

## NOTAS SOBRE EL JUICIO SEGUIDO ANTE ARBITRADORES

Julio Philippi I. \*

Fuente: Revista Estudios Jurídicos, Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile,  
Vol. 2, Números 1 & 2 / Julio, Diciembre 1973

La institución del arbitraje es muy antigua en el Derecho. Ella implica sustraer del conocimiento de la justicia ordinaria determinadas materias para someterlas al fallo de una o más personas designadas al efecto. También la distinción entre árbitros de derecho y arbitradores encuentran sus raíces en viejos usos. Dice al respecto don Alfonso X en las Partidas:

árbitros en latín, tanto quiere decir, en romance, como Juezes auenidores, que son escogidos, e puestos de las partes, para librar la contienda, que es entre ellas. E estos son en dos maneras. La una es, quando los omes ponen sus pleytos e sus contiendas, en mano dellos, que los oyan, e los libres según derecho... La otra manera de juezes de auenencia es, a que llaman en latín Arbitradores, que quiere tanto dezir como aluedriadores, e comunales amigos, que son escogidos por anuencia de ambas partes, para auenir, e librar las contiendas que ouieren entre sí, en qualquier manera que ellos touieren por bien.

Y el sabio legislador precisa con exactitud que los primeros deben actuar “como si fuesen Juezes ordinarios”, reconociendo en cambio a los Arbitradores la facultad de que su juicio “sea fecho a buena fe, e sin engaño”<sup>1</sup>

Numerosos estudios se han efectuado sobre este tema, siendo de destacar entre los autores chilenos, por su profundidad y amplitud, el de Patricio Aylwin A.<sup>2</sup>

No pretendemos en estas breves notas, abordar toda la materia, sino hacer ciertas reflexiones sobre aspectos que en la práctica se han demostrado como de especial interés. Aspiramos, con ello, a aportar alguna experiencia personal que pudiere ser de utilidad a quienes corresponda desempeñar las delicadas tareas de arbitrador tanto en el procedimiento como en el fallo.

\* Profesor de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile.

\*\* Volumen 2, Números 1 & 2 m/ Julio, Diciembre 1973

1.- Part. 3, tít. 4, ley 23, en 2 las Siete Partidas 107-10 (Glosa del Lic. Gregorio López. Barcelona, Imp. De Antonio Bergner, 1844)

Aceptado el cargo en forma legal, declarado constituido el compromiso y emplazadas las partes conforme a la ley, son de especial importancia los acuerdos que se alcancen en orden al procedimiento; o, en subsidio las reglas que el propio árbitro determine dentro de sus atribuciones. No debe olvidarse que, en conformidad a lo dispuesto en el art. 636 de nuestro Código de Procedimiento Civil, el arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso<sup>3</sup>, lo que no excluye, a nuestro parecer, la posibilidad de que esas reglas puedan también ser fijadas durante el proceso por acuerdo de las partes o por resolución del arbitrador.

Las normas supletorias contenidas en nuestro sistema procesal son muy simples, pero ellas contienen ciertos principios que es conveniente destacar: las partes deben ser emplazadas y oídas adecuadamente, es necesario agregar al juicio los elementos probatorios con el debido conocimiento de los interesados, debe dejarse testimonio en los autos de la sustanciación del litigio y la sentencia ha de llenar los requisitos que señala el art. 640 del Código de Procedimiento Civil, entre ellas, a más de llevar fecha y ser firmada por el arbitrador, debe contener la decisión de la litis y ser autorizada por un ministro de fe o por dos testigos en su defecto. Si bien el ya citado art. 636 hace regir esas normas a falta de otras reglas que las partes hayan fijado, parece lógico afirmar que ni siquiera el acuerdo de las partes puede prescindir de tales principios, pues constituyen reglas mínimas procesales que garantizan propiamente el derecho de defensa y la recta comprensión de la sentencia que se dicte<sup>4</sup>.

La experiencia demuestra que es útil comprender en las normas que regulen el procedimiento lo siguiente:

(a) La indicación del objeto del juicio. Si el arbitraje se hubiere constituido para conocer, en general, de las dificultades surgidas entre las partes en orden a un determinado vínculo o vínculos jurídicos, o a ciertos hechos no precisados al requerirse la intervención del árbitro, la indicación del objeto será en términos generales, expresándose que su particularización ha de quedar fijada por las peticiones que se formulen en su oportunidad. La indicación del objeto es fundamental, pues en relación a ella jugarán posibles vicios de incompetencia y ultrapetita;

(b) Es muy conveniente que los litigantes otorguen los poderes con las facultades enumeradas en ambos incisos del art. 7 del Código de Procedimiento Civil, pues ello facilitará un posible avenimiento, como también acordar prórrogas en el plazo dentro del cual el asunto ha de ser resuelto.

2.-P. Aylwin, El Juicio Arbitral (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) [en adelante Aylwin].

3.-El art. 223 del Código Orgánico de Tribunales repite esta regla.

4.-Véase Aylwin 516 passim

(c) En cuanto al procedimiento mismo, es recomendable confirmar expresamente las muy amplias atribuciones del amigable componedor, señalando algunas como, por ejemplo, poder investigar por sí mismo los hechos incluso fuera del lugar en el cual se lleva el juicio, oír opiniones técnicas sin ceñirse a las formalidades propias de los informes periciales, exigir a las partes la presentación de las probanzas en la forma, tiempo y circunstancias que el propio árbitro estime convenientes, reservarse el derecho de recibir o no a prueba la causa y de citarlas a comparendo en cualquiera etapa del juicio y, en general, llevar a cabo todas y cada de las diligencias que él mismo estime necesarias o útiles para el fiel cumplimiento de su labor, sin más limitación que el proceder siempre con conocimiento previo de todas las partes.

De especial utilidad resulta la atribución del árbitro para exigir a los propios interesados, o a sus apoderados, respuesta a preguntas que les formule en cualquier estado del proceso. Cuando ya los litigantes han expuesto sus razones, expresado lo que piden y suministrado las probanzas sobre las cuales se apoyan, estará el árbitro, previo un estudio cuidadoso de todos los antecedentes, en condiciones de forzar en cierto sentido a las partes a completarlos, ya sea esclareciendo posiciones ambiguas, ya sea pronunciándose sobre puntos determinados u obligándolas a presentar, dentro de un plazo, todas las demás informaciones que sean de su conocimiento y que hayan retenido por razones de estrategia procesal u otras;

(d) En general, es útil aplicar el sistema de presentación de peticiones dentro de un plazo común. Ello no será aconsejable cuando claramente es una de las partes la que va a accionar en contra de la otra, pero es frecuente que todas tengan algo que pedir. La representación paralela implica mantenerlas en cierto pie de igualdad procesal, sin que ello signifique alterar los principios de equidad en cuanto al peso de la prueba.

Por lo que respecta a las presentaciones de las partes, es adecuada la práctica de establecer en el primer comparendo solamente las fases iniciales. Así, cuando se trate de demandas simultáneas, ha de contemplarse el plazo para su presentación y el trámite de traslado también dentro cierto término, a fin de que cada uno pueda expresar sus opiniones. Algo análogo ha de hacerse si se prevén presentaciones sucesivas. Fuera de estas primeras tramitaciones, es preferible no establecer de antemano más reglas y dejar para el momento oportuno al criterio del árbitro, en defecto de acuerdo entre las partes, y resolver cómo ha de continuar el juicio, pues ello dependerá del curso que tome el debate. A veces resultará conveniente ordenar nuevos traslados para réplicas y dúplicas, o bien, habrá llegado el momento de abordar la recepción de pruebas, citar a conciliación, etc.

Es conveniente dejar testimonio de que los plazos son de días hábiles y esclarecer si será o no aplicable al juicio el feriado de vacaciones que para los miembros del Poder Judicial contempla el Código Orgánico de Tribunales;

(e) Si bien estimamos que el arbitrador está facultado para resolver toda cuestión sobre procedimiento que pueda surgir y que no esté prevista y puede interpretar los acuerdos tomados por las partes durante el juicio, es aconsejable dejar de ello constancia expresa;

(f) De especial importancia es el empleo, por parte del arbitrador, de sus facultades para llamar a conciliación. Conviene dejar testimonio de su derecho a hacerlo cuantas veces quiera y en cualquier estado del juicio.

El arbitrador o amigable componedor es juez, de modo que en definitiva su misión consistirá en juzgar<sup>5</sup>. Pero no puede olvidarse que, tal como lo demuestra el desarrollo histórico de la institución, en el ejercicio de su cargo ha de tratar de llevar a las partes a un entendimiento. Como dicen las Partidas, debe “Auenirlas de qual manera quisiere” y más adelante agrega que los arbitradores “mucho se deuen trabajar las auenir (a las partes) judgándolas, e liberándolas, de manera que finquen en paz”<sup>6</sup>

La experiencia demuestra que si el arbitrador asume desde un comienzo un rol activo en el juicio, toma las iniciativas que estime conveniente y está en todo momento impuesto del estado de la discusión, será difícil que no obtenga un avenimiento;

(g) En lo que concierne a notificaciones, incluso de la sentencia definitiva, conviene establecer las siguientes formas: personal, mediante copia enviada por mano o por correo certificado ordinario. Es razonable que, en el primer caso, la notificación se entienda efectuada el mismo día; en el segundo, un día después del envío por mano, y tres después de la colocación de la carta en el correo. Si se ha designado actuario es útil dejar testimonio de que las notificaciones podrán ser hechas tanto por él como por el propio árbitro, y que el testimonio estampado en los autos por cualquiera de ellos será suficiente prueba del hecho de la notificación.

(h) Por lo general, los arbitrajes de arbitradores son en única instancia pues las partes renuncian de antemano a todo recurso. En el caso excepcional de contemplarse alguna segunda instancia, habrá que cuidar bien su estructuración y que recursos proceden. Es obvio, tal como lo dispone el artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales, que nunca tendrá cabida la casación de fondo en contra de

5.-Id. 151

6.-Part. 3, tít 4, leyes 23, 26, en Las Siete Partidas, *supra* nota 1..

una sentencia de amigable componedor, dada su propia naturaleza, pero nada impide que se prevea una segunda instancia también de arbitrador. Por el mismo motivo, tampoco procede un recurso de inaplicabilidad.

La renuncia genérica a todos los recursos, tal como lo afirma el Profesor Aylwin<sup>7</sup>, no implica suprimir los de reposición, interpretación y rectificación o enmienda, pues, a menos de haber sido también excluidos en forma específica, caen plenamente dentro de la competencia del amigable componedor.

La renuncia a todo recurso, por muy categórica que sea, general y/o enumerativa, tampoco excluye, según la doctrina de nuestros autores y la jurisprudencia, la casación de forma por incompetencia y por ultrapetita, ni el recurso de queja. Volveremos sobre el particular.

(i) Por último, no está de más dejar claramente precisado que el arbitrador podrá, después de dictada la sentencia, conocer de su cumplimiento. En caso de conciliación, es, asimismo, conveniente precisar que el árbitro continúa en funciones mientras no se haya dado íntegro cumplimiento a lo acordado. Todo ello siempre que esté dentro del plazo convencional o legal en el cual ha debido dictar sentencia, o del plazo especial que se le fije para tales efectos. Semejante estipulación es recomendable, pues, si bien el artículo 635 del Código de Procedimiento Civil, reconoce al árbitro de derecho competencia para conocer de la ejecución de su sentencia definitiva "si no está vencido el plazo por que fue nombrado", no hay norma expresa para los arbitradores y la jurisprudencia no es clara al respecto<sup>8</sup>.

Veamos ahora cuál es el ámbito dentro del cual el árbitro debe dictar su sentencia.

Siguiendo los principios tradicionales del derecho en estas materias, el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales establece que "el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren". Y el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil, al fijar los requisitos de la sentencia del arbitrador, expresa que ella debe contener "las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia".

Llama desde luego la atención la redacción diversa de ambos preceptos, pues mientras el Código Orgánico habla de "la prudencia y la equidad", el Código de Procedimiento Civil separa ambos conceptos por una *o*. No atribuimos, sin embargo, mayor significación a tal diferencia, pues, a nuestro juicio no se ha tratado de establecer dos elementos diferentes copulativos o disyuntivos sino de expresar que es el árbitro, mediante su prudencia, quien determina lo equitativo. Este concepto suele expresarse

7.- Aylwin 524, 501

8.- Id. 457

también en el derecho con las expresiones fallar “según su ciencia y conciencia”, “según su leal saber y entender”, “conforme a la verdad sabida y buena fe guardada”, “de acuerdo con la voluntad de la justicia natural”, sentencia dictada “ex equo et bono” o, como dice el comentario de Gregorio López a las Partidas, “conociendo el avenir de buena fe conforme a la verdad de cualquier modo sabida”. Para Tapia, en el Febrero Novísimo, el arbitrador debe resolver “procediendo con moderación”<sup>9</sup>

Tan amplios conceptos ¿quieren decir que el arbitrador puede resolver sin sujeción absolutamente a ninguna norma objetiva? ¿Podría afirmarse que falla a su capricho o mero arbitrio?

Veamos con mayor detenimiento el punto, pues encierra interesantes problemas.

Nuestra legislación positiva no ha definido ni lo que debe entenderse por prudencia, ni por equidad. Siguiendo las normas de interpretación de la ley, recurramos al Diccionario de la Real Academia:

La prudencia es una de las virtudes cardinales que consiste en discernir y distinguir lo que es bueno o malo, para seguirlo o huir de ello. Significa también, en nuestro idioma, templanza, moderación, discernimiento, buen juicio, cautela, circunspección, precaución. Todo ello apunta claramente a una facultad de la inteligencia al distinguir entre lo bueno y lo malo, pero también a una característica de la voluntad al operar con templanza, moderación, discernimiento. No actuaría, pues, con prudencia el arbitrador que, por ejemplo, expidiera su fallo en forma precipitada, sin haber oído debidamente a alguna de las partes, o sin analizar los antecedentes con el debido cuidado.

¿Y qué ha de entenderse por equidad? El Código Civil habla solamente en su art. 24 de la equidad natural como la última norma de interpretación de la ley, aplicable en defecto de todas las anteriores<sup>10</sup>. Otros textos legales, como los citados del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico de Tribunales, emplean la expresión equidad a secas.

El Diccionario de la Real Academia define el término, entre otras acepciones que no vienen al caso, como bondadosa templanza habitual; propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento del deber o de la conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley. También como justicia natural por oposición a la letra de la ley positiva.

El origen de este concepto es muy antiguo. Ya Aristóteles se ocupó de la equidad en relación a lo

9.- Id. 153; Part 3, tít. 4, ley 23, en Las Siete Partidas, supra nota 1;4 E. de Tapia, Febrero Novísimo 34 (Valencia, Impr. de Ildefonso Mompí, 1828).

10.- Así lo ha declarado la Corte Suprema en diversas sentencias. Véase 1 Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas – Código Civil 102 (2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1968)

justo. En el Libro V de su *Etica a Nicómaco* leemos:

*Lo equitativo, siendo justo, no es lo justo según la ley, sino la regulación de lo justo legal. La causa de esto es que toda ley es universal; más, respecto de algunas cosas no es posible decir rectamente de manera universal. En los casos en que es necesario expresarse universalmente, pero imposible hacerlo de este modo correctamente, la ley toma el caso común, no ignorando que hay error. No por eso la ley es menos recta. En efecto, el error no está en la ley ni en el legislador, sino en la naturaleza de la cosa, pues desde su origen la materia de lo operativo es así. Por consiguiente, cuando la ley dispone de manera universal, mas acontece un caso particular fuera de lo dispuesto universalmente, entonces se procede rectamente si donde calló el legislador, o donde erró al hablar en absoluto, se corrige la falta. Porque el legislador, de estar presente, hubiera estatuido así; y si lo hubiera sabido, hubiese establecido tal ley<sup>11</sup>.*

Santo Tomás de Aquino, al comentar este texto, abunda en el mismo sentido e identifica a la *equidad* con la epiqueya, esto es, con la excepción del caso particular frente a la norma general. Agrega: “lo equitativo es mejor que lo justo legal, pero está contenido bajo lo justo natural”<sup>12</sup>.

Dada su estrecha relación con el derecho, también los juristas se han ocupado de la equidad. Sin entrar a los variados conceptos que se han emitido, quisiéramos destacar el pensamiento de Coviello, para quien la equidad no se contrapone al derecho ni es tampoco el espíritu de la ley, sino que constituye la justicia en un caso determinado.

Siguiendo en cierto sentido el pensamiento aristotélico<sup>13</sup> explica que:

*El derecho establece normas; mas estas normas son generales y corresponden a una relación de la vida, abstractamente considerada como tipo y como promedio tomado de una infinita variedad de casos, por lo cual ocurre con frecuencia que la norma que corresponde al hecho según ordinariamente se realiza y por lo cual es abstractamente justa, no corresponde a la realidad de un caso determinado que presenta particulares circunstancias y, por consiguiente, resulta injusta en el terreno concreto. Tener en cuenta las circunstancias*

11.-Texto incluido en la obra de Santo Tomás de Aquino, *La Justicia – Comentario al Libro Quinto de la Etica a Nicómaco* 238 (B.R. Raffo Maguasco, tr. Buenos Aires, 1946).

12.-Id. 239

13.-N. Coviello, *Doctrina General del Derecho Civil* 8 (Felipe de J. Tena, tr. México, 1938). Fundamentalmente difiere Coviello del pensamiento tomista en cuanto no acepta el derecho natural y acepta el derecho natural y concibe la ley positiva como un ordenamiento abstracto, posición propia del idealismo jurídico, pero alejada del realismo cuyo punto fundamental de partida fijó Aristóteles.

*especiales del caso concreto, y no aplicar en su rigidez la norma general, sería el oficio de la equidad. Para Coviello, cuando el juez hállese autorizado para recurrir a la equidad, no debe ser ésta una convicción meramente subjetiva y arbitraria, sino que debe tener un fundamento objetivo en la especial naturaleza de la relación de hecho. De otro modo, no sería la equidad sino el arbitrio el que se substituiría al derecho<sup>14, 15</sup>.*

Muy poco hemos encontrado en los autores nacionales sobre este tema. Don Paulino Alfonso, refiriéndose al art. 24 del Código Civil, relaciona la equidad natural, con el derecho natural, pero agrega que al hablar el Código Civil de este concepto no se ha referido a la virtud que templada o suaviza el rigor de la ley, pues si ésta existe, el juez está obligado a aplicarla, sino a la virtud que, inspirándose en los principios de justicia natural y eterna, suple el silencio de la ley escrita y complementa, por decirlo así, la obra del legislador<sup>16</sup>. Análogo concepto se encuentra en la recopilación publicada de los apuntes de clase sobre Código Civil de los profesores Cood, J. C. Fabres, Claro S. y J. F. Fabres<sup>17</sup>.

Si bien la definición que se dé al concepto de equidad puede variar según cual fuere el criterio jusfilosófico en el cual se encuadre, pensamos que ha de coincidirse en estimarla como la aplicación a un caso particular de lo justo, entendido, no como sinónimo estricto de lo legal, sino como expresión de ese substrato de derecho vigente que impera en la vida social y que se afianza, en último término, en la propia naturaleza del hombre.

Este somero análisis permite, pues, concluir que la prudente estimación de la equidad hecha por el arbitrador, si bien descansa en su propia convicción y raciocinio, no es producto de su capricho o mero arbitrio, sino que estriba en detectar cuidadosamente lo que en verdad es justo frente al caso particular. Como la conclusión está fundada en su propia valoración, no podrá ser revisada, a menos que se haya contemplado alguna adecuada instancia superior.

Con todo, y como se desprende de lo dicho, si su fallo fuere dictado con manifiesta imprudencia o fundado en el capricho o mero arbitrio, esa intangibilidad desaparece.

Sin pretender en este breve ensayo agotar tan fundamental tema, deseáramos abordar más detenidamente algunos aspectos.

Innecesario resulta recordar que hay determinadas materias que nuestra Legislación prohíbe someter

14.- Id. 9,

15.-De gran interés es el notable estudio de Alipio Silveira, La Equidad en el Derecho del Trabajo, 42 Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales [R.D.J.], 1.5 (1945).

16.-P. Alfonso, Explicaciones del Código Civil, 114 (Santiago 1882)

17.- P. Alfonso, Explicaciones del Código Civil, art. 24 (Valparaíso 1887)

18.-Código Orgánico de Tribunales, arts. 229, 230, y otras leyes especiales.

al conocimiento de árbitros<sup>18</sup>. Estimamos que si dentro de un arbitraje surgiere directa o indirectamente algún punto que implique pronunciarse sobre ellas, el compromiso, sea de derecho o arbitrador, está impedido de hacerlo. Así se ha declarado por nuestros tribunales. Las sentencias citadas por don Manuel E. Ballesteros, se refieren a cuestiones sobre filiación que han incidido en juicios de partición<sup>19</sup>.

Tampoco puede el arbitrador prescindir de las normas básicas de procedimiento señaladas por las partes o, en su defecto, por la ley. Nuestro ordenamiento procesal contempla disposiciones sobre la casación de forma en contra de sentencias de arbitradores, como es el art. 796 del Código de Procedimiento Civil, si bien su procedencia en ciertos casos ha dado origen a dificultades<sup>20</sup>.

Otra importante limitación en el aspecto procesal tiene el arbitrador en la materia sometida a su conocimiento. No puede abocarse a asuntos ajenos a ella y de allí que, como ya lo dijimos, su sentencia, aún cuando se hubieren renunciado todos los recursos, será casable de forma por incompetencia y por ultra petita. Así se ha resuelto en repetidas oportunidades por nuestros Tribunales<sup>21</sup>.

Conviene recordar que también por la vía indirecta de una acción común de nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de árbitro podrá dejarse sin efecto una sentencia de arbitrador, a pesar de haberse renunciado todos los recursos. No se trataría, en tal evento, de una nulidad procesal susceptible de hacerse valer solamente por los medios que contempla el ordenamiento para juicios, sino de la acción propia del derecho civil que permite anular las convenciones o contratos. La distinción entre ambos aspectos encierra puntos delicados, que no es el caso dilucidar en esta oportunidad, analizados cuidadosamente en sentencias de nuestros tribunales. Acogida la acción de nulidad de la convención que dio origen al asunto arbitral, la sentencia caerá también debido al efecto retroactivo propio de la nulidad judicialmente declarada establecido en el art. 1.687 del Código Civil<sup>22</sup>.

Por último, también en el campo de los recursos, debe recordarse que la Corte Suprema, en virtud

19.-2 E. Ballesteros, La ley de Organización y Atribuciones de Los Tribunales de Chile 105 (Santiago, 1890)

20.-Aylwin 526.

21.-De especial interés es la sentencia de la Corte Suprema publicada en 10 R.D.J. II. 1. 353 (1913), pues declaró incluso que la renuncia al recurso de apelación no impedía a la parte apelar en contra de la resolución de un arbitrador que declara improcedente una casación de forma deducida fundándose en que el fallo se dictó ultrapetita y con manifiesta incompetencia. Y como no se había previsto en el compromiso un tribunal de segunda instancia, ordenó a la respectiva Corte de Apelaciones conocer de esa apelación.

22.-Aylwin, 505

de las facultades que le otorgan los arts. 86 de la Constitución Política, 540 y 541 del Código Orgánico de Tribunales, puede conocer de quejas deducidas en contra de sentencias dictadas por arbitradores, aun cuando estén renunciados todos los recursos e incluso si en esa renuncia se mencionara expresamente la queja<sup>23</sup>. Estimamos que ella procede no solamente en casos en los cuales exista alguna infracción grave de los preceptos procesales aplicables al juicio, sino también frente a fallos inmorales, dolosos, manifiestamente inicuos, absurdos, contradictorios, ininteligibles o imposibles de cumplir. Así la Corte Suprema ha anulado una sentencia de arbitrador por estimar que no podía acogerse una demanda de perjuicios fundada en un supuesto incumplimiento del contrato, en circunstancias de que ese contrato había sido cumplido<sup>24</sup>. Pensamos, sin embargo, que debe hacerse uso muy moderado de esta facultad correccional en cuanto al criterio mismo de lo decidido por el amigable componedor, dada su amplia facultad para estimar prudentemente lo que considere equitativo.

No cabe duda que el arbitrador puede fallar en contra de ley expresa, pues en eso consiste, como ya hemos explicado, su facultad de guiarse por la equidad. Con todo, tal como lo manifiesta el Profesor Aylwin<sup>25</sup>, “bien puede el arbitrador sujetarse a los preceptos legales en el fallo del juicio, si encuentra en ellos la más estricta prudencia y justicia; su calidad no lo obliga a despreciar las normas de derecho”.

El mismo autor señala ejemplos para confirmar la amplitud de las atribuciones del arbitrador e incluye en ellos la posibilidad de aceptar como válido un acto viciado de nulidad absoluta, declarar incapaz a una persona capaz y viceversa, alterar las reglas del peso de la prueba, etc., “aunque con ello viole disposiciones de orden público, si en su conciencia cree que así es prudente y equitativo”. Y agrega otros ejemplos:

*un amigable componedor puede admitir que se le pruebe un contrato de compraventa de bien raíz por otros medios que la escritura pública, aunque la solemnidad de instrumento auténtico esté prescrita por razones de orden público; su omisión no obsta a que el arbitrador adquiera, en virtud de otras pruebas, el convencimiento de que tal contrato se ha convenido entre las partes y que es de justicia ordenar su cumplimiento, para cuyo efecto puede disponer que se reduzca a escritura pública<sup>26</sup>.*

23.-Id. 524, 504.

24.-62 R.D.J. II. 1. 162 (1965)

25.-Aylwin 152

26.- Id. 153

Coincidimos con la opinión del señor Aylwin en cuanto a que las facultades del arbitrador no están limitadas ni siquiera por disposiciones de orden público, siempre que, como es obvio, se trate de materias susceptibles de someterse a compromiso.

De gran interés es un caso fallado como amigable componedor por Arturo Alessandri R.<sup>27</sup>. Fundándose en razones de equidad, claramente señaladas al resolver, ordena distribuir una herencia intestada entre hermanos e hijos ilegítimos del causante con prescindencia del Código Civil sobre esas materias. Surge la pregunta, ¿podría hacerse algo semejante modificando las cuotas hereditarias de asignatarios forzosos? A nuestro juicio sí, siempre que ello esté claramente incluido en el compromiso y se den razones de equidad muy bien fundadas.

Nuestra Corte Suprema, con razón, ha establecido sin embargo un límite al arbitrador en los preceptos de derecho público y atribuye esa calidad a las normas que regulan la competencia en materia de asuntos laborales<sup>28</sup>.

¿Podrá un arbitrador resolver prescindiendo de una sentencia anterior, dictada por la justicia ordinaria o por otro tribunal y que cumple con los requisitos legales para producir cosa juzgada entre las partes? En otros términos, ¿está el arbitrador sujeto a las reglas consignadas en nuestra legislación sobre el mérito de las sentencias ejecutoriadas?. La cuestión no merece duda si todos los interesados están de acuerdo en que el compromisario pueda modificar esa decisión anterior, o contradecirla, pero la dificultad surgirá si es una de las partes la que le pide prescindir del mérito de cosa juzgada de un determinado fallo por estimarlo inequitativo. No hemos encontrado resuelto el punto ni en los autores ni en la jurisprudencia chilena. En la jurisprudencia francesa la cuestión ha sido debatida, primando el principio de que debe respetarse la cosa juzgada emanada de sentencias anteriores, a menos que en el compromiso se faculte al árbitro para reverlas<sup>29</sup>. También han resuelto los tribunales franceses que el arbitrador queda sujeto a la cosa juzgada emanada de su propia sentencia<sup>30</sup>, lo que no es óbice, a nuestro juicio, para que pueda conocer y resolver peticiones de modificación o rectificación que las partes le formulen, salvo que hubieren renunciado específicamente a ello o que hubiere ya vencido el plazo del arbitraje.

¿Qué reglas de criterio podrían ser útiles a un amigable componedor para determinar con prudencia qué es lo más equitativo en el caso sometido a su fallo?

27.- 28 R.D.J. II. 1. 108 (1931)

28.- 56 R.D.J. II. 3. 188 (1949)

29.- 8 Pandectes Francaises 115, Nos. 1414-15 (Paris, 1890)

30.- Id. 119, N° 1431

Dada la naturaleza de la *prudencia y equidad*, cualquier intento de enumerar factores forzosamente ha de ser incompleto y no podrá limitar el amplio campo dentro del cual opera el arbitrador. Con todo, ensayaremos algunos:

(a) Como ya hemos dicho, los preceptos de la ley positiva que regulen el caso pueden ser una guía útil inicial, pues es lógico suponer que el legislador generalmente ha sabido expresar lo justo;

(b) Dentro de este primer supuesto deberá atribuirse a los textos legales positivos su más profundo sentido e intención y no estarse solamente a su tenor literal. Es la *ratio legis* la que indicará el pensamiento de fondo del legislador. En este sentido, la tarea del amigable componedor frente a la interpretación de textos legales es diferente a la del juez, pues éste, por razones de prudencia, ha sido colocado por el Código Civil en un estrecho campo que bien merece, en nuestro actual estado de desarrollo jurídico, una cuidadosa revisión.

(c) Especialmente atento ha de estar el arbitrador a los hechos o circunstancias posteriores a la dictación de la ley positiva y que, en consecuencia, el legislador no pudo considerar; y a aquellos otros que, por su naturaleza muy peculiar o de escasa ocurrencia, no cabían propiamente en un ordenamiento general.

(d) De gran utilidad será para el arbitrador el empleo de ciertos principios morales básicos de la vida jurídica, como el de no enriquecerse sin causa, no abusar de su derecho, no aprovecharse de su propia mala fe ni de la debilidad o ignorancia ajena, ni celebrar contratos leoninos, aceptar la revisión de estipulaciones que han llegado a transformarse en excesivamente onerosas por causas no previsibles, etc. Si bien estos conceptos también juegan dentro de los sistemas de derecho estricto, en ellos no siempre es fácil su aplicación. El arbitrador, en cambio, podrá emplearlos con amplia libertad. Por lo general, ellos serán una de las guías más seguras para establecer lo equitativo;

(e) En definitiva el arbitrador ha de sopesar los elementos indicados en cuanto le sean útiles, en relación con todos los demás factores, de cualesquiera naturaleza que sean, que su prudencia le aconsejen considerar y que le permitan resolver la cuestión como lo habría hecho un legislador justo frente a ese caso particular, aun cuando con ello deba ir en contra de ley expresa.

Y para terminar, ¿qué mejor resumen de las limitaciones del arbitrador que las señaladas por don Alfonso el Sabio en las Partidas?

Otrosí decimos, que si el mandamiento, o el juyzio de los auenidores fuesse contra nuestra

Ley<sup>31</sup>, o contra natura, o contra buenas costumbres; o fuese tan desaguizado que non se pudiesse cumplir; o si fuese dado por engaño, por falsas prueuas, o por dineros; o sobre cosa que las partes non ouiessen metido en mano de los auenidores; por cualquier destas razones,

31.-La expresión "nuestra ley" debe entenderse en el sentido restrictivo de derecho público, de preceptos que dicen relación con la Corona, pues si se la quisiera interpretar como toda norma jurídica positiva, los arbitradores se identificarían con los árbitros de derecho, en contra de lo preceptuado en las propias Partidas.

32.- Véase nota 1 supra.