácticas que van mucho más allá de lo puramente doctrinal, al dejar sin res-

²⁰ Según se dijo antes esta ley resume y concreta la concepción privatista del arbitraje como reacción a la tendencia judicialista a la que también me he referido. En este sentido, GUASP critica fuertemente incluso la regulación del arbitraje en la LEC de 1881 pues, en su opinión, las normas que lo regulan serían de derecho material y, por ende, no equiparables a un proceso. GUASP (1950), pp. 1154, 1169 y 1170.

²¹ SAP de Baleares, de 17 de enero de 1995, en *Aranzadi Westlaw*, AC 1995/303.

²² FORNACIARI (1988), p. 162.

puesta ni sustento dogmático aspectos propios y consustanciales del arbitraje como, entre otros, el régimen de nulidad aplicable al mismo, el control de los presupuestos procesales durante su desarrollo, su idoneidad jurídico/procesal en cuanto catalizador eficiente de las excepciones de *litis pendencia* y de *declinatoria de competencia*, las facultades cautelares del árbitro²³ y, en fin, el efecto de cosa juzgada del laudo arbitral.

Por último, y si lo anterior no fuere bastante, debe advertirse también que a partir del artículo 5 de la LADP 1953 se reconoció explícitamente en el ordenamiento jurídico español la figura del arbitraje testamentario (al que me referiré más adelante), cuya fuente no se encuentra ya en el contrato celebrado por las partes sino en la voluntad unilateral del testador. Lo anterior ha llevado a una parte de la doctrina a considerar, por ende, el origen del arbitraje no como un contrato sino como un “negocio jurídico”, bilateral, plurilateral o unilateral, creador de una situación jurídica de carácter procesal, “sin que se pueda dar mayor relevancia a uno u otro aspecto, pues ambos se complementan y explican lo que constituye la institución arbitral”²⁴.

3. Tesis jurisdiccional del arbitraje

Una segunda concepción, enfrentada a la anterior, le atribuye al arbitraje una naturaleza esencialmente jurisdiccional, poniendo el énfasis para ello en los efectos que el ordenamiento jurídico le confiere al laudo arbitral y, en concreto, a su fuerza ejecutiva y a la autoridad de cosa juzgada que se le reconoce. Como señala Armenta²⁵, “el carácter jurisdiccional queda de manifiesto en que tales efectos (de cosa juzgada) no derivan en modo alguno de la voluntad de las partes, sino directamente “*ex lege*”, lo que se traduce en que lo relevante para esta teoría radica en lo que los árbitros hacen, y no en la forma en que son designados o en el modo como adquieren sus facultades.

Según esta tesis, entonces, la visión contractualista del arbitraje es insuficiente desde que explica únicamente el carácter obligatorio del laudo, como único

²³ En la normativa chilena, el árbitro está facultado para decretar medidas cautelares durante el procedimiento arbitral, aunque su ejecución debe impetrarse por conducto de la justicia ordinaria cuando requieren o suponen apremio. En España, el artículo 23 de la Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, faculta expresamente a los árbitros para disponer medidas cautelares, aplicándose a las resoluciones que dicten en tal sentido las normas sobre nulidad del laudo y sobre ejecución forzosa del mismo.

²⁴ GARCÍA (1999), p. 28.

²⁵ ARMENTA (2004), p. 610.

elemento al que pueden someterse las partes; pero no su ejecutoriedad y el efecto de cosa juzgada que produce una vez dictado, pues las partes carecen de poder en tal sentido, que puedan transferir o conferir al árbitro²⁶. Debe advertirse, con todo, que el contenido jurisdiccional que sustenta esta tesis no debe confundirse con el carácter procesal que la doctrina le asigna al mismo tiempo al convenio arbitral, para diferenciar sus efectos respecto de los que en general produce la contratación privada.

3.1. *La tesis jurisdiccional en el Derecho chileno*

En este apartado me detendré a analizar brevemente la posición mayoritaria que presenta hasta hoy la doctrina y la jurisprudencia chilenas sobre esta materia, para exponer a continuación los argumentos que me llevan no obstante a asumir al respecto una concepción esencialmente crítica en este sentido.

3.1.1. *La concepción mayoritaria*

En Chile, la gran mayoría de los autores y la jurisprudencia mayoritaria de los tribunales superiores de justicia²⁷ se pronuncian explícita y decididamente por la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Entre los autores mencionados, Romero²⁸ señala por ejemplo que “aunque en doctrina y legislación procesal extranjera, condicionadas por su propia realidad jurídica, se discute sobre el carácter *jurisdiccional* del arbitraje, entre nosotros (en Chile) pacíficamente se ha sostenido desde

²⁶ Cfr. FENECH; CARRERAS (1962), pp. 417 y ss.

²⁷ Así lo ha entendido la Corte Suprema, al señalar por ejemplo que: “*El arbitraje voluntario es una especie de jurisdicción establecida en la ley...*”, agregando luego que “*El Código Orgánico de Tribunales consulta entre las diversas categorías de jueces a los árbitros, y reconoce en ellos una de las formas de jurisdicción establecidas para la resolución de determinados asuntos...*” (SCS, de 17 de octubre de 1955, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LII, 2ª parte, sec. 1ª, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1955, p. 337). La Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado, a su turno, que los jueces árbitros administran justicia y desempeñan por lo mismo “*3º... 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*”. (SCA de Santiago, de 29 de agosto de 1986, en *El arbitraje en la jurisprudencia chilena*, Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, Santiago de Chile, 2005, pp. 80 a 82).

²⁸ ROMERO (1999), p. 484. La tesis mencionada no es nueva en Chile, pues ya la proponía BALLESTEROS a fines del siglo XIX. Según este autor, la legislación chilena (se refería obviamente a la *Lei de Organización de los Tribunales*, cuyo artículo 172 es del todo idéntico al artículo 222 del COT) hace del arbitraje “una jurisdicción”, por lo que las partes debían acatar sus sentencias o laudos como si emanaren de los jueces ordinarios (BALLESTEROS (1890), p. 74). También puede consultarse la obra de ARAVENA (1969), pp. 22 y ss.

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* (...). Según este autor, además, “no obstante su origen preferentemente privado, los árbitros en nuestro medio (el chileno) son reputados jueces en sentido propio, gozando sus sentencias de mérito ejecutivo sin necesidad de homologación judicial, quedando incluso los árbitros sometidos a ciertos controles propios de todo juez ordinario o especial, como es el caso de la jurisdicción disciplinaria...” (los paréntesis son propios).

Más aún, una parte de la doctrina ha llegado a sostener incluso que los árbitros forman parte del Poder Judicial. Para Picand²⁹, en efecto, los jueces “que escapan a la designación forzosa de los tribunales ordinarios que nos impone la ley se llaman árbitros, los cuales, una vez designados –y más precisamente cuando aceptan su encargo–, pasan a formar parte del Poder Judicial del Estado, o sea, del *staff* de tribunales reconocidos por la ley”. En el mismo sentido, el profesor Silva³⁰ sostiene que “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 se ejerce por la vía arbitral, y ésta se establece, define y organiza en la 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”. Por esta tesis se pronuncian también Pereira³¹ y Rodríguez³².

No comparto sin embargo la tesis recién apuntada pues, como diré en el apartado siguiente, la exégesis de las normas constitucionales y legales en que aquella se apoya llevan a concluir, a mi entender, que los árbitros no forman parte del

²⁹ PICAND (2006), p. 199. Curiosamente, sin embargo, el mismo autor ha dicho –en otra obra suya– que “los árbitros, como entes de administración de justicia que son, no forman parte del poder judicial del Estado, y en ese sentido, no poseen un sistema normativo preestablecido que les indique de manera clara y precisa cómo deben dirigir el proceso arbitral (...)” (PICAND (2005), p. 10). Considerando que el autor indicado se refiere aquí al arbitraje internacional, habría que entender entonces que en su tesis los árbitros forman o no parte del Poder Judicial del Estado según si se trata de un arbitraje interno o de uno de carácter internacional, lo que no me parece sustentable.

³⁰ SILVA (2006), p.107.

³¹ PEREIRA (1993), p. 242.

³² RODRÍGUEZ (2004), p. 265. Según este autor, “Los árbitros son jueces que se insertan en el sistema judicial chileno, designados por las partes con facultades para ellos, y que integran, por lo tanto, un Poder del Estado (el Poder Judicial)”.

Poder Judicial ni tienen, siquiera, el carácter de jueces especiales o extraordinarios. Son, precisamente, árbitros y no otra cosa.

3.1.2. Una visión crítica. ¿Son los árbitros en Chile órganos públicos, miembros del Poder Judicial?

La respuesta a esta primera interrogante, como se adelantó *supra*, es necesariamente negativa en sus dos aspectos. No nos parece acertado asimilar a los jueces árbitros con órganos de carácter público y, menos aún, que éstos formen parte del Poder Judicial en Chile.

Quienes así lo entienden se fundan, básicamente, en lo que disponen los artículos 76 y 77 de la Constitución Política de 1980 –CP–, por una parte, y en lo que prescriben a su turno los artículos 5º y 222 del COT, ubicado el primero de ellos en el Título I (“Del Poder Judicial y de la Administración de Justicia en general”) y, el segundo, en el Título IX (“De los Jueces Árbitros”). Sin embargo, a mi entender, esas normas llevan a concluir precisamente lo contrario según paso a exponer:

A) El artículo 76 de la CP, en el Título dedicado al Poder Judicial, señala en su inciso primero 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 (...)”*.

Sin embargo, el inciso 2º del mismo artículo agrega que reclamada la intervención de estos tribunales *“en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad (...)”*, lo que demuestra que para la Carta Fundamental no todos los tribunales entran en el mismo esquema ni tienen la misma naturaleza pues, en el caso de los árbitros (que es el que aquí interesa), éstos no tienen obligación alguna de aceptar su designación como tales, ni tienen asignada de antemano su competencia por la ley, ni pueden ejecutar tampoco lo juzgado en la medida que ello involucre el recurso a medios compulsivos.

A continuación, el inciso 3º del mismo artículo señala que para hacer ejecutar sus resoluciones *“(...) los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial”*, pueden impartir órdenes directas a la fuerza pública (...), agregando finalmente que *“Los demás tribunales”* (ajenos entonces a dicho Poder del Estado) lo harán en la forma que la ley determine, cuyo es precisamente el caso de los tribunales especiales que no forman parte del mismo Poder y también de los jueces árbitros.

B) Por su parte, el artículo 5º del COT señala en su inciso 2º que *“Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia, la Corte Suprema, ...”*. Luego,

en el inciso siguiente continúa diciendo que “*Forman parte del Poder Judicial, como tribunales especiales*”, aquellos que expresamente se indican en el mismo inciso y a continuación. Después, el inciso 4º habla simplemente de “*los demás tribunales especiales*” que se regulan en las leyes (sin decir ya que integran el Poder Judicial como lo hace antes); para terminar señalando en su inciso final que “*Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código*”.

C) Aplicando armónicamente entonces las normas arriba mencionadas, para la CP y la ley existen las siguientes categorías de tribunales y jueces³³:

a) Los tribunales ordinarios, que integran el Poder Judicial;

b) Los especiales que también integran el Poder Judicial y que taxativamente se mencionan en el artículo 5º del COT;

c) Los tribunales especiales que no integran el Poder Judicial, como ocurre, por ejemplo, con los Tribunales Electorales Regionales (Ley N° 18.593), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (Ley N° 19.911), el Tribunal de Contratación Pública (Ley N° 19.886) o el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos en materias tributarias (art. 115 del Código Tributario)³⁴, y

d) Los jueces árbitros, que evidentemente no integran tampoco el Poder Judicial según se desprende de las normas apuntadas.

Debe observarse, por lo demás, que el texto original del art. 5º del COT fue sustancialmente modificado por la Ley N° 18.969 (D.O. de 10 de marzo de 1990), agregándose recién allí el inciso final según su actual redacción. Antes, en efecto, la norma indicada no hacía mención alguna a los árbitros, al punto que

³³ Es la clasificación que hace también COLOMBO (1959), p. 139. El autor adopta en todo caso la concepción de AYLWIN en cuanto a la naturaleza del arbitraje, considerando a los árbitros como jueces especiales, que ejercen una jurisdicción extraordinaria.

³⁴ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, al considerar al Director Regional del Servicio de Impuestos Internos como tribunal especial, que no pertenece al Poder Judicial (por todas, STC de 31 de enero de 2007, Rol N° 628-2006, inaplicabilidad por inconstitucionalidad). Más clara aún es la STC de fecha 8 de abril de 2002, en donde se confirma que no todos los tribunales establecidos por la Constitución y la ley forman parte del Poder Judicial, como lo afirma la doctrina que he mencionado:

“*Nuestra Constitución Política caracteriza la jurisdicción como una función pública emanada de la soberanía, lo que resulta de aplicar los artículos 5º, 6º y 7º de la Constitución, y entrega su ejercicio en forma privativa y excluyente a los tribunales establecidos por ella o la ley, que son ‘las autoridades que esta Constitución establece’.* Así se desprende de las disposiciones constitucionales contempladas en los artículos 73, 74, y de los Capítulos VII y VIII, que establecen el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, respectivamente”.

“(…) como la función jurisdiccional es expresión del ejercicio de la soberanía, sólo la pueden cumplir las autoridades que esta Constitución establece (...) sea que las autoridades jurisdiccionales a que alude se encuentren dentro o fuera del “Poder Judicial”. (Recurso ingreso Rol N° 346-2002, Considerandos 44º y 45º).

en el proyecto original de don Francisco Vargas Fontecilla, antecedente del art. 5° de la *Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales* de 1875 y éste, a su vez, del art. 5° del COT, se consideraba a los árbitros como jueces exceptuados de la regla general consignada en la referida disposición y, por ende, de los tribunales a que ella se refería³⁵. Por lo mismo, en el art. 6° de ese proyecto se señalaba expresamente lo siguiente:

*“Art. 6°. No obstante lo dispuesto por el artículo anterior las partes podrán, cuando lo tuvieren a bien, someter de comun acuerdo a la resolución de jueces árbitros las contiendas que entre ellas se susciten, procediendo en tal caso con arreglo a lo prevenido en el tít. XIII de esta Lei”.*³⁶

³⁵ El art. 5° de la Ley de 1875 señalaba:

“A los tribunales que establece la presente Lei estará sujeto el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, con las solas excepciones siguientes:

1ª. Las acusaciones que se entablen con arreglo a lo dispuesto por los artículos 38 i 83 (hoi 29 i 74) de la Constitución de la República;

2ª. Las causas cuyo conocimiento corresponde al Consejo de Estado, con arreglo al artículo 104 (hoi 95) de dicho Código;

3ª. Las causas sobre abusos de la libertad de imprenta, cuyo conocimiento corresponde a las autoridades que designan la parte 7ª. del artículo 12 (hoi 10) del mismo Código i la lei respectiva;

4ª. Las causas por delitos meramente militares o que consistan en la infracción de las leyes especiales del ramo, i no en la de las leyes comunes, de las cuales conocerán los tribunales que el Código Militar designa;

5ª. Las causas por delitos comunes que cometan los militares estando en campaña o en actos del servicio militar, o dentro de sus cuarteles, todas las cuales quedarán sujetas al conocimiento de los tribunales que el Código designa.

Quedarán asimismo sujetas a los tribunales que el Código Militar designa las demandas por deudas procedentes de la administración militar, cuyo valor no exceda de doscientos pesos, siempre que fueren interpuestas por los subalternos contra sus superiores;

6ª. Las causas sobre cuentas fiscales, de las cuales conocerán la Contaduría Mayor i el Tribunal Superior de Cuentas;

7ª. Las causas sobre cuentas municipales, de las cuales conocerán las autoridades que designa la lei.

Corresponde también a los tribunales que esta Lei establece, el conocimiento de las causas que versen sobre la validez o nulidad de un matrimonio no católico o sobre divorcio temporal o perpetuo entre cónyuges casados conforme a ritos no católicos.

Las penas que la autoridad eclesiástica imponga en virtud de su jurisdicción espiritual no se entenderá que dejan de ser espirituales porque produzcan efectos temporales, como por ejemplo, la suspensión o privación de un beneficio eclesiástico, o de sus frutos”.

³⁶ BALLESTEROS (1890), p. 9. Según este autor, la disposición transcrita no fue tomada en cuenta por la Comisión Revisora, aunque por cuestiones formales de simple sistematización. Sin embargo –dice–, de seguro no habría prosperado en el debate parlamentario por ser “redundante i sin objeto especial”, agregando que “no puede considerarse como tribunal de excepción el juez árbitro, cuyo nombramiento i funciones están determinados por la Lei”. Cierto que el árbitro no es un tribunal de excepción, como razona el autor; pero es evidente que este último confunde también –como ocurre incluso hasta hoy con una parte de la doctrina– la función del mismo árbitro con su naturaleza jurídica.

En consecuencia, la persona que se ha desempeñado libremente en un determinado ámbito privado de ejercicio de su profesión u oficio y que, por lo mismo, no está sujeta de manera alguna –y menos de forma permanente– al estatuto que rige el desempeño de los órganos públicos que el Estado reconoce, no se convierte en agente público ni en miembro del Poder Judicial por la sola circunstancia de haber sido designado como árbitro por las partes. Así como los abogados no pueden considerarse como una autoridad pública o como funcionarios de dicho orden en razón de la sola función de colaboración al servicio de la justicia que prestan (de interés público, por ende), ni el ciudadano que detiene al autor de un delito que es sorprendido en flagrancia se convierte por ello en un funcionario miembro de los cuerpos de policía del Estado; así tampoco el árbitro que es designado como tal se convierte en parte del Poder Judicial por la naturaleza de la función que desempeña.

Dicho de otra forma, por el solo hecho de aceptar voluntariamente la designación que libremente le han hecho dos o más personas enfrentadas entre sí para la resolución de un conflicto jurídico, el árbitro no se transforma *per se* y en ese mismo instante incluso en un órgano público, asimilado a los tribunales ordinarios o especiales que integran de manera permanente el Poder Judicial. Desde luego, y como sostienen Merino y Chillón³⁷, cuando el Estado interviene en el proceso, a través del juez, lo hace en una posición jerárquicamente superior respecto de los restantes sujetos intervinientes, mientras que en el arbitraje “no se da esa idea de jerarquía ni de subordinación, sino la idea de coordinación”. Asimismo, entender que los árbitros pasan por su sola designación a integrar el *staff* de miembros del Poder Judicial, implicaría admitir necesariamente y al mismo tiempo que dentro de este poder público, por esencia organizado y perdurable en el tiempo, existiría una parcela en donde sus jueces son sin embargo ocasionales y, lo que es peor aún, elegidos por los particulares y no por el Estado como delegado de la soberanía y titular de la jurisdicción. Con todo, semejante postulado no puede permitirse bajo ningún respecto pues, con más o menos matices, en ningún Estado de Derecho puede tolerarse que la conformación del Poder Judicial esté regida por criterios electoralistas y/o por las preferencias de los justiciables a la hora de designar a sus “miembros”; ni éstos pueden ir y venir tampoco según la voluntad soberana de los primeros³⁸.

³⁷ MERINO; CHILLÓN (2006), p. 227.

³⁸ El sistema de elección popular de los jueces encuentra no obstante manifestaciones concretas en el Derecho comparado del siglo XIX. Fundados en el principio de soberanía popular (según el cual el poder viene del pueblo)

No parece acertado, en síntesis, sostener que los principios que rigen el Poder Judicial están presentes en el arbitraje, como indica la doctrina ya mencionada. Más aún, en derecho comparado quienes postulan incluso la naturaleza jurisdiccional del arbitraje descartan, sin embargo, que los árbitros sean miembros del Poder Judicial³⁹. Los árbitros *hacen* lo que el Poder Judicial, pero *no son* Poder Judicial, lo que es perfectamente justificable y así lo ha sido durante siglos. Es este el hilo conductor que no debe perderse de vista pues, en definitiva, permite desbrozar el camino a seguir en la correcta conceptualización del arbitraje.

De igual modo y por las mismas razones, los árbitros tampoco pueden ser considerados como órganos o funcionarios públicos por la función jurisdiccional que desempeñan o por la sola circunstancia de ser catalogados como “jueces” por la ley. Además, y como señala Romero⁴⁰, “su designación no la realiza el Estado a través del mecanismo de designación de los magistrados judiciales”; a lo que debe añadirse que no son remunerados con recursos públicos ni están sujetos a las mismas obligaciones⁴¹ y prerrogativas⁴² inherentes a los miembros del Poder Judicial.

y siendo el Poder Judicial uno de los poderes del Estado, muchos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica aplicaron este sistema a impulso de la llamada “revolución jacksoniana” (cuyo nombre deriva de su promotor Andrew Jackson, presidente de ese país entre 1829 y 1837), la que proclamaba precisamente la necesidad de autogobierno. La doctrina ampliamente mayoritaria, muy crítica respecto de este sistema “electoral”, reconoce como única posible ventaja del mismo el compromiso y reconocimiento más intenso que podría generarse hacia los jueces por el hecho de ser elegidos por el pueblo. Sin embargo, se lo rechaza de manera enérgica por la politización de los jueces en su lucha por lograr precisamente esa elección, lo que necesariamente resiente su independencia. GABINO señala que este sistema existe actualmente en algunos cantones suizos y que también existió en la Constitución del Estado de San Juan, Argentina, del año 1878, para los jueces de paz (art. 126), y en el art. 110 de la Ley N° 1.532 de los territorios nacionales, de 1884 (GABINO (1998), pp. 227 y 228).

³⁹ En este sentido, MALAQUER señala que “Lógicamente, el arbitraje no constituye un órgano del poder judicial, aunque posea una cierta naturaleza de éste por constituir un ‘equivalente jurisdiccional’, al obtener las partes intervinientes los mismos objetivos que se obtienen con la jurisdicción civil” (MALAQUER (2004), p. 50).

⁴⁰ ROMERO (1999), p. 485. Sobre las diferencias entre los jueces estatales y los árbitros puede consultarse también a MERINO (2004), pp. 31 y 32.

⁴¹ PICAND sostiene lo contrario, fundando tal conclusión en que a los árbitros le serían también aplicables las obligaciones de despacho (artículo 319 del COT) y las prohibiciones de los artículos 320 y 321 del COT, además de encontrarse sujetos a la tuición disciplinaria de los tribunales superiores de justicia en caso de actuaciones abusivas (PICAND (2006), p. 203, nota 27). Me parece, sin embargo, que tal obligación y dichas prohibiciones, respectivamente, de entre todas aquellas que se contemplan en el párrafo 7° del Título X del COT, artículos 311 a 323 bis A, apuntan simplemente a establecer estándares mínimos de eficiencia, imparcialidad y probidad, sin llegar a convertirlos en modo alguno en órganos públicos incorporados al Poder Judicial.

⁴² Por cierto que los árbitros no tienen el tratamiento de *Señoría*, ni ocupan lugares especiales en la ceremonias públicas, ni están exentos de las obligaciones o cargas personales que las leyes imponen a los ciudadanos; y menos después de jubilados (artículos 306, 307, 308 y 309 del COT, respectivamente).

Jueces estatales y árbitros participan entonces de la labor de administración de justicia porque así lo autoriza el ordenamiento constitucional, sin que por ello pueda confundirse sin embargo el concreto sitio institucional que a cada uno le corresponde. Los primeros, como parte del Poder Judicial, constituyen órganos públicos que ejercen la función jurisdiccional de manera permanente, con estricta sujeción a la Constitución y la Ley y con potestad para interpretarla y aplicarla. Los árbitros, en cambio, son reflejo y consecuencia de la libre iniciativa y voluntad de las partes, reconocida también por la Constitución como valor humano fundamental, cuya autoridad –no potestad– emana de esa misma voluntad autónoma y se orienta, por lo mismo, a resolver los conflictos jurídicos dentro del preciso marco material que las partes también le han señalado. Todavía más, la propia definición de árbitros que da el art. 222 del COT distingue expresamente entre los árbitros –a quienes llama jueces– y la “*autoridad judicial*” que es llamada a designarlos, a falta de acuerdo de las partes. Como señala el TC español, en fin, “*desde la perspectiva del objeto, el arbitraje sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición, según cuida de indicar el art. 1 de la Ley vigente. Además, el elemento subjetivo, conectado con el objetivo, pone el énfasis en la diferente configuración del «Juez», titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido, por tanto, de imperium, y del «árbitro, desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia. En definitiva es un particular que ejerce una función pública, como en otros sectores pueden mencionarse ejemplos de libro (el notario, el capitán de buque mercante, el párroco) y muchos otros que la jurisprudencia ha ido añadiendo a ese primer repertorio (agentes de aduanas, guardas jurados, habilitados de clases pasivas, etc)*”.⁴³

Reconociendo también estas diferencias, en fin, algunas legislaciones han llegado a equiparar incluso a los árbitros con funcionarios públicos para efectos penales, como ocurre, por ejemplo, en Brasil con el artículo 17 de la Ley N° 9.307, de 23 de septiembre de 1996. En Chile, por su parte, el párrafo 4°, Libro II, Título V, del Código Penal, al tratar sobre el delito de prevaricación, hace una clara distinción entre el delito cometido por los “*miembros de los tribunales de justicia colegiados o unipersonales y los funcionarios que desempeñen el ministerio público*”

⁴³ ATCE N° 259/1993, de 20 julio, en Aranzadi Westlaw, RTC 1993\259.

(art. 223), por una parte, y aquel que cometen –por la otra– los compromisarios, al señalar en su art. 227:

“Art. 227. Se aplicarán respectivamente las penas determinadas en los artículos precedentes:

(...) 3º A los compromisarios, peritos y otras personas que, ejerciendo atribuciones análogas, derivadas de la ley, del tribunal o del nombramiento de las partes, se hallaren en idénticos casos”.

Tal distinción legal, en fin, pierde todo sentido y deviene en superflua de aceptarse que los árbitros son también órganos públicos, miembros del Poder Judicial. No lo entiende así, sin embargo, la Corte de Apelaciones de Santiago, cuando señala en este sentido:

*“9º) Que, establecido entonces que un juez árbitro tiene la calidad de magistrado judicial, desde que se le aplica la misma normativa que a los jueces ordinarios, y que en el caso de la especie se ha ejercitado la acción penal respecto de un delito previsto precisamente para los magistrados, la conclusión inevitable es que para el encausamiento o procesamiento por actos derivados de la instrucción de determinado proceso de que ha conocido el querellado de autos se deben observar las mismas reglas que para los jueces ordinarios”.*⁴⁴

Si en el delito de prevaricación la ley penal ha tenido que distinguir como se dijo entre los miembros de tribunales de justicia –colegiados o unipersonales– y los compromisarios, en fin, es precisamente porque ambas categorías no pueden identificarse entre sí. Por ende, si los árbitros responden penalmente en este caso no es a consecuencia de la homologación que parece destacar la sentencia recién transcrita, ni porque puedan ser considerados como empleados públicos para estos efectos, sino simplemente porque el art. 227 ya citado así lo ha dicho expresamente, tipificando la conducta del compromisario de manera autónoma.

Lo mismo ocurre con la conducta tipificada en el art. 240 del mismo Código, que sanciona penalmente al “*empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo*”. Pues bien, el inciso 2º de dicha norma señala expresamente que “*Esta disposición es aplicable a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren...*”, lo que demuestra que el legislador penal tampoco ha considerado

⁴⁴ SCA de Santiago, de 16 de agosto de 2007, Rol N° 13268-2006, disponible en http://www.poderjudicial.cl/index2.php?pagina1=estados_causas.php. Consultada el 6 de agosto de 2011.

al árbitro como “empleado público”. Como apunta Etcheberry⁴⁵, refiriéndose precisamente a los delitos del Título V del Libro II del Código Penal, “el árbitro sí puede (con las modalidades y limitaciones que hemos analizado) ser considerado *juez* (porque lo es, aunque no de carrera, o ‘del orden judicial’, como dice el Código Penal), pero no ‘empleado público’, en sentido amplio. Si así no fuere, la Comisión Redactora 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”.

3.1.3. *¿Tiene el arbitraje interno en Chile naturaleza jurisdiccional?*

Sin duda que los árbitros en el ordenamiento chileno, al igual que en el Derecho comparado, tienen una función jurisdiccional que les ha sido reconocida y cedida por el Estado y que, por lo mismo, resulta equivalente a la que cumplen los tribunales oficiales. La ley los califica además como jueces (artículos 5º y 222 COT), lo que lleva a la doctrina a considerar su función como “una especie de jurisdicción: un poder para ciertas personas de ejercer oficio de tribunales, de juzgar litigios”⁴⁶.

Sin embargo, de ahí a entender que la función apuntada le imprime a la institución arbitral en su conjunto una naturaleza estrictamente jurisdiccional y, más aún, que los árbitros forman parte incluso del Poder Judicial por el solo hecho de reflejar en su función el componente jurisdiccional ya apuntado, hay una gran distancia. Como ejemplo claro de esta orientación doctrinal en Chile, que confunde la función del arbitraje con su naturaleza jurídica, pueden citarse las palabras de Pereira⁴⁷ cuando señala: “Fluye así la aserción de que los jueces árbitros tienen naturaleza pública porque surgen al amparo de la Constitución y de los códigos procesales y la función que ejercen, la jurisdicción, es parte del poder público. La evolución de la institución desde el Derecho Romano hasta nuestros días lo confirma porque se desarrolla desde una concepción contractual privatística hacia una jurisdiccional publicística...” (concepción esta última que, según se dijo, se encuentra ya superada por la doctrina comparada).

La función heterocompositiva y por ende jurisdiccional, como señalé antes, es sólo uno de los elementos que caracterizan la institución arbitral; pero

⁴⁵ ETCHEBERRY (2006), p. 258.

⁴⁶ AYLWIN (1953), p. 53.

⁴⁷ PEREIRA (1996), p. 7.

también lo son, y con no menor intensidad, las relaciones jurídico-privadas que lo envuelven desde su nacimiento y durante todo su desarrollo. Por lo mismo, no puede entenderse cabalmente el arbitraje interno, según se lo concibió en el Derecho Romano y tal como ha llegado hasta nuestros días a lo largo de siglos de evolución, si, por inercia crítica ante una opción legislativa que reclama ya una revisión integral (fruto sin duda de una tradición jurídica propia pero, cómo no reconocerlo, nutrida por legislaciones muy remotas que no encajan con la realidad actual), se descuida por el camino la concepción ontológica y la esencia misma de la institución.

En esta parte, entonces, no puedo sino discrepar de las opiniones a que me he referido pues, como se dirá más adelante, el arbitraje es eso, arbitraje; y los tribunales arbitrales por lo mismo, una vez constituidos como resultado de la opción voluntaria de las partes, no pierden esa fisonomía propia y autónoma para transformarse en tribunales semiordinarios, especiales, extraordinarios o como quiera que se les llame⁴⁸.

Dicho de otra forma, y siendo la función jurisdiccional una sola⁴⁹, la que ejercen los árbitros no es en consecuencia ni especial, ni excepcional ni extraordinaria; cosa que en nada obsta por lo demás a su perfecta incardinación en el ordenamiento constitucional, desde que en éste se reconoce la libertad de las personas para resolver sus disputas por esta vía heterocompositiva. Es una vez reconocida esa libertad primigenia por el Estado que éste, como se dijo, cede y reconoce consecuentemente, en su fase declarativa, la función jurisdiccional que desempeña el árbitro en el ámbito de las materias que para el Derecho resultan disponibles; pero la función en sí es una sola.

De lo señalado puede concluirse, en síntesis, que los dos aspectos o elementos integradores del arbitraje (privatístico/jurisdiccional) y las múltiples relaciones

⁴⁸ Para el profesor AYLWIN, en efecto, “El juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”. El arbitraje importa además para el mismo autor “una jurisdicción extraordinaria, de excepción, que el Estado franquea a los individuos, al lado de las jurisdicciones ordinarias, para cuando desean substraerse a éstas y someter sus litigios a tribunales de mayor confianza” (AYLWIN (1953), pp. 21 y 53, respectivamente). En términos similares se pronuncia ALIAGA, para quien “estos jueces o tribunales tienen caracteres especiales que arrancan de su naturaleza extraordinaria” (ALIAGA (1985), p. 18).

⁴⁹ Según MONTERO, “no cabe decir que la jurisdicción cumple funciones distintas, sino que la única función se actúa en ámbitos distintos, a riesgo de tener que llegar a la conclusión de que la función es distinta en los diversos tipos de proceso, es decir, de actividad jurisdiccional” (MONTERO (2004), pp. 127 y 128).

jurídicas que de ellos surgen, no pueden disociarse sin desfigurarse con ello la institución en su conjunto. El origen del arbitraje y la función que los árbitros cumplen van necesariamente unidas, pues, como señala Garberí⁵⁰, “es común a todas las culturas jurídicas (y la chilena no es la excepción) que el contrato es ley para las partes, y por lo tanto, bien se trate de un arbitraje de derecho, bien de un arbitraje de equidad, el contrato habrá de constituir la base de la decisión de los árbitros” (el paréntesis es propio).

Discrepo por lo mismo con Colombo⁵¹, quien refiriéndose al proceso arbitral afirma que “debe descartarse al tenor de nuestros textos (legales), su eventual origen contractual o el ejercicio por parte del árbitro de una función mediadora en la solución de conflictos (...) Arranca así su jurisdicción (el árbitro) de la Constitución y de la ley y no de la voluntad de los litigantes”. (Los paréntesis son propios). Tres comentarios al respecto:

A) El árbitro no es un mediador, lo que no requiere de mayores precisiones.

En cambio, no resulta posible poner en duda –y menos descartar– el origen voluntario del arbitraje y el carácter necesariamente contractual del convenio arbitral⁵², pues con ello se desconoce lisa y llanamente la propia naturaleza de la institución arbitral en cuanto tal, compleja y por lo mismo autónoma según se dirá más adelante.

En otros términos, el arbitraje que no encuentra su origen en la autonomía de la voluntad, como expresión de la libertad de los ciudadanos, no es entonces arbitraje sino un fenómeno que, por el contrario, desconoce y atenta contra su misma esencia como herramienta heterocompositiva.

No puede desconocerse, por cierto, que una vez aceptado el cargo por el árbitro e iniciada la fase procesal del arbitraje –o proceso arbitral–, la autonomía de la voluntad de las partes se ve sustancialmente restringida ante el poder de decisión que le viene instituido al árbitro por la ley, para resolver precisamente el conflicto e imponer su decisión con autoridad de cosa juzgada. Tras la aceptación del encargo respectivo, en efecto, el árbitro se independiza funcionalmente de las partes (lo que sólo puede alterarse –en el caso de la ley chilena– por el acuerdo unánime de las mismas según el artículo 240, N° 1, del COT); pero ello no puede servir de base para desconocer el origen voluntario del arbitraje pues, como

⁵⁰ GARBERÍ (2004), p. 840.

⁵¹ COLOMBO (2006), p. 114.

⁵² El mismo autor habla luego del “contrato de compromiso” (COLOMBO (2006), p. 124).

señala Martínez⁵³, lo que ahí se produce es precisamente un “reconocimiento *legal* en favor de la autonomía de la voluntad”, y no el desconocimiento de la misma como fuente del arbitraje.

En otros términos, con la aceptación del árbitro, en cuanto hito que marca el inicio de la relación heterocompositiva, surge o adquiere forma una nueva relación jurídica –de entre las varias que coexisten en la institución arbitral–, denominada por la doctrina como contrato de dación y receptación del arbitraje⁵⁴. De este contrato, que vincula ahora a las partes que dan el arbitraje y al árbitro que lo recibe, surge para las primeras –entre otras– la obligación de estar y pasar por la decisión del árbitro, quien a su turno asume –como contrapartida a su derecho de percibir honorarios por sus servicios– la de ejercer fielmente ese poder de decisión resolviendo sobre el fondo del conflicto sometido a su conocimiento, sobre la base de un proceso con todas las garantías.

En consecuencia, la jurisdicción que se confiere a los árbitros para resolver la cuestión litigiosa, respondiendo incluso por los daños y perjuicios que causaren en el ejercicio de dicha función⁵⁵, proviene precisamente del contrato recién mencionado, que como apunta González⁵⁶ es “fuente de atribución de poder de decisión a una concreta persona o personas”. Es, por lo demás, el razonamiento que se contiene en el artículo 241 del COT, cuando señala que el compromiso concluye cuando las partes “*de común acuerdo*” revocan la jurisdicción otorgada al compromisario, reforzando así el origen voluntario de esa función tanto en su nacimiento cuanto en su extinción.

Por lo anterior, en síntesis, creo inapropiado descartar todo rasgo contractual en el ejercicio del poder apuntado pues, insisto, tanto el compromiso cuanto la dación y receptación del arbitraje son contratos, y de ellos se deriva precisamen-

⁵³ MARTÍNEZ (2002), p. 177.

⁵⁴ AYLWIN habla de contrato de compromisario, definiéndolo como “aquel por el cual una persona se obliga a desempeñar las funciones de árbitro entre otras que litigan y éstas, generalmente, a remunerarle sus servicios con un honorario” (AYLWIN (1953), pp. 384 y 385).

⁵⁵ El artículo 21.1 LA 60/2003 requiere para ello que se acredite “*mala fe, temeridad o dolo*” del árbitro, lo que excluye la simple negligencia. Distinta es la situación en la legislación chilena, en donde el árbitro responde hasta de la culpa leve por aplicación de las normas comunes en materia de responsabilidad contractual. ABELIUK señala al respecto que “el árbitro en el cumplimiento de su obligación queda sujeto a las normas del contrato de prestación de servicios, en todo y por todo, y desde luego en su responsabilidad por incumplimiento, donde responde de la culpa leve, y por ende, de los perjuicios que puede ocasionar, por ejemplo, por renuncia intempestiva o injustificada” (ABELIUK (2006), p. 52).

⁵⁶ GONZÁLEZ (2006), pp. 630 y 631.

te lo que algunos autores llaman “jurisdicción arbitral” y otros, simplemente, “competencia arbitral”⁵⁷. Que el Estado se involucre en el arbitraje reconociendo por ley esa función, en fin, no autoriza a descartar su origen volitivo pues, por el contrario, ese reconocimiento proviene precisamente de otro anterior y superior, que apunta a la libertad como derecho fundamental.

B) Tampoco puede argumentarse aquí en base a los textos legales que regulan y han regulado la materia en Chile; y menos cuando el ordenamiento chileno exhibe hoy una moderna ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, que recoge de principio a fin los principios y normas propuestas por la Ley Modelo UNCITRAL, de 1985 (y que ciertamente no descarta en modo alguno el carácter contractual del convenio arbitral, en cuanto origen del arbitraje, como tampoco lo hace el Derecho comparado en general).

Los textos legales que regulan hoy el arbitraje interno en Chile encuentran sus orígenes remotos en el Derecho castellano del siglo XVI, que continuó aplicándose incluso tras la emancipación en el siglo XIX. Tales textos y en particular el *Código de las Siete Partidas*, si bien consideraron efectivamente al árbitro como juez (en cuanto manifestación de lo que se ha denominado “corriente judicialista” del arbitraje), destacaron simultáneamente sin embargo el origen esencialmente voluntario del arbitraje como sistema heterocompositivo, al punto que en las *Partidas* se le desconoce explícitamente todo valor a aquellas actuaciones del árbitro que no guardaren una estricta congruencia objetiva con el mandato recibido de las partes. Ese mandato, precisamente, se contenía en el compromiso que celebraban las partes como manifestación y en ejercicio de la autonomía de la libertad que los mismos textos legales reconocían en tal sentido, cuestión que poco o nada ha variado hasta nuestros días en lo que concierne al denominado “arbitraje voluntario” en Chile (por oposición al forzoso u obligatorio, sobre el que volveré más adelante).

Por lo anterior, en mi opinión, lo que debe descartarse definitivamente entonces es la idea de que, en Chile y a la luz de los textos legales vigentes, el arbitraje no tiene un origen contractual. Sin duda que lo tiene, ya sea bajo la forma de un compromiso o como cláusula compromisoria.

Con todo, lo dicho no implica en modo alguno el aceptar, entendiéndose bien, que la institución arbitral en cuanto tal tenga una naturaleza contractual, pues, así como el elemento funcional del arbitraje no implica su naturaleza jurisdiccional,

⁵⁷ Cfr. ABELIUK (2006), p. 43.

así tampoco su origen importa su naturaleza contractual. El conceptuar al arbitraje como institución⁵⁸ obedece, precisamente, a su carácter más o menos complejo, en donde no puede privilegiarse sólo una de sus partes –la función jurisdiccional o el origen contractual– sin desvirtuar consecuentemente el todo y los elementos que lo componen (convenio, designación o relación arbitral, procedimiento y laudo). Es lo que ocurre, en fin, al pretender categorizar un instituto que no admite sin embargo encasillamientos, o al querer asimilarlo forzosamente a otras categorías o institutos jurídicos preexistentes que no lo explican de manera integral.

C) Por último, resulta también evidente que en todo Estado de Derecho la función jurisdiccional que ejerce el árbitro debe estar amparada por la Constitución y la ley. Sin embargo, no me parece posible postular desde ahí, sin confundir nuevamente la función del arbitraje con su naturaleza jurídica, que la fuente de dicha función se encuentre exclusivamente en la ley, con prescindencia de la voluntad de las partes.

Por el contrario, es el reconocimiento que el ordenamiento jurídico hace de la autonomía de la voluntad y de la libertad, como derecho fundamental, lo que permite insertar al arbitraje en el entramado constitucional, de manera que si en este último se lo acepta –al arbitraje– como medio de solución heterocompositiva, es precisamente porque la propia Constitución le ha reconocido antes a las partes la libertad para optar por él, tratándose de materias disponibles en Derecho.

4. *Tesis mixta*

En reacción a los planteamientos extremos antes descritos, y con el propósito de hacerlos converger en una sola y única concepción sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, se plantea aquí su carácter contractual en el origen, pero jurisdiccional en su desenlace y efectos. Para la tesis mixta o ecléctica entonces, actualmente mayoritaria, nadie podría desconocer el origen contractual del compromiso arbitral –con la excepción ya apuntada del arbitraje testamentario– ni el carácter privado del vínculo que surge entre las partes y el árbitro; pero tampoco podría negarse la concurrencia simultánea de institutos de naturaleza esencialmente jurisdiccional,

⁵⁸ GASPAR define el concepto jurídico de “institución” diciendo que es un “conjunto de normas o disposiciones del derecho que regulan coordinadamente las relaciones jurídicas de una clase determinada”. (GASPAR (1998), p. 53).

Según esta definición entonces, el arbitraje constituye sin duda una institución jurídica desde que en torno a él se regulan las diversas relaciones jurídicas que se generan, ya sea entre las partes al convenirlo, entre éstas y los árbitros, y las de ambos –partes y árbitros– con la jurisdicción estatal.

como la eficacia del laudo, su ejecución y el efecto de cosa juzgada que surge del mismo.

La jurisprudencia del TC español, sin llegar a la asimilación funcional entre los jueces estatales y los árbitros, ha optado por referirse en este sentido al arbitraje como un *equivalente jurisdiccional*, señalando así por ejemplo:

*“A tenor de la Ley de Arbitraje de 1988, el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de Derecho actúa en ejercicio de una potestad de iuris dictio, pues el arbitraje es un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991 [RTC 1991/162], fundamento jurídico 5.º, y 288/1993 [RTC 1993/288], fundamento jurídico 3.º). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de auctoritas, por imperativo de la Ley; y sólo carece del imperium necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales civiles.”*⁵⁹

Igual declaración hace el TC en su sentencia de 14 de octubre de 2002:

“...porque el simple examen acerca de si el ejercicio de una pretensión procesal es o no jurídicamente viable no puede, en modo alguno, equipararse al enjuiciamiento sobre el fondo de aquélla, que es la función que ha de quedar siempre reservada, «ex» art. 117.3 CE, a los Juzgados y Tribunales o, en su caso, a los órganos arbitrales, como equivalente jurisdiccional [STC 12/1998, F. 4 b)]”.⁶⁰

Más clara aún es la STC de 13 de noviembre de 1997:

“...como ya ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, pues «siendo el arbitraje un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que de la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada, es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia» (SSTC 15/1987 [RTC 1987/15], fundamento jurídico 9, b); 62/1991 [RTC 1991/62], fundamento jurídico 5)”.⁶¹

Según esta tesis, entonces, el arbitraje constituye un medio de resolución de conflictos alternativo al proceso judicial, que por ende es reemplazado por las

⁵⁹ ATCE de 28 de octubre de 1993, en *Aranzadi Westlaw*, RTC 1993/326.

⁶⁰ STCE, 14 de octubre de 2002, en *Aranzadi Westlaw*, RTC 2002/182.

⁶¹ STCE, 13 de noviembre de 1997, en *Aranzadi Westlaw*, RTC 1997/196.

partes con miras a obtener los mismos fines de cosa juzgada y ejecutoriedad de la decisión jurisdiccional. Como señalan Fernández, Teso y Arozamena⁶², “el arbitraje se configura, por tanto, como un medio de resolución que sustituye al proceso, como un verdadero “equivalente jurisdiccional”, agregando que en tal carácter ofrece a las partes, al igual que el proceso oficial, la posibilidad de obtener “una decisión que pone fin al conflicto con todos los efectos de cosa juzgada”. Es lo que sostiene también Carnelutti⁶³, al concebir la noción de “equivalente jurisdiccional” como un medio orientado a la composición de conflictos que actúa el ordenamiento jurídico, a diferencia del proceso jurisdiccional, por un interés privado y no público, alcanzando no obstante el mismo fin que persigue la jurisdicción estatal.

5. El arbitraje como institución autónoma

Un último paso en la configuración de la naturaleza jurídica del arbitraje, por delante incluso de la tesis mixta recién comentada, lo constituye la concepción del mismo como entidad autónoma. Se parte aquí de la base de reconocer –como lo hace por lo demás la concepción ecléctica– la existencia de los múltiples y variados aspectos que confluyen en el arbitraje, de carácter privado algunos, de naturaleza pública otros; pero a diferencia de aquélla, no se insiste ya en encasillarlo en formatos conocidos ni en catalogarlo como un “equivalente” o “asimilado” de algo, sin identidad propia.

El arbitraje envuelve todo un entramado de relaciones jurídicas en las que intervienen y participan no sólo las partes, sino también terceros (como ocurre en la fase de ejecución del laudo cuando presupone apremios según la ley chilena; y en todo caso según la ley española). En él conviven, además, la primacía de la voluntad desde su origen y durante todo su desarrollo, con una función y una decisión que tiene sin embargo un carácter esencialmente jurisdiccional. En él se generan, en fin, obligaciones y responsabilidades de diversa naturaleza, ya sea para los árbitros por el hecho de aceptar el encargo; entre éstos y las partes, o entre ellas recíprocamente.

Por lo anterior, entonces, la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje impone un análisis integral del mismo, según los distintos momentos que lo constituyen desde su formación, durante su sustanciación y en su fase de decisión. En

⁶² FERNÁNDEZ; AROZAMENA (2004), p. 42.

⁶³ CARNELUTTI (1944), p. 183.

otros términos, y como señala Barona⁶⁴, la pregunta clásica de “¿qué es esencial en el arbitraje: la libertad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce –el proceso– para su ejercicio?”, recibe una sola respuesta: no puede concebirse un arbitraje sin la concurrencia de todas las partes o piezas antes mencionadas. “Esto nos lleva a concluir –continúa la autora mencionada– que “el arbitraje es el arbitraje”, y esa es su naturaleza jurídica (...) En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma”.

El arbitraje constituye, en síntesis, un sustituto jurisdiccional autónomo, en donde los árbitros tienen atribuciones para sustanciar y resolver conflictos jurídicos no reservados en derecho al Poder Judicial. Para algunos autores⁶⁵, el Estado, en base a criterios de oportunidad o de estricta política procesal, cede parte de su monopolio jurisdiccional a terceros para que conozcan y resuelvan los conflictos sobre materias que son disponibles para las partes, reteniendo en todo caso el monopolio de la coacción. Lorca⁶⁶, en cambio, niega que exista aquí una cesión de la función jurisdiccional por parte del Estado, sin dar no obstante mayores luces sobre este aspecto al propugnar simplemente el carácter alternativo del arbitraje.

En mi opinión, la función del árbitro deriva efectivamente y de manera directa de la cesión funcional que el Estado hace en este ámbito, al permitir la heterocomposición de conflictos a través de personas que no forman parte de sus órganos jurisdiccionales. Pero, antes que eso, el origen y justificación de ese reconocimiento o cesión jurisdiccional debemos situarlo en la libertad de la persona como valor fundamental y, desde allí, en la posibilidad de las partes de disponer de su derecho a recurrir ante aquellos órganos porque así se los permite y reconoce la Constitución. Sin esa libertad primigenia, en fin, no hay cesión funcional ni reconocimiento jurisdiccional posible.

De esta forma, entonces, el arbitraje constituye una vía alternativa y autónoma de la judicial en la solución de un mismo fenómeno o problema social: el conflicto jurídico entre partes. Como afirma Cremades⁶⁷, en fin, “¿Qué lejos quedan las viejas polémicas doctrinales para encuadrar el arbitraje en uno u otro

⁶⁴ BARONA (2004), pp. 58 y 59.

⁶⁵ *Cfr.* FORNACIARI (1988), p. 163.

⁶⁶ *Cfr.* LORCA (2004), p. 9.

⁶⁷ CREMADES (2003), p. 46.

sector de la ciencia o del ordenamiento jurídico! El arbitraje no es ya parte del Derecho civil o del Derecho procesal como pretendieron nuestros maestros en la Facultad de Derecho”.

II. LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD EN LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA DEL DERECHO CHILENO SOBRE ARBITRAJE INTERNO

Definida como ha sido la concreta naturaleza jurídica del instituto arbitral y descartadas, por ende, aquellas tendencias que lo encasillan en extremos rígidos e inconciliables según cuál sea el criterio que se quiera privilegiar –contractual o jurisdiccional–, nos encontramos ya en condiciones de abordar derechamente la interrogante que nos hemos planteado como hipótesis de trabajo en esta investigación: ¿es procedente el ejercicio la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en un juicio arbitral?

En lo que sigue, entonces, nos dedicaremos a dilucidar la manera en que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad incardina actualmente en la estructura dogmática del arbitraje interno en Chile, según sus diversas variantes, lo que nos permitirá determinar en definitiva si dicho arbitrio constitucional resulta o no aplicable en el marco de un juicio arbitral y, en su caso, cuáles son los obstáculos que se presentan en este preciso ámbito.

1. Una cuestión previa. La libertad como límite competencial del examen de constitucionalidad en el arbitraje: Breve referencia a la doctrina del TC español

En el ordenamiento jurídico español, el carácter esencialmente voluntario del arbitraje, que surge del ejercicio de la libertad que se le reconoce a las personas como derecho fundamental en la Constitución española (art. 1.1), ha sido insistentemente proclamado por el Tribunal Constitucional de ese país, al punto de considerar acertadamente a la voluntariedad como el “*fundamento y motor*” de la institución arbitral, que por lo mismo “*sólo llega hasta donde alcanza la libertad*”⁶⁸. Coincidente con tan explícita declaración, el mismo TC ha tenido oportunidad de ocuparse también de los efectos y consecuencias que se derivan de la doctrina recién apuntada, advirtiendo en tal sentido que aquéllas no sólo alcanzan o se aplican a la exclusiva esfera de ejercicio de las partes que han optado libremente

⁶⁸ ATCE N° 259/1993, de 20 de julio de 1993, Sala 1ª, Sección 1ª, *Aranzadi Westlaw*, RTC, 1993/259.

por el proceso arbitral, sino también a la competencia del propio TC cuando el examen de constitucionalidad que se le requiere se enmarca o viene constreñido, precisamente, por esa misma libertad.

1.1. Relación entre el arbitraje, el derecho a la tutela judicial efectiva y la competencia del TC

En su sentencia de 17 de enero de 2005, el TC considera que la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes constituye no sólo el fundamento de la institución arbitral, que permite entroncarla además con el entramado constitucional vigente⁶⁹, sino que además –y consecuentemente– una limitante competencial en el ejercicio de sus funciones constitucionales propias. Pronunciándose sobre el alcance y los efectos del ejercicio de esa libertad, el TC declara en esta sentencia:

“El arbitraje es un «medio heterónimo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE)» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 4); y «aquello que, por voluntad expresa de las partes, se defiere al ámbito del proceso arbitral, por esa misma voluntad expresa de las partes queda sustraído al conocimiento del Tribunal Constitucional» (STC 176/1996, de 11 de noviembre, F. 1) a través de un recurso de amparo en el que se invoquen las garantías del art. 24 CE, cuyas exigencias se dirigen, en principio, a la actividad jurisdiccional estatal (véanse, también, los AATC 701/1988, de 6 de junio [RTC 1988\701 AUTO], F. 1; y 179/1991, de 17 de junio [RTC 1991\179 AUTO], F. 2) y que, con respecto al arbitraje, sólo proyecta sus garantías con el carácter de derechos fundamentales a aquellas fases del procedimiento arbitral y a aquellas actuaciones para las cuales la Ley prevé la intervención jurisdiccional de los órganos judiciales del Estado, entre las más relevantes, la formalización judicial del arbitraje (en esta fase se situó el conflicto que dio lugar, por ejemplo, a la STC 233/1988, de 2 de diciembre [RTC 1988\233]), el recurso o acción de anulación y la ejecución forzosa del laudo” (F.J. 2º)⁷⁰.

La sentencia citada, fundada precisamente en la autonomía de la voluntad de las partes, deja en claro que tratándose del arbitraje todo examen de constitucionalidad de normas legales realizado a la luz del art. 24 de la CE, sobre derecho a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario predeterminado por la ley, sólo puede

⁶⁹ Sobre la constitucionalidad del arbitraje en el Derecho español pueden consultarse entre otras las sentencias del TCE 43/1988 (RTC 1988\43), 233/1988 (RTC 1988\233), 15/1989 (RTC 1989\15), 288/1993 (RTC 1993\288) y 174/1995 (RTC 1995\174).

⁷⁰ STCE, 9/2005, de 17 de enero, en *Aranzadi Westlaw*, RTC 2005/9.

orientarse a la revisión de aquellos aspectos del proceso arbitral en que deban intervenir los órganos jurisdiccionales estatales y, tratándose del laudo propiamente tal, a la revisión externa del mismo a través de la acción de nulidad, que encuentran fundamento en la infracción de normas de orden público y en el resguardo de las garantías procesales esenciales. En otros términos, y tal como se desprende de los ejemplos que ofrece la misma sentencia (*formalización judicial del arbitraje, anulación y ejecución forzosa del laudo*), el control que la ley le entrega en este sentido a los órganos judiciales apunta únicamente a la tutela formal del juicio arbitral o de sus garantías procesales, sin entrar a revisar el contenido decisorio del laudo ni la forma en que se ha valorado la prueba para llegar a esa decisión.

1.2. Revisión del laudo arbitral. Constitucionalidad de las normas legales de fondo y competencia del TC

Tal como ocurre con el moderno sistema de arbitraje que contempla la ley chilena sobre arbitraje comercial internacional (Nº 19.971, D.O. de 29 de septiembre de 2004), tributaria de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, en el derecho español el fondo de la decisión del árbitro sólo podrá atacarse de manera indirecta, por la vía de la anulación misma del laudo que la contiene cuando se ha dictado sin jurisdicción para ello (ya sea por ausencia total de la misma o por incongruencia derivada de su extralimitación) o con errores *in procedendo* que constituyen infracción del orden público. La jurisprudencia en España ha sido enfática en este aspecto, señalando por ejemplo:

“TERCERO. (...) se hace necesario precisar al objeto de delimitar el ámbito decisorio de la Sala en el tema que nos ocupa, que es Jurisprudencia Constitucional (Sentencias del Tribunal Constitucional 43/1988, de 16 de marzo y Auto de 20 de julio 1993), la que declara que el contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto, en sede constitucional, al ser un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria, con simplicidad de formas procesales aunque sí, en todo caso, de dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias. Consecuentemente, el recurso de nulidad no transfiere ni atribuye a la sala la jurisdicción originaria exclusiva propia de los árbitros, de ahí que la revisión que opere en el recurso de nulidad sea un juicio externo, pero sin entrar en el mayor o menor fundamento de lo decidido”⁷¹.

⁷¹ SAP Valencia, Sec. 8ª, Nº 920/1998, de 9 de noviembre, en *Aranzadi Westlaw*, AC1998/7727.

*“SEGUNDO. (...) Recurso [de nulidad del laudo] que, en razón de su naturaleza jurídica, básicamente incide sólo sobre la anulación del laudo por errores in procedendo, de modo que la cuestión de fondo o, mejor, su motivación, sólo será atacada indirectamente en función de una posible anulación de contenido en todo caso garantista o en función de la inobservancia de las garantías de instancia arbitral, puesto que la impugnación por violación de las reglas de derecho sólo es consentida a través de la propia inobservancia de las garantías que en la emisión del laudo deben observar los árbitros en cuanto al respeto al orden público y a los puntos no sometidos a decisión arbitral por sostenido, que cuando se solicite la anulación del laudo no se ha de pretender corregir las deficiencias en la decisión de los árbitros, ni interferir en el proceso de elaboración, creando dificultades al móvil de paz que preside el arbitraje, desnaturalizándolo de sus características esenciales de sencillez y confianza en el mismo, pues lo contrario significaría un total examen del fondo del asunto que la naturaleza del recurso no consiente (...)”*⁷².

Lo anterior, sin embargo, no obsta a que el TC, en ejercicio de sus atribuciones *ex art. 161.1.b* de la CE, pueda revisar en todo caso, vía recurso de amparo, la constitucionalidad de las normas legales de fondo que sirven de fundamento al laudo arbitral. Es lo que aclara precisamente el propio TC español, al señalar:

“[Es admisible] la posibilidad de una vulneración o infracción constitucional como consecuencia de la aplicación de una determinada Ley (art. 52.2 LOTC) o bien derivada de una concreta interpretación de la misma, ya que, si bien es cierto que corresponde a los Tribunales aquellas funciones (art. 117.3 C. E.), cabe la posibilidad del recurso de amparo en aquellos supuestos en los que la aplicación e interpretación provoquen resultados lesivos de derechos constitucionalizados por no ajustarse a la garantía que la Constitución establece para la protección de los derechos fundamentales. Y esto es, precisamente, lo que el presente recurso de amparo pone en discusión, es decir, si en la aplicación e interpretación de la Ley citada se ha traspasado o no los límites y garantías de la defensa que el art. 24 de la C. E. establece”. (F.J. 2º)⁷³.

En síntesis, y tal como la destaca la sentencia citada, los órganos jurisdiccionales estatales no están facultados para revisar el mérito de la decisión de fondo del árbitro ni, por ende, la interpretación que éste pueda haber hecho de las normas legales aplicables al caso concreto. Tal revisión, reitero, será indirecta y esencialmente externa, vía anulación del laudo.

Sin embargo, en aquellos casos en que la aplicación o interpretación de una determinada norma legal traspasa su estricto ámbito jerárquico-normativo, afec-

⁷² SAP Burgos, Sec. 2ª, Nº 578/1999, de 8 de octubre, en *Aranzadi Westlaw*, AC 1999/7747.

⁷³ STCE Nº 43/1988, de 16 marzo, en *Aranzadi Westlaw*, RTC 1988\43.

tándose con ello un derecho fundamental o *constitucionalizado*, la labor tutelar del TC adquiere plena vigencia.

2. *La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el arbitraje interno*

El criterio mencionado *supra*, visto ahora a la luz de la legislación vigente en Chile sobre arbitraje interno, plantea el muy interesante problema de determinar si en este ordenamiento jurídico resulta posible o no el examen de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, respecto de una ley que incide en la cuestión de fondo sometida a la decisión arbitral. Dicho de otra forma, se trata de resolver si en la legislación chilena es procedente o no el *recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad* previsto en el artículo 93 N° 6 de la CP de 1980, cuando la norma legal que se tacha de inconstitucional incide en el fondo de una decisión que debe adoptar un árbitro.

2.1. *Requisitos de procedencia de la inaplicabilidad*

En primer término y como antecedente necesario de lo que se dirá a continuación, conviene recordar someramente los presupuestos que actualmente exige la normativa constitucional para la procedencia del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, según su actual configuración:

- A) Existencia de una gestión seguida ante un tribunal *ordinario o especial*.
- B) Existencia de una disposición legal cuya aplicación en la gestión pendiente pueda ser contraria a las normas constitucionales.
- C) Que el cuestionamiento de constitucionalidad sea planteado por las partes o interesados, o por el propio tribunal que conoce de la gestión pendiente.
- D) Que la aplicación del precepto legal impugnado se refiera al fondo de la cuestión controvertida y pueda resultar decisivo, por ende, en su resolución por el tribunal ordinario o especial.
- E) Que la impugnación de inconstitucionalidad esté fundada razonablemente.

2.2. *Arbitraje de derecho, mixto y de equidad*

Aclarado lo anterior, debe distinguirse entonces si el arbitraje respectivo es uno de derecho o mixto, o uno de equidad:

A) En el arbitraje de equidad:

Considerando que en estos casos el árbitro no se encuentra constreñido por la ley positiva al momento de resolver un conflicto sobre materias disponibles en derecho, la respuesta al cuestionamiento antes apuntado parece ser necesariamente negativa. Así lo sostienen también Romero y Martínez⁷⁴ y así lo ha entendido el TC español, al precisar que *“El contenido del laudo no es revisable judicialmente ni, por tanto, en sede constitucional (...). Se trata de ‘un proceso especial, ajeno a la jurisdicción ordinaria’ con simplicidad de formas procesales y uso del arbitrio en el de equidad, sin necesidad de motivación jurídica, aunque sí, en todo caso, de ‘dar a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias’”*.⁷⁵ Es por ello precisamente que en el derecho chileno el laudo o sentencia arbitral debe indicar en estos casos *“las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia”* (art. 640 N° 4 del CPC), a diferencia de lo que ocurre con las sentencias emanadas de los árbitros de derecho o mixtos —que deben indicar, en lo pertinente, *“La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo”* (art. 223 del COT, en relación con el art. 170 N° 5 del CPC)—; y es por ello también que, en términos generales, contra del laudo de árbitros arbitradores no procede el recurso de casación en el fondo, atendida la naturaleza misma del arbitraje referido.

Lo anterior, entiéndase bien, no involucra en modo alguno una autorización legal implícita para fallar contra normas de *ius cogens*, que objetivan el orden público imperante. Recordemos simplemente que para el TC chileno, siguiendo en este punto a Claro Solar, el concepto de orden público imperante en Chile puede concebirse como *“el arreglo de las instituciones indispensables a la existencia y funcionamiento del Estado y que miran a la constitución, a la organización y al movimiento del cuerpo social, así como a las reglas que fijan el estado y capacidad de las personas. En este sentido orden público es sinónimo de orden social”*.⁷⁶ Por lo demás, en el estricto ámbito del derecho privado o, como apunta también Claro

⁷⁴ ROMERO; MARTÍNEZ (2007), pp. 407-416. En el mismo sentido pueden citarse además las siguientes sentencias: SAP de Girona, Sec. 2ª, N° 147/2000, de 9 de marzo, en *Aranzadi Westlaw*, AC 2000/4983; SAP de Valencia, Sec. 8ª, N° 920/1998, de 9 de noviembre, en *Aranzadi Westlaw*, AC1998/7727; SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 14 de abril de 2003, en *Aranzadi Westlaw*, AC 2003/2028.

⁷⁵ ATCE N° 259/1993, *cit.*, FJ. 1°.

⁷⁶ STC de 23 de diciembre de 2008, Rol N° 1.144. Disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/view/1074>.

Solar⁷⁷, en la legislación civil misma, “hay un buen número de disposiciones que miran al orden público porque las reglas que contienen parecen indispensables para el mantenimiento de la seguridad y moralidad de las relaciones pacíficas de los individuos entre sí y para la comodidad de sus relaciones económicas. Todas estas disposiciones no solamente afectan al interés de determinadas personas, sino que consultan el interés general de toda la sociedad, son leyes de interés público, de interés social (...)”.

En consecuencia, y por amplias que sean las facultades del árbitro arbitrador en cuanto a la aplicación del derecho de fondo en el caso concreto, lo cierto es que ello nunca podrá entenderse como una autorización legal para resolver el conflicto respectivo pasando por sobre aquellas normas de orden público que regulan la organización y funcionamiento del colectivo social que le sirve de marco (como sería, por ejemplo, el caso en que el árbitro arbitrador legitime el acuerdo de una junta de accionistas, adoptado con el voto mayoritario de los controladores de una sociedad cotizada, en orden a no repartir dividendos en lo sucesivo; o si en el laudo se acepta como válido aquel acuerdo en que la misma sociedad anónima –o una cerrada incluso– priva *ex nunc* de todo derecho de retiro a sus accionistas).

B) En el arbitraje de derecho:

La duda surge, en cambio, tratándose del arbitraje de derecho o mixto, en donde la vinculación del árbitro con la ley aplicable al fondo del asunto controvertido es directa.

Para dar una respuesta a la cuestión aquí planteada debe advertirse, en primer término, que la legislación chilena sobre arbitraje interno, a diferencia de lo que ocurre en aquellos ordenamientos que cuentan con regulaciones modernas sobre arbitraje, admite todavía –y para estos casos– la completa revisión del laudo arbitral por parte de los órganos jurisdiccionales estatales, aun en sus aspectos de fondo, resultando procedentes, por ende, los recursos procesales en su contra en conformidad a las normas comunes (en particular los de apelación y casación formal y de fondo según el caso). Tal circunstancia, pues, desnaturaliza la esencia misma de la institución arbitral al desconocer la voluntad manifestada inicialmente por las partes, en orden a sustraerse precisamente de la actividad jurisdiccional estatal de cara a la solución de un conflicto jurídico sobre materias disponibles en derecho.

⁷⁷ CLARO (1936).

Tratándose de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, sin embargo, el contrasentido recién apuntado desaparece del todo cuando se trata de un arbitraje de derecho o mixto, en donde el apego estricto del árbitro a las disposiciones legales vigentes presupone por cierto la necesaria conformidad de estas últimas a la normativa constitucional que las ampara. Como apunta Morello⁷⁸, en fin, “rige igualmente para los árbitros el deber en que se hallan ‘los tribunales de justicia’ (...) de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolos con el texto de la Constitución, para averiguar si guardan conformidad o no con ésta, y abstenerse de aplicarlas si las encuentran en oposición con ella, deber que constituye uno de los fines superiores del Poder Judicial y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los posibles abusos de los poderes públicos (...)”.

Sin embargo, y como se adelantó *supra*, las dificultades surgen al considerar que el texto constitucional actual circunscribe expresamente la procedencia de la inaplicabilidad a las gestiones pendientes *ante tribunales ordinarios y especiales*; y hemos dicho antes que los árbitros –de derecho, mixtos o de equidad– no tienen ni una ni otra calidad. En estricto rigor, por ende, la circunstancia recién mencionada hace improcedente la señalada acción constitucional *ex art. 96 N° 3* de la CP, al menos mientras el proceso se ventile ante árbitros.

Distinta será, sin embargo, la conclusión si la gestión pendiente, en la que se invoca la norma legal que se tacha de inconstitucionalidad por alguna de las partes o por el propio tribunal, se ventila ahora ante los órganos jurisdiccionales con competencia para revisar el laudo (pues ya dije que los laudos de árbitros de derecho y mixtos son recurribles en conformidad a las normas procesales comunes). En ese caso, pues, la gestión respectiva sí que será una que se encuentre pendiente *ante tribunales ordinarios* (normalmente Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) y eventualmente *especiales*, cumpliéndose por ende el requisito procesal antes apuntado. Así precisamente lo ha declarado el TC:

“5° Que, a propósito de estas dos cuestiones, las partes han controvertido una serie de puntos de enorme interés, como lo son no sólo si procede la inaplicabilidad de un precepto legal en sede de árbitros arbitradores o si éstos deben ser considerados tribunales, sino también si la sede arbitral que resolvió sus controversias debe ser considerada como de arbitradores, en condiciones que se trata de un arbitraje forzado por la ley; debatieron, también, por ejemplo, si los jueces árbitros resolvieron en equidad aplicar las tarifas establecidas en el artículo 3° transitorio o si directamente dieron aplicación a ese precepto, por estimarlo de orden público. Estas y otras controversias, siendo de enorme interés jurídico, no serán

⁷⁸ MORELLO (2002), p. 467.

resueltas en este fallo, ya que, como se establecerá en los considerandos que siguen, no resultan pertinentes para decidir las excepciones planteadas y no corresponde a esta Magistratura establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas, sino cuando ellas resultan necesarias para resolver las controversias que se le plantean.

6º Que, en conformidad a lo dispuesto en el numeral 6º y en el inciso décimo primero del artículo 93 de la Constitución Política, este Tribunal debe pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal sólo si se reúnen las siguientes cinco condiciones: la primera es que exista una gestión que se siga ante un Tribunal Ordinario o Especial; la segunda es que el precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto que se ventila en esa misma gestión; la tercera es que la impugnación esté fundada razonablemente; la cuarta es que la cuestión le sea planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce de la gestión pendiente, y la quinta y última es que se cumplan los demás requisitos que establezca la ley.

7º Que, en la especie, la única gestión pendiente entre las partes que controvierten se verifica ante la Corte de Apelaciones de Santiago; la que, a no dudarlo, constituye un Tribunal Ordinario, por lo que se verifica este esencial requisito. El hecho de que el asunto se haya originado en sede arbitral resulta enteramente indiferente, pues lo que resulta relevante al precepto constitucional es el lugar donde se verifica la gestión pendiente y no dónde se verificó la instancia que la antecedió, pues sólo en la que está pendiente puede aún recibir aplicación el precepto legal que se impugna como contrario a la Constitución”⁷⁹.

CONCLUSIONES

De lo dicho en los apartados precedentes se desprenden, a mi entender, las siguientes conclusiones, derivadas de la actual conformación normativa de la acción de inaplicabilidad y de la concreta naturaleza jurídica del arbitraje como institución heterocompositiva:

1. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no procede respecto de arbitrajes de equidad.
2. Lo propio ocurre actualmente con los arbitrajes seguidos ante árbitros de derecho o mixtos, que no son tampoco tribunales ni *ordinarios* ni *especiales* sino árbitros o *tribunales arbitrales*⁸⁰.

⁷⁹ FTC, de 6 de marzo de 2007, Rol N° 505-2006, disponible en http://www.tribunalconstitucional.cl/sentencias/detalle.php?Submit4=Ver+detalle&sentencia_id=571. Consultada el 2 de octubre de 2011.

⁸⁰ Esta distinción entre tribunales estatales y arbitrales se encuentra claramente establecida y reconocida en el art. 2º de la ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional. Según la norma referida, en efecto, “*tribunal arbitral significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros*”, mientras que “*tribunal significa un órgano del sistema judicial de un país*”, dejando en claro así la distinta naturaleza jurídica de ambos pese a compartir, como se dijo, una misma función jurisdiccional.

3. Procederá, en cambio –siempre para los arbitrajes de derecho o mixtos–, cuando el laudo respectivo se encuentre sometido a la revisión de los órganos jurisdiccionales estatales, con ocasión del ejercicio de los recursos procesales pertinentes.

4. Lo anterior deja al trasluz la incongruencia intrínseca que subyace en un sistema arbitral –en este caso el chileno– en donde los laudos son revisables y modificables en su mérito por la justicia estatal, como si se tratase acaso de sentencias de primera instancia emanadas de sus propios órganos.

5. Resulta indispensable una profunda revisión de la normativa sobre arbitraje interno en Chile, por las razones apuntadas *supra* y por otras que hemos mencionado también en otra oportunidad.

6. Resulta necesario revisar también la actual conformación de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, haciéndola extensiva a la jurisdicción arbitral y ajustándola, por ende, a la naturaleza jurídica autónoma del arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELIUK MANASEVIC, René, “El arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”, en *Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, VV.AA. (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- ALIAGA GREZ, Álvaro, *Los recursos procesales en el juicio arbitral*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1985.
- ARAVENA ARREDONDO, Leonardo, *Naturaleza del arbitraje*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1969.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El Juicio Arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1953.
- BALLESTEROS RÍOS, Manuel Egidio, *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Tomo II, Imprenta Nacional, Santiago, 1890.
- BARONA VILAR, Silvia, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, VV.AA. (coord. Silvia Barona Vilar), Civitas, Madrid, 2004.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Tomo 11, N° 893, Imprenta Nascimento, Santiago, 1936.

- COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Principios informativos del proceso arbitral”, en *Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, VV.AA. (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- COUSSO SALAS, Javier y CODDOU MACKMANUS, Alberto, “La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente”, en *Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, pp. 389-430.
- CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo M., “El Convenio Arbitral”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. XVIII, 2003.
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957.
- ETCHEBERRY, Alfredo, “Aspectos penales del arbitraje”, en *Estudios de arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, VV.AA. (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
- FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge, *Estudios de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1962.
- FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael, TESO GAMELLA, Pilar, AROZAMENA LASO, Ángel, *El arbitraje: ensayo de alternativa limitada al recurso contencioso-administrativo*, Vol. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- FORNACIARI, Mario Alberto, *Modos anormales de terminación del proceso*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- GABINO ZIULU, Adolfo, *Derecho Constitucional*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- GASPAR LERA, Silvia, *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (Director Garberí Lobregat, J.), Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.
- GARCÍA PÉREZ, Carmen, *Arbitraje Testamentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- GONZÁLEZ MALABIA, Sergio, “Aceptación de los árbitros”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, VV.AA. (coord. Silvia Barona Vilar), Civitas, Madrid, 2004.
- GUASP, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Vol. 1º, Aguilar, Madrid, 1950.
- GUASP, Jaime, *El arbitraje en el Derecho español. Su nueva regulación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956.

- HERNÁNDEZ DE LA RÚA, Vicente, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo IV, Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, “El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2, 2011.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2004.
- MALAQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J., “Ámbito de Aplicación”, en *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, VV. AA., Coord. Jacobo B. Mateo Sanz, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, *El arbitraje en el marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1991.
- MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio, *El arbitraje, estudio histórico jurídico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.
- MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José M^a, *Tratado de Derecho Arbitral*, Civitas, Navarra, 2006.
- MERINO MERCHÁN, José F., *Estatuto y Responsabilidad del Árbitro. Ley 60/2003 de Arbitraje*, Thompson Aranzadi, Navarra, 2004.
- MONTERO AROCA, Juan, “Materias objeto de arbitraje”, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003 de 23 de diciembre)*, VV.AA. (coord. Silvia Barona Vilar), Civitas, Madrid, 2004.
- MORELLO, Augusto M., “¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes”, en *El Derecho*, Sec. Jurisprudencia. T. 198, 2002.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo, *Curso de Derecho Procesal. Tomo I. Derecho Procesal Orgánico*, Editorial Jurídica ConoSur, Santiago de Chile, 1993.
- PEREIRA ANABALÓN, Hugo, “Competencia de árbitro arbitrador para conocer de una demanda declarativa de nulidad de una cláusula compromisoria”, Informe en Derecho, en Revista *Gaceta Jurídica*, N° 187, ConoSur, Santiago de Chile, 1996.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo, *Arbitraje Comercial Internacional*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- PICAND ALBÓNICO, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral”, en *Estudios de Arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio*

Aylwin Azócar, VV.AA. (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Inexistencia y Nulidad en el Código Civil Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

ROMERO SEGUEL, Alejandro, “Panorama general de la justicia arbitral en Chile”, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XI, Universidad del País Vasco, septiembre 1999.

ROMERO SEGUEL, Alejandro y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “¿Es posible plantear cuestión de inaplicabilidad en un procedimiento arbitral ante árbitro arbitrador?”, en *Revista de Derecho Público*, N° 69, 2007.

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “La justicia arbitral ante la Constitución”, en *Estudios de Arbitraje, Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, VV.AA. (coord. Eduardo Picand Albónico), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Sentencias nacionales

- a) STC de fecha 8 de abril de 2002, Rol N° 346-2002.
- b) STC de 31 de enero de 2007, Rol N° 628-2006.
- c) STC de 6 de marzo de 2007, Rol N° 505-2006.
- d) STC de 23 de diciembre de 2008, Rol N° 1.144.
- e) SCS, de 17 de octubre de 1955, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LII, 2ª parte, sec. 1ª, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1955.
- f) SCA de Santiago, de 29 de agosto de 1986, en *El arbitraje en la jurisprudencia chilena*, Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Santiago, Santiago de Chile, 2005, pp. 80 a 82.
- g) SCA de Santiago, de 16 de agosto de 2007, Rol N° 13268-2006.

2. Sentencias extranjeras

- a) STC español, N° 196/1997, de 13 de noviembre, *Aranzadi Westlaw*, RTC 1997/196.
- b) STC español, N° 43/1988, de 16 marzo, *Aranzadi Westlaw*, RTC 1988\43.
- c) STC español, N° 182/2002, de 14 de octubre, *Aranzadi Westlaw*, RTC 2002/182.

- d) STC español, N° 9/2005, de 17 de enero, *Aranzadi Westlaw*, RTC 2005/9.
- e) ATC español N° 259/1993, de 20 de julio, Sala 1ª, Sección 1ª, *Aranzadi Westlaw*, RTC, 1993/259.
- f) ATC español N° 326/1993, de 28 de octubre, *Aranzadi Westlaw*, RTC 1993/326.
- g) STS español, 13/11/2002, *Aranzadi Westlaw*, RJ 2002/9757.
- h) STS español, de 6 de octubre de 1987, *Aranzadi Westlaw*, RJ 1987\6721.
- i) SAP de Baleares, de 17 de enero de 1995, *Aranzadi Westlaw*, AC 1995\303.
- j) SAP de Girona, Sec. 2ª, N° 147/2000, de 9 de marzo, *Aranzadi Westlaw*, AC 2000/4983.
- k) SAP de Valencia, Sec. 8ª, N° 920/1998, de 9 de noviembre, *Aranzadi Westlaw*, AC1998/7727.
- l) SAP de Burgos, Sec. 2ª, N° 578/1999, de 8 de octubre, *Aranzadi Westlaw*, AC 1999/7747.
- m) SAP de Barcelona, sec. 14ª, de 14 de abril de 2003, *Aranzadi Westlaw*, AC 2003/2028.
- n) AAP de Madrid, de 31 de mayo de 2005, en *Revista Vasca de Derecho Procesal y arbitraje*, Tomo XVIII, N° 2, 2006.