



## ARBITRAJE Y MEDIDAS PRECAUTORIAS

### I. INTRODUCCION

Este tema ha sido objeto de amplio debate en nuestras Cortes y en el foro, a pesar de lo cual y no obstante el tiempo transcurrido, a la fecha no existe plena claridad sobre el mismo.

El presente trabajo pretende aportar nuevos antecedentes sobre el particular, a la luz de la jurisprudencia y doctrina que se ha ido desarrollando sobre este aspecto del arbitraje, el cual reviste la mayor importancia práctica.

### II. COMPETENCIA DE ARBITROS PARA DECRETAR MEDIDAS PRECAUTORIAS

El artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales (COT) define a los árbitros como “los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”.

Del citado artículo, y de las restantes disposiciones contenidas en el COT y las del Código de Procedimiento Civil (CPC), no se deja lugar a duda alguna de que los jueces árbitros tienen una naturaleza pública porque surgen al amparo de la ley y la función que ejercen, la jurisdicción, es parte del poder público.

Por lo mismo, podemos afirmar con total certeza que en la ley nacional existe un principio de paridad entre los jueces ordinarios y los jueces árbitros, de manera que, salvo ciertas calificadas excepciones, los asuntos de competencia de los jueces ordinarios pueden ser sometidos por voluntad de las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, al conocimiento de los jueces árbitros. Tal aserto, por lo demás, ya era sostenido en el pasado por don Manuel Egidio Ballesteros en cuanto nos señala que “nuestra ley ha hecho del arbitraje una jurisdicción, y en tal carácter sus sentencias deben ser obedecidas por las partes comprometidas como si ellas emanasen de los jueces ordinarios”<sup>1</sup>.

En este sentido el destacado profesor de derecho procesal don Hugo Pereira Anabalón nos señala que confirma lo anterior “la circunstancia de que la regulación normativa fundamental del arbitraje se encuentra en el Título IX del Código Orgánico de Tribunales, texto al cual se remite el art. 74 de la Constitución Política y, además, el proceso arbitral tiene especial reglamentación en el Código de

1.- Autor citado, La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile, Tomo II, Santiago, p. 74.

Procedimiento Civil (Título VIII del Libro III, arts. 628 y ss.)<sup>2</sup>.

Similar opinión manifiesta el profesor Patricio Aylwin “El arbitraje como institución jurídica independiente con fisonomía propia debe su vida a la creación de la ley. La ley lo establece como un medio extraordinario de administración de justicia; la ley involucra en él una especie de jurisdicción: un poder para ciertas personas de ejercer oficio de tribunales, de juzgar litigios. Las funciones que en el arbitraje se cumplen por el árbitro constituyen el desempeño de una autoridad y tienen, por consiguiente, carácter público”.<sup>3</sup>

No cabe duda alguna, en consecuencia, que en nuestro derecho, el arbitraje importa el ejercicio de una jurisdicción análoga a la que ejercen los tribunales ordinarios de justicia, y, por lo mismo, los árbitros tienen la calidad de verdaderos jueces porque se encuentran investidos de autoridad pública, que les emana de la ley, y no de las partes.

Tal ha sido el criterio sustentado por la Corte Suprema (CS) “el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública”<sup>4</sup>. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte de Apelaciones (CA) de Santiago, la cual ha resuelto que “El juez no tiene facultad alguna para ordenar al partidor, de propio imperio, bajo la forma de una medida cautelar, el cese de su jurisdicción o competencia como tal, porque los árbitros desempeñan una función pública independiente, emanada de la propia ley y sólo las autoridades superiores, conociendo de contienda o cuestiones de competencia o de los demás recursos legales, pueden decidir sobre estas materias. Un pronunciamiento del juez a este respecto vulneraría principios de orden público que se relacionan con la organización y jerarquía de los tribunales”.<sup>5</sup>

Por lo mismo, la designación de un árbitro y su posterior aceptación genera un órgano jurisdiccional que ejerce la misma potestad pública que los jueces ordinarios.

No cabe duda alguna que los árbitros, atendida su calidad de jueces, dentro de sus facultades, y, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 73 de la Constitución Política del Estado y 1º del COT, tienen competencia para decretar medidas precautorias, puesto que éstas importan el ejercicio de jurisdicción.

2.- Autor citado, Curso de Derecho Procesal, Derecho Procesal Orgánico, Tomo I, Edit. Conosur, p.243.

3.- El Juicio Arbitral, Edit. Jurídica de Chile, p. 53.

4.-Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, secc. 1ª, p. 396

5.- Rº., Tomo LVIII, Secc. 1ª, p. 222. En el mismo sentido Rº., T. LV, secc. 2ª, p.79.

La doctrina y la jurisprudencia hablan de la existencia de “momentos” de la jurisdicción para referirse a las diferentes fases o etapas de su desarrollo, y así se habla de que existe una fase de conocimiento, de juzgamiento y de ejecución. Pero, además, expresan que el ejercicio de la jurisdicción se manifiesta en otra actividad con caracteres propios y diferenciados que se manifiesta en la función cautelar, y en este sentido, nos señalan que “se vislumbra así la existencia de otras categorías de procesos o de procedimientos jurisdiccionales.....generalmente denominados “cautelares”, con orientación diversa de los procesos o procedimientos de conocimiento y de ejecución”.<sup>6</sup>

Por lo mismo, es que hoy en día no se discute que las medidas precautorias no sólo proceden en el juicio ordinario, donde se hallan reglamentadas, sino que, también, dentro de los juicios o procedimiento especiales, entre los cuales naturalmente se ubica el procedimiento seguido ante árbitros. La doctrina señala como fundamento de tal aserto, la interpretación armónica de los artículos 2º y 3º del CPC, en cuanto que “a falta de reglas diversas en el conjunto normativo de los juicios especiales, deberá aplicarse en ellos aquella parte del procedimiento ordinario que legisla sobre las medidas precautorias.

Se extiende, pues, de esta manera, el campo de aplicación de dicha institución a los procedimientos especiales”<sup>7</sup>. Como segundo argumento de esta tesis se señala la historia de la ley, específicamente la discusión que se suscitó con ocasión de la redacción del artículo 475 (actual 453) del CPC, en cuya ocasión se dejó establecida en la sesión 25 de la Comisión Mixta la opinión del Presidente de la Comisión Sr. Ballesteros el cual señaló “que, si hay temores de que el deudor pueda eludir la prohibición de la ley enajenando sus bienes, el acreedor tiene expedito su derecho para pedir prohibición de gravarlos o enajenarlos, y hacer inscribir esta prohibición antes que el demandado tenga noticias de la iniciación del juicio”<sup>8</sup>. Lo anterior pone de manifiesto la posibilidad del actor para solicitar medidas precautorias en los juicios especiales, toda vez que la norma en discusión se inserta dentro del juicio ejecutivo que constituye uno de los juicios especiales que se reglamentan en el CPC. Por último, se señala como argumento lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, que constituye el modelo o base de nuestras leyes procesales. Pues bien, refiriéndose a las providencias precautorias que se encuentran establecidas en el Título XIV del Libro II de la ley de Enjuiciamiento Civil de España, artículos 1399 y 1418, que tratan “De los embargos preventivos”, y artículos 1419 y 1428, que tratan “Del aseguramiento de los bienes litigiosos”, el catedrático Manresa y Navarro expresa lo siguiente: “Estos dos actos judiciales tienen por objeto asegurar las resultas del juicio, ya sea ejecutivo, ya sea ordinario”<sup>9</sup>. Lo anterior pone de manifiesto que en la legislación española, antecedente de la nuestra, las medidas precautorias proceden no sólo en los juicios ordinarios, sino también en los especiales.

6.- Hugo Pereira A., Curso de Derecho Procesal, Tomo I, p.96-97 y 118.

7.- Mario Rojas R., Las Medidas Precautorias, U. de Concepción, 1959, p.24.

8.- Santiago Lazo, citado por Mario Rojas, obra citada, p. 25.

9.- Mario Rojas, obra citada, p.26.

De la misma opinión participa el profesor Hugo Pereira, el cual al referirse a la existencia de procedimientos jurisdiccionales cautelares con una orientación diversa de los procesos o procedimientos de conocimiento y de ejecución, y que son necesarios tanto en el proceso civil como penal, sostiene lo siguiente “cuando decimos “proceso civil”, nos referimos, en sentido lato, a todo proceso de cualquier índole que no sea proceso penal”<sup>10</sup>.

Por su parte Anabalón Sanderson señala que: “la norma legal que establece el carácter de supletorio y la redacción del artículo 290 del CPC, disposición que evidencia que se trata de medidas para asegurar el resultado de cualquiera acción”<sup>11</sup>.

### **III. CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS PRECAUTORIAS QUE EXIJAN MEDIDAS DE APREMIO O QUE AFECTEN A TERCEROS AJENOS AL PROCESO**

No obstante haber dejado establecido en el capítulo II del presente trabajo, la existencia del principio de paridad entre los jueces ordinarios y los jueces árbitros, los límites propios del arbitraje en cuanto a la falta de imperio de los mismos y a las partes a quienes alcanzan sus efectos, determinan la necesidad de llevar a efecto la ejecución de una medida precautoria, decretada en un procedimiento arbitral, a través de la justicia ordinaria, cuando su cumplimiento requiera de medidas de apremio o cuando se afecte a terceros que no son parte en el arbitraje.

El desarrollo de este tema lo dividiremos en dos partes:

#### **A. Medidas que importan ejercicio de imperio.**

Dispone el artículo 635 inciso 3º del CPC lo siguiente: “cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas....., deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto”.

La norma legal recién transcrita determina que la potestad jurisdiccional de la cual se encuentran investidos los árbitros en nuestro derecho, se encuentra desprovista de imperio o poder para hacer

10.- Autor y Obra citadas, p. 118.

11.- Carlos Anabalón S., Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno, T. 3º, 2ª Ed., p. 55-56.

ejecutar sus resoluciones mediante procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas.

Ahora bien, esta falta de imperio de los árbitros en ningún caso significa una privación a su calidad de jueces, puesto que lo característico de la jurisdicción es la resolución de los conflictos jurídicos que se encuentren sometidos a su conocimiento y de los eventuales conflictos de los que podrá conocer, constituyendo la ejecución de lo resuelto, y más específicamente la ejecución forzosa, una fase o etapa del proceso, pero con carácter eventual, puesto que, la parte vencida podría allanarse al cumplimiento de la sentencia, en cuyo evento no existirá la fase de ejecución forzosa de la sentencia<sup>12</sup>. Aylwin sostiene que esta falta de imperio de que adolecen los árbitros, que implica que los mismos no pueden disponer la ejecución por la fuerza pública de sus resoluciones, se fundamenta en que el empleo de la fuerza pública “compromete siempre los intereses sociales, y por esto se otorga únicamente a autoridades no sólo instituidas por el Poder Público, sino también nombrados más o menos directamente por él; por lo general, órganos inmediatos del Jefe del Estado”, agregando a continuación que “El imperio, por lo demás, no es un atributo esencial de los tribunales y su falta no altera la naturaleza de tal que tienen los árbitros”<sup>13</sup>.

En cuanto al alcance de lo que debemos entender por “procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas”, la ley no define estos conceptos, pero recurriendo a la historia fidedigna del establecimiento de la ley podemos formarnos una idea de lo que comprenden estos dos conceptos, y es así como en la sesión 31 de las actas de la Comisión Revisora se señala lo siguiente: “Agrega el señor Valdés que entre los procedimientos de apremio y medidas compulsivas a que se refiere esta disposición, se comprenden los embargos, lanzamientos, mandamientos posesorios, etc., y en general todas las diligencias que por su naturaleza requieren el empleo de la fuerza o la intervención de la autoridad pública o de sus agentes”<sup>14</sup>. De la misma opinión participa Aylwin, el cual agrega lo siguiente: “Tales son, también, indudablemente, los arrestos, multas y allanamientos que, según la ley, pueden los jueces decretar en ciertos casos contra las partes u otras personas para obtener de ellas el cumplimiento de sus resoluciones”<sup>15</sup>.

En consecuencia siempre que el árbitro deba aplicar cualesquiera de las medidas precedentemente señaladas deberá recurrir a la justicia ordinaria para que se lleve a efecto su cumplimiento.

12.- Hugo Pereira A., Informe en Derecho, Gaceta Jurídica N°187, p. 11.

13.- Autor y Obra citadas, p. 53.

14.- Rº., T. IX, Secc. 2ª, p. 18.

15.- Autor y Obra citadas, p. 448.

En todo caso se debe tener presente que en nuestro sistema legal los tribunales ordinarios que están llamados a suplir la falta de imperio de los jueces árbitros, no se encuentran facultados para rever las resoluciones emanadas de árbitros, sino que, únicamente para ejecutarlas. Así opina también la jurisprudencia: “Este precepto<sup>16</sup> autoriza solamente a la justicia ordinaria para ordenar el cumplimiento de las resoluciones arbitrales, mas no para reverlas y pronunciarse sobre sus fundamentos, como lo ha hecho la sentencia reclamada infringiendo esta disposición legal”<sup>17</sup>. De acuerdo con la doctrina, el único deber que asiste a los tribunales ordinarios es establecer que la resolución cuyo cumplimiento se solicita emane de un tribunal arbitral; que la resolución se encuentre ejecutoriada, y, por último, que la misma no sea contraria al orden público, como ocurriría, por ejemplo, si el tribunal ordinario constataste que la resolución resuelve sobre una materia de arbitraje prohibido, ni a las buenas costumbres. Por lo que verificadas estas tres condiciones, el tribunal ordinario requerido no podría negarse a cumplir la resolución arbitral<sup>18</sup>.

Ahora bien, esta falta de imperio de que adolecen los árbitros no debe confundirse con la ejecutabilidad de las resoluciones arbitrales, toda vez que las resoluciones y sentencias emanadas de los jueces árbitros son ejecutables, tienen mérito ejecutivo en sí mismas, al igual que las que emanan de los tribunales ordinarios. Esto aparece expresamente reconocido en el artículo 635 inciso 1º del CPC que dispone que los jueces árbitros tienen competencia para conocer del cumplimiento de las sentencias arbitrales que ellos dicten.

Lo anterior ha sido declarado por la CS, la cual ha fallado que: “Las resoluciones de los árbitros son, en consecuencia, resoluciones judiciales de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes y les corresponde conocer de la ejecución y cumplimiento de la sentencia –salvo que ésta exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas-, y pronunciarse sobre todos los asuntos que hayan sido sometidos a su competencia; y sus sentencias producen, por tanto, la acción de cosa juzgada para exigir su cumplimiento en conformidad a la ley”<sup>19</sup>. Por lo tanto, la jurisprudencia está señalando que la ejecución de las resoluciones dictadas por árbitros les corresponden a ellos mismos, por cuanto gozan de mérito ejecutivo.

En consecuencia, podemos concluir que las resoluciones arbitrales tienen en nuestro sistema legal, a diferencia de otros países como Italia e Inglaterra, mérito ejecutivo, pueden ser cumplidas con el auxilio de la fuerza pública, son susceptibles de ejecución forzada, y no requieren para ello ser

16.- Art. 635 CPC, nota nuestra

17.- Rº., T. XXIV, Secc. 1ª, p. 237..

18.- Aylwin, Obra citada, p. 451.

19.- Rº., T.XLI, Secc. 1ª, p. 396. En el mismo sentido, Rº., T.XXX, Secc. 1ª, p. 83.

autorizadas, homologadas o un procedimiento de exequátur previo de ninguna otra autoridad<sup>20</sup>.

Resulta de la mayor trascendencia destacar que el decretar medidas precautorias por parte de los árbitros en ningún caso importa el ejercicio de imperio, sino que, tal como lo señalamos en el capítulo II del presente trabajo, importa el ejercicio de una jurisdicción cautelar, y como tal su ejercicio es inherente a la calidad de jueces que invisten los árbitros.

Sobre el particular Aylwin nos señala que “la falta de imperio no priva a los árbitros de la facultad de decretar medidas precautorias, ya que, éstas no importan un medio de apremio o compulsión, sino únicamente una garantía para asegurar los resultados del juicio”<sup>21</sup>.

Por lo mismo, consideramos que decretada una medida cautelar por parte de un juez árbitro ésta se debe cumplir en forma inmediata, sin necesidad de tener que llevarse a efecto su cumplimiento por medio de los tribunales ordinarios, ya que esta resolución es ejecutable por sí misma, como se señaló precedentemente. Tal es también la opinión de la jurisprudencia, y en un recurso de protección interpuesto por una de las partes de un compromiso en contra del juez árbitro y del banco que inscribió la medida precautoria decretada sobre los fondos de que disponía el cuenta correntista en el banco, resolvió lo siguiente: “Al dar cumplimiento los recurridos, a una resolución dictada en el juicio arbitral que dispuso una medida precautoria respecto de los dineros depositados en el banco que representan, actuaron conforme a la normativa legal vigente que les impide discutir o desobedecer las resoluciones judiciales y sólo deben limitarse a su cumplimiento, correspondiéndoles a las partes del proceso eventualmente cuestionar ante el órgano judicial pertinente dichas resoluciones a ejercer los recursos que procedan”<sup>22</sup>.

Ha sucedido que medidas precautorias decretadas por árbitros no se han cumplido por parte de instituciones u organismos, argumentándose por sus fiscalías que los árbitros carecen de imperio.

Consideramos que esta manera de actuar de parte de estas instituciones importa una flagrante violación del artículo 73 inciso final de la Constitución Política del Estado que prescribe de manera imperativa que la autoridad requerida para ejecutar las resoluciones judiciales debe cumplirlas sin más trámite, careciendo enteramente de atribuciones para calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de ellas<sup>23</sup>. Asimismo, consideramos que esta conducta implica incurrir abiertamente en la

20.- Aylwin, Obra citada, p.445.

21.- Autor y Obra citadas, p. 456.

22.- Jurisprudencia On-line, Gaceta Jurídica, Corte Suprema, 16 de mayo 1994, Fallo N°22992.

23.- Rº., T. XCIII, secc. 5ª, p. 306.

figura especial de desacato prevista y sancionada en el artículo 240 del CPC, que sanciona al que quebrantare lo ordenado cumplir en una resolución judicial y en este sentido incurren en un ilícito que los haría responsables de indemnizar todos los perjuicios que ocasionaren a la parte que obtuvo la medida precautoria incumplida por parte de la institución u organismo constituido en rebeldía, según se desprende del claro tenor del artículo 2314 del Código Civil.

## **B. Medidas que afecten a terceros.**

Tal como lo sostienen los autores la jurisdicción que ejercen los árbitros es de carácter excepcional, lo cual supone o parte de la base que existe un acuerdo de voluntad previo de las partes, o norma legal expresa que establezca la obligación de someterse a la resolución de árbitros<sup>24</sup>.

El principio fundamental del arbitraje es que fuera de los casos excepcionales en que la ley lo hace forzoso –art. 227 COT - , nadie puede ser obligado a someter a la resolución de árbitros una contienda –art. 228 COT. Así opina también la jurisprudencia, de conformidad al principio general de que las convenciones sólo obligan a las partes que las celebraron, el pacto de arbitraje y el nombramiento de compromisarios no liga sino a las partes que concurren a otorgarlos<sup>25</sup>.

Basándose en este principio general, la CS acogiendo un recurso de protección, estableció la siguiente doctrina: “La resolución de un juez árbitro arbitrador para decretar medidas precautorias sobre bienes personales de los socios de una sociedad bajo su jurisdicción arbitral excede manifiestamente el ámbito de su competencia, afectando de modo ilegal y arbitrario el derecho de propiedad de dichos socios reconocido por la Constitución, desde que éstos son jurídicamente ajenos al arbitraje”<sup>26</sup>. Es decir, el fundamento de la CS en este caso fue que no procede decretar medidas precautorias respecto de terceros ajenos al litigio, toda vez que, en su calidad de tercero, no les alcanzan los efectos de estas resoluciones.

En otra oportunidad, la misma CS falló lo siguiente: “Comete falta que debe enmendarse por la vía del recurso de queja el juez árbitro que concede la medida precautoria de declarar el derecho legal de retención y la prohibición de enajenar y gravar, vender o hipotecar en cualquier forma un predio determinado y permite el cumplimiento de aquello sin la necesaria y legal intervención de la justicia ordinaria en los términos del artículo 635 del Código de Procedimiento Civil”<sup>27</sup>. En este caso, se trató

24.- Aylwin, obra citada, p. 413.

25.- Rº., T. XXX, Secc. 1ª, p. 52.

26.- Rº., T. LXXXVII, Secc. 5ª, p. 169.

27.- Rº., T. LXXXIV, Secc. 1ª, p. 125.

de un juez árbitro que decretó una medida precautoria respecto de un bien raíz que se había adjudicado un banco en un remate y la existencia de la precautoria impedía la inscripción del bien raíz en el Conservador de Bienes Raíces a nombre del banco, motivo por el cual este último recurrió en grado de queja ante la CS, la cual acogiendo el recurso interpuesto ordenó el alzamiento de la medida precautoria decretada en los autos arbitrales. En este caso el fundamento del fallo de la CS se encuentra en el hecho de haberse decretado una medida precautoria que afectaba a un tercero y no se había ordenado su cumplimiento mediante la justicia ordinaria, según lo dispone el artículo 635 del CPC.

Sobre el particular el artículo 635 inciso 3º del CPC dispone lo siguiente: “cuando el cumplimiento de la resolución arbitral.....haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de los resuelto”.

La doctrina sostiene que el alcance de esta norma no es hacer aplicables las resoluciones arbitrales a terceros ajenos al proceso, en el sentido de establecer derechos u obligaciones a su respecto, sino que su sentido es que en cuanto la resolución arbitral pueda afectar a un tercero, como sería el caso de decretarse una medida precautoria sobre un bien que se encuentra en poder de un tercero que lo detente a título de arrendatario, esta medida debe cumplirse por intermedio de la justicia ordinaria<sup>29</sup>.

Esta es también la opinión de la CS, la cual ha fallado que: “El artículo 792 Actual art. 635 del CPC, nota nuestra. del Código de Procedimiento Civil que establece que cuando la resolución arbitral hubiera de afectar a terceros que no son parte en el compromiso deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto, no tiene el alcance de poder hacer cumplir por terceros extraños a la litis, las resoluciones del compromisario que obligan sólo a los comuneros que fueron parte en el juicio”<sup>30</sup>. Esto es, en la sentencia recién aludida la CS entiende que la obligación de entregar el bien adjudicado en una partición sólo les es exigible a los comuneros que fueron parte en el juicio pero que no puede hacerse efectiva respecto de un tercero que no ha litigado, porque la acción de cosa juzgada que emana del fallo particional, en cuanto se persigue con este el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, solo puede dirigirse contra las personas condenadas a tales prestaciones, conforme al principio de derecho de que “el juicio que fuere dado contra alguno no empece a otro”.

29.- Aylwin, obra citada, p. 417.

30.- Rº., T. XXXVII, Secc. 1ª, p. 470.

#### IV. MEDIDAS PREJUDICIALES PRECAUTORIAS

Este es un tema que ha sido materia de bastante controversia, existiendo fallos en uno y otro sentido, esto es, en cuanto se ha resuelto que las medidas prejudiciales precautorias son de conocimiento de la justicia ordinaria, y también, fallos que establecen la tesis contraria en cuanto los árbitros tienen competencia para decretar prejudiciales precautorias.

Veremos ambas situaciones mediante el análisis de tres fallos que representan estas posturas.

Dentro de los fallos que se pronuncian sobre la tesis de la exclusiva competencia de los jueces ordinarios para decretar medidas prejudiciales precautorias, se encuentra el fallo dictado por la CS con fecha 6 de enero de 1997, en los autos sobre casación en el fondo caratulados “Compañía de Teléfonos de Chile con Chilesat S.A.”. Mediante el referido fallo la CS casó de oficio la sentencia de primera instancia, confirmada por la CA, en virtud del cual el Juez del 24º Juzgado Civil de Santiago acogió la incidencia de incompetencia deducida por Chilesat frente a la solicitud de CTC de obtener se concediera por este tribunal de primera instancia la concesión de dos medidas prejudiciales precautorias, atendida la existencia de una cláusula compromisoria por medio de la cual se sometía la resolución de los conflictos que surgieran entre los contratantes a la resolución de árbitros.

El fundamento de la CS para anular de oficio la sentencia recurrida fue el siguiente: “Que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 279, 290 y 298 del Código de Procedimiento Civil, las medidas cautelares contempladas o no por el legislador, cuando se piden en forma prejudicial siempre son de conocimiento, resolución y ejecución por la justicia ordinaria, cualquiera sea la convención de las partes respecto del tribunal que debe fallar el litigio de fondo. Por lo mismo, las medidas prejudiciales precautorias no pueden ser dispuestas por los jueces árbitros, pues necesariamente presuponen la falta de constitución del juicio arbitral” (consid. 5º)<sup>31</sup>.

No compartimos el criterio que sustenta la CS en el considerando transcrito en cuanto concluye que las medidas precautorias “siempre son de conocimiento, resolución y ejecución por la justicia ordinaria”, y, por lo mismo, no pueden ser decretadas por los árbitros “pues necesariamente presuponen la falta de constitución del juicio arbitral”, atendido que confunde la constitución del tribunal arbitral con la competencia del juez árbitro.

31.- Rº., T. XCIV, Secc. 1ª, p. 1

Resulta evidente que mientras no se encuentre constituido el tribunal arbitral no existe un foro donde solicitar una medida prejudicial precautoria, y en este sentido claramente la parte interesada deberá solicitar al tribunal ordinario, que es el juez natural conforme lo dispone el artículo 5 del COT, que decrete la medida prejudicial precautoria que corresponda. Pero lo anterior no permite concluir que los árbitros carecen de competencia para decretar estas medidas, dado que, tal como lo señalamos en el capítulo II del presente trabajo, el ejercicio de las medidas cautelares importa ejercicio de jurisdicción cautelar la cual es inherente a los árbitros atendida su calidad de jueces. La facultad de decretar medidas precautorias en el carácter de prejudiciales se encuentra dentro de los límites de competencia de los árbitros, toda vez que la misma le emana al árbitro de su calidad de juez, y en este sentido directamente de la ley, específicamente de los artículos 73 de la Constitución Política y 1º del COT, y, por ello no requiere de mención alguna en el compromiso o cláusula compromisoria sobre el particular. Aylwin sostiene que “los compromisarios tienen facultad para decretar contra las partes sujetas a su jurisdicción, las medidas prejudiciales de que trata el Título IV del Libro II del CPC, puesto que ellas no constituyen medios de apremio, sino que tienen por objeto preparar el juicio”<sup>32</sup>.

Por lo mismo, constituido que sea el tribunal arbitral, lo cual ocurrirá cuando el árbitro designado presta su aceptación y juramento, según lo dispone el artículo 236 del COT, lo que en doctrina se conoce como contrato de compromisario, las partes ya cuentan con un foro donde se puede solicitar válidamente una medida de esta naturaleza. No se debe olvidar que el juicio propiamente tal comienza con la presentación de la demanda, según lo dispone el artículo 253 del CPC, por lo que en la etapa que media entre la constitución del tribunal arbitral y la presentación de la demanda el árbitro puede decretar válidamente cualquiera medida precautoria, la cual tendrá el carácter de prejudicial, atendido que el juicio no se ha iniciado todavía. Tal como lo sostiene el profesor Fernando Alessandri “las solicitudes de medidas prejudiciales no constituyen demanda”<sup>33</sup>. En el mismo sentido opina el profesor José Quezada quien señala que la solicitud de medidas prejudiciales precautorias no constituyen un juicio, y lo anterior se desprende de la reglamentación de las medidas prejudiciales precautorias, en cuanto a que su finalidad es preparar el juicio, no siendo efectivo que se discutan cuestiones propias del mismo, y que, por lo general, se tramitan sin controversia, esto es, sin escuchar a la otra parte<sup>34</sup>. Por su parte, el tratadista Hugo Alsina señala a propósito de las diligencias preparatorias que éstas “deben ser solicitadas al juez que hubiera debido entender la demanda, pero ésta debe promoverse ante el juez competente al momento de su iniciación, porque aquellas no fijan la competencia y la jurisdicción del juez termina una vez practicada la diligencia”<sup>35</sup>.

32.- Autor y obra citadas, p. 449.

33.- Autor citado, Curso de Derecho Procesal –Reglas comunes a todo procedimiento y juicio ordinario, Edit. Nascimento, 3ª Ed., p. 251.

34.- Autor y Obra citados, p. 17.

35.- Autor citado, Derecho Procesal –Civil y Comercial, T. III, Edir S.A. Edit., Buenos Aires, 1958, 2ª Ed., p.8.

Consideramos que se encuentra más acorde con la correcta doctrina en esta materia la sentencia dictada por la CA de Presidente Pedro Aguirre Cerda (CAP) con fecha 7 de noviembre de 1984, como asimismo, la sentencia dictada por la CA de Concepción de fecha 24 de julio de 1985.

Del fallo de la CAP reproducimos sus considerandos 2º y 3º:

“Que al existir un pacto por el que las partes interesadas nombran árbitro y le someten cualquier diferencia que pueda surgir entre ellas, entre las cuales lógicamente puede haber la solicitud de medida prejudicial precautoria como la de autos, están renunciando a la jurisdicción que los tribunales ordinarios tienen sobre la generalidad de los asuntos que se pueden suscitar en el territorio nacional (consid 2º);

“Que esta renuncia a la jurisdicción de los tribunales ordinarios convenida por las partes, no impide que un tribunal ordinario pueda conocer de una medida prejudicial precautoria como la pedida a fojas 7, pues aunque esta renuncia consta en el documento fundante de fojas 1, el tribunal de primera instancia no puede declarar de oficio su falta de jurisdicción, pues ella puede serle prorrogada por la otra parte (consid. 3º)”<sup>36</sup>.

Por su parte del fallo de la CA de Concepción reproducimos sus considerandos 1 a 4:

“1.- Que las medidas prejudiciales precautorias, como diligencias preparatorias cautelares, suponen un procedimiento rápido, que es previo o anterior al juicio que corresponda y tienen por objeto asegurar el resultado de la acción que se deducirá a través de la competente demanda”.

“2.- Que si bien de conformidad a la cláusula 12 del contrato de prestación de servicios a fojas 1, las partes convinieron en que cualquiera dificultad que se presentara con motivo de la aplicación, interpretación, cumplimiento o finiquito del contrato, será resuelta en única instancia y sin ulterior recurso, por el Jefe del Departamento Técnico de CONAF en carácter de árbitro, lo cierto es que aún no se ha producido la controversia acerca de alguna de dichas materias y mientras ello no ocurra es el Tribunal ordinario el llamado a conocer de las actuaciones previas o anteriores a dicha controversia”.

“3.- Que, por otra parte, la finalidad de las medidas cautelares se vería desvirtuada si las partes, para poder impetrarlas, tuvieron que realizar todos los trámites necesarios para la constitución del Tribunal Arbitral”.

36.- Gaceta Jurídica N°53, p. 55.

“4.- Que, en razón de lo dicho en los fundamentos precedentes, la petición de nulidad de lo obrado contenida en el cuerpo de la presentación de fojas 14 y anunciada en la suma como excepción de incompetencia, deberá ser desechada”<sup>37</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que existiendo cláusula arbitral, y antes de encontrarse constituido el tribunal arbitral, la parte demandante puede válidamente solicitar una medida prejudicial precautoria ante la justicia ordinaria, toda vez que todavía no existe foro arbitral que pueda conocer de la misma, y requerido el juez ordinario deberá pronunciarse sobre el particular, atendido el principio de inexcusabilidad que establecen los artículos 73 inciso 2º de la Constitución Política y 10 inciso 2º del COT, no siendo procedente que en esta etapa se deduzcan incidentes de competencia, puesto que no constituye el juicio propiamente tal, ni este tribunal es el designado por las partes para la resolución de los conflictos que surjan entre las mismas. Por lo mismo, hasta aquí debiera durar la intervención del juez ordinario debiendo iniciarse el pleito ante el juez árbitro que corresponda, y, para tal efecto la parte demandante deberá solicitar al juez ordinario se amplíe el plazo para presentar la demanda hasta por 30 días, conforme lo dispone el artículo 280 inciso 1º del CPC. Para tal efecto, consideramos que la necesidad de instar por la constitución de un tribunal arbitral, para la resolución del conflicto, constituye motivo fundado suficiente para que el tribunal acceda a la ampliación del plazo a que alude el citado artículo. En este evento, la parte demandante junto con presentar su demanda ante el árbitro designado, deberá solicitar en un otrosí la mantención de la medida prejudicial precautoria decretada.

En el caso de que exista un tribunal arbitral válidamente constituido, y no habiéndose iniciado el juicio propiamente tal, cualquier medida precautoria que se quiera intentar deberá solicitarse en forma prejudicial ante el árbitro designado, quién sería el único competente para pronunciarse sobre la misma, conforme lo establece el artículo 8 del COT.

## **V. CUMPLIMIENTO DE MEDIDAS PRECAUTORIAS DECRETADAS POR TRIBUNALES ARBITRALES EXTRANJEROS**

El tema es si se puede pedir en nuestro país el cumplimiento de una resolución emanada de un tribunal arbitral extranjero que decreta una medida precautoria sobre bienes situados en Chile.

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 16 inciso 1º del Código Civil, conforme al cual los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros, la CS se ha pronunciado por la negativa y en fallo de fecha 17 de noviembre de 1999, estableció la siguiente doctrina: “La orden de embargo emanada de un juez argentino y que se refiere a participaciones,

37.- Revista de Jurisprudencia Nº25, 25 de octubre de 1985, p. 51, que aparece transcrita en el libro de José Quezada M., ya citado.

bienes, derechos y créditos que le puedan corresponder a uno de los procesados en sociedades chilenas, es contraria a la jurisdicción nacional, toda vez que se refiere a bienes situados en el territorio nacional que, según lo dispuesto en el artículo 16 del Código Civil, están sujetos a la ley chilena, esto es, a la jurisdicción de los tribunales de este país, por lo que de accederse al exequátur se vulneraría una norma de orden público que obsta a la petición formulada”<sup>38</sup>.

Criticando una sentencia similar de la CS<sup>39</sup> el destacado tratadista de Derecho Internacional Privado Diego Guzmán Latorre señala que: “Si es un principio de derecho que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros (artículo 2465 del Código Civil), constituyendo sobre ellos un derecho de prenda general a favor de sus acreedores, y si la ley chilena no establece restricción alguna tratándose de las obligaciones contraídas en país extranjero –al contrario, reconoce expresamente la eficacia de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados en país extraño sobre bienes situados en Chile (artículo 16, inciso 2º, del Código Civil)-, es necesario concluir que el precepto comentado no puede ser obstáculo para otorgar el exequátur a una sentencia extranjera que se refiera a bienes situados en Chile”<sup>40</sup>.

En similares términos se fundamenta el voto de minoría redactado por el Ministro José Luis Pérez Zañartu, en el fallo precedentemente citado, que por su interés transcribiremos en forma textual:

“Acordada contra el voto del Ministro Sr. Pérez quien fue de parecer de hacer lugar al exequátur solicitado, porque en su concepto la disposición del artículo 16 del Código Civil no puede ser obstáculo para que sobre los bienes del encausado situados en Chile se pueda hacer efectiva su responsabilidad económica derivada de ilícitos penales”.

“Sostener lo contrario, atentaría contra el derecho de prenda general contenido en el artículo 2465 del Código Civil, lo que equivaldría, en la práctica, a la derogación de la norma citada, lo que no puede haber estado en la mente del legislador, menos aún, en la actualidad, en que se vive en un mundo con una economía globalizada”.

“Por otra parte, de la Convención de Derecho Internacional Privado o Código de Bustamante, aprobado y ratificado por Chile, se desprende de su artículo 437 que las sentencias penales podrían ejecutarse en lo que toca a la responsabilidad civil y a sus efectos sobre los bienes del

38.- Rº., T. XCVI, Secc. 1ª, p. 175.

39.- Rº., T. LVIII, Secc. 1ª, p. 186.

40.- Autor citado, Tratado de Derecho Internacional Privado, Edit. Jurídica de Chile, 1997, p. 511.

condenado, si han sido dictadas por juez o tribunal competente, con audiencia del interesado y se cumplen las demás condiciones formales y de trámite que se exigen, las que en opinión del disidente se encuentran realizadas, al tenor de las normas del artículo 245 del Código de Procedimiento Civil, como asimismo de acuerdo a la norma del artículo 423 del Código de Derecho Internacional Privado ya citado”<sup>41</sup>.

En lo referente al alcance del inciso 1º del artículo 16 del Código Civil podemos señalar que esta norma establece la ley que rige el estatuto real de los bienes situados en Chile, lo que significa que, y por aplicación del principio *lex loci rei sitae*, los bienes situados en Chile se rigen por la ley chilena. Lo anterior implica que la ley nacional se aplica a todas las relaciones de carácter real de que sean susceptibles los bienes situados en Chile. En consecuencia, la ley nacional determina los derechos reales que pueden constituirse sobre los bienes situados en Chile, así como el nacimiento de tales derechos, su contenido, las formas como se adquieren, se ejercen o se extinguen, así como los efectos que producen. Lo mismo cabe señalar respecto de la posesión de los bienes situados en Chile y su clasificación. Pero este precepto no tiene el alcance que le ha dado la jurisprudencia en el fallo transcrito precedentemente, el cual únicamente se refiere a una cuestión de carácter procesal como es la de hacer aplicable en nuestro país la resolución que declara la indisponibilidad transitoria que afecta a bienes situados en Chile. El alcance de la norma en comento es que tratándose de bienes situados en Chile, las relaciones de carácter real sobre los mismos bienes deben sujetarse a la ley chilena. Así por ejemplo, si se solicita en Chile el cumplimiento de una sentencia extranjera que constituye una servidumbre sobre un cuadro muy valioso, no podría ejecutarse en Chile porque de conformidad al artículo 820 del Código Civil la servidumbre sólo puede constituirse sobre bienes raíces<sup>42</sup>.

En cuanto a la posibilidad de ejecutar en nuestro país una resolución arbitral extranjera que decreta medidas cautelares sobre bienes situados en Chile, cabe señalar que nuestro país ha suscrito la “Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras” del año 1958, y la “Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional” del año 1975 ambas ratificadas sin reservas por nuestro país en 1975 y 1976 respectivamente, en cuya virtud nuestro país se obliga a dar reconocimiento y ejecución a las sentencias o laudos arbitrales emanados de tribunales arbitrales extranjeros, y que, naturalmente cumplan los requisitos que en las citadas Convenciones se señalan.

41.- Rº., T. XCVI, Secc. 1ª, p. 176.

42.- Diego Guzmán L., obra citada, p. 511.

No obstante lo anterior, en las referidas Convenciones se habla del cumplimiento de sentencias o laudos arbitrales, y de conformidad al diccionario de legislación y jurisprudencia Escriche, la voz laudo significa “las sentencias de los árbitros y arbitradores consentidas tácitamente por las partes mediante el silencio de diez días”. Asimismo, entre las causales que se pueden invocar para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral ante la autoridad competente del país en que se solicita dicho reconocimiento y ejecución, está la circunstancia de que el fallo arbitral no se encuentre aún ejecutoriado. Lo anterior nos demuestra que estas Convenciones se refieren en forma inequívoca al cumplimiento de sentencias definitivas ejecutoriadas emanadas de tribunales arbitrales extranjeros, categoría que naturalmente no revisten las resoluciones que conceden medidas precautorias, las que sabemos que tienen en nuestro sistema procesal la naturaleza jurídica de un auto puesto que se trata de medidas esencialmente provisionales, por lo que consideramos que no se podría recurrir a estas Convenciones para solicitar el cumplimiento en Chile de una medida precautoria decretada por un tribunal arbitral extranjero.

Por otro lado, y para los efectos señalados precedentemente, esto es, en cuanto si se puede ejecutar en nuestro país una medida precautoria decretada por un tribunal arbitral extranjero ¿podemos recurrir al procedimiento de cumplimiento de resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros previsto en el párrafo 2, del Título XIX, del Libro I del CPC, artículos 242 y siguientes del CPC?.

Sabemos que dichas normas resultan aplicables para solicitar en Chile el cumplimiento de resoluciones expedidas por jueces árbitros extranjeros conforme lo dispone el artículo 246 del CPC. No obstante lo anterior, el artículo 245 del CPC exige que la resolución cuyo cumplimiento se solicita se encuentre ejecutoriada en conformidad a las leyes del país en que se hayan pronunciado, lo cual nuevamente deja fuera de camino a las resoluciones que se pronuncian sobre medidas precautorias, atendida su naturaleza jurídica de auto. Tal es también la opinión de nuestro distinguido tratadista, el cual señala a propósito de las categorías de resoluciones que integran el concepto de sentencia extranjera para los efectos relativos a su reconocimiento, lo siguiente “Podemos afirmar que el exequátur procede solamente respecto de aquellas resoluciones que presentan caracteres de complejidad, esto es, respecto de sentencias, quedando excluidos de su ámbito los decretos y autos”<sup>43</sup>.

Pero a esta altura cabe hacer una reflexión, ¿tiene relevancia que no se pueda llevar a efecto una medida precautoria por la vía del exequátur si la parte en contra de la cual se pide su cumplimiento, una vez notificado del procedimiento de exequátur, podría fácilmente burlar la medida, con lo cual el

43.- Diego Guzmán Latorre, obra citada, p.566.

efecto buscado mediante la medida cautelar se vería frustrado?.

Consideramos que en el aspecto de la práctica forense no tiene mayor incidencia que la medida precautoria decretada por un tribunal arbitral extranjero no pueda cumplirse en Chile, porque en definitiva por la vía del procedimiento de exequátur, al tener éste un carácter bilateral, podría igualmente verse frustrada la finalidad perseguida con el otorgamiento de una medida cautelar.

En consecuencia, consideramos que la parte interesada en obtener la ejecución de una medida precautoria sobre bienes situados en Chile, debería intentar una gestión preparatoria ante un tribunal ordinario nacional, solicitando se conceda por el tribunal la medida precautoria que estime necesaria, y con posterioridad, o en forma coetánea, iniciar los trámites para obtener la constitución del tribunal arbitral en el extranjero. Pensamos que esta solución es la más adecuada, al igual como lo planteamos en el capítulo IV del presente trabajo, a propósito de las medidas prejudiciales precautorias solicitadas existiendo cláusula arbitral en el ámbito doméstico, toda vez que, la competencia del tribunal nacional se agota con la concesión de la medida prejudicial precautoria, siendo improcedente que las partes planteen incidentes de competencia en esta etapa puesto que la misma no tiene el carácter de juicio, sino que únicamente se trata de una gestión previa al juicio, el cual sabemos que se iniciará con la presentación de la demanda ante el tribunal arbitral.

Por lo demás, la solución que se propone en el presente trabajo se encuentra recogida en forma expresa en la Ley Modelo de la Uncitral sobre arbitraje comercial, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985, la cual dispone en su artículo 9 que no es incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte solicite con anterioridad a las actuaciones arbitrales, ante un tribunal nacional, la adopción de medidas cautelares provisionales, ni que este tribunal conceda esas medidas.

**Todos los Derechos Reservados Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago,**

**Cámara de Comercio de Santiago.**

**Artículo elaborado para CAM Santiago por el abogado Julio Guzmán Jordán**