

# **TRIBUNALES, ÁRBITROS Y AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA**

## CAPITULO IV.- LOS ÁRBITROS.

### 1.- GENERALIDADES.

Los árbitros son uno de los tribunales que se mencionan en el art. 5° del COT que pueden resolver los conflictos civiles que se promueven entre las partes, previéndose en el inciso final de ese precepto legal que “los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código.”<sup>91 92</sup>

Los motivos que se han señalado para justificar la existencia del arbitraje son los siguientes:

**1° Celeridad:** Se dice que el Arbitraje como Institución para obtener la solución de un conflicto es mucho más rápida que acudir a la Justicia Ordinaria; lo que obedece a que el Árbitro sólo tiene un caso que resolver y en todo caso, menores casos que los que debe conocer y resolver un juez de un tribunal ordinario.

**2° Especialidad:** En el Arbitraje existen Jueces con mejor preparación, respecto del conocimiento requerido para la resolución del conflicto específico que se les encarga conocer; a diferencia de un Juez ordinario, que tiene un conocimiento general.

En el arbitraje las partes pueden elegir al árbitro en razón de los conocimientos que posee en una determinada materia para la resolución del conflicto, lo que no puede suceder en relación con los tribunales ordinarios en razón de las normas de la competencia.

**3° Privacidad:** El Arbitraje, a diferencia de los Tribunales Ordinarios, permite una mayor privacidad. Con esta privacidad se obtiene un mayor acercamiento entre las partes, se evita la divulgación y el conocimiento del asunto a la opinión pública; lo que permite lograr una mejor solución del conflicto dentro de este círculo privado.

**4° Autonomía de la voluntad y mayor extensión:** El Arbitraje presenta una ventaja respecto de los Tribunales Ordinarios y los Especiales en cuanto existe una mayor aplicación del principio de democracia en la elección del tribunal, ya que las partes pueden, de común acuerdo, elegir el o los árbitros que resolverán el conflicto. Además al poder seleccionar el árbitro, sin que se requiera que sea abogado, pueden someter a su solución no sólo cuestiones jurídicas, sino que también aspectos técnicos.

**5° Economía:** El arbitraje al ser más breve y poderse elegir el lugar en que se desarrolla debería implicar menos gastos para las partes y contar con mayor rapidez con la norma particular que emana de la sentencia arbitral para regular las relaciones entre ellas.

---

<sup>91</sup> La ley 19.971, publicada en el Diario Oficial de 29 de Septiembre de 2004, sobre Arbitraje Internacional, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional. CNUDMI/UNCITRAL. La aplicación de esa ley es siempre de carácter facultativa, dado que requiere del acuerdo de las partes, y ella se aplica sólo respecto de las materias de arbitraje comercial internacional con el alcance que se contempla en los artículos 1°, 2° letra g) y 7 de la Ley 19.971. La ley 19.971 tiene por objeto incorporar a nuestro ordenamiento jurídico las normas de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Uncitral, y establecer las autoridades nacionales que deben intervenir conforme a lo contemplado en esa Ley Modelo.

<sup>92</sup> Debemos tener presente que desde hace tiempo se encuentra en tramitación una reforma legal en el Congreso respecto de los Jueces Árbitros, en la que se contempla principalmente los siguientes aspectos:

- Se consagra el arbitraje Institucional: Hoy los Árbitros son personas naturales, no Instituciones; pero en el Derecho Comparado se acepta que los Árbitros sean Personas Jurídicas. Mediante la reforma se pretende contemplar esta posibilidad.

- Se pretende ampliar los casos de Arbitraje Forzoso respecto de los que actualmente se contemplan en nuestro Código Orgánico de Tribunales.

Dicho proyecto de ley no cuenta con el patrocinio del Ministerio de Justicia, el cual está estudiando un proyecto que tendría como principio dar a aplicación respecto del arbitraje nacional a las normas de la Uncitral, como se efectuó en la Ley 60/2003 23 de Diciembre de Arbitraje aprobada en España.

Esto se inserta dentro de una concepción de la jurisdicción y del rol que el Estado debe jugar dentro de la sociedad cuando se presenta un conflicto. Los árbitros serían una especie de privatización de la función jurisdiccional, lo que implica no ejercer una función pública.

Se ha sostenido que el Arbitraje tendrían que ser la excepción, porque:

1° El sistema no es más rápido, sino que la organización que pueda tener un árbitro o un tribunal ordinario, puede ser más rápida o más lenta.

2°.- El acceso a la jurisdicción es gratis, siendo obvio que un Arbitraje no lo es al tenerse que remunerar por las partes al árbitro. En consecuencia, de generalizarse las materias de arbitraje forzoso el Estado asumiría un mayor costo en la administración de justicia al tenerse que hacer cargo de la parte de la remuneración de los árbitros que no pueden ser cubiertas por las personas de escasos recursos, además de la de sus abogados.

3° Los árbitros no tienen una estructura preestablecida, mientras que la justicia ordinaria si la tiene. El mejor funcionamiento del árbitro dependerá en consecuencia:

- a) de la persona que nombremos como árbitro;
- b) de su organización; y
- c) de su estructura de trabajo.

Por otra parte, si bien se reconoce en el arbitraje a las partes derecho a elegir un árbitro arbitrador que solucione el conflicto apartándose de una jurisdicción de derecho, en caso de errarse en la elección de esta opción se deben asumir las consecuencias, ya que por regla general los tribunales ordinarios rechazan todo recurso interpuesto contra el fallo de un árbitro arbitrador.

4° El éxito de la función del juez como conciliador no depende del juez, sino de las partes.

No se debe confundir lo que es la mediación con lo que es el Arbitraje. La mediación busca llegar a una solución, en una fase extrajudicial, para así resolver el conflicto, evitando seguir el proceso; en cambio, el Arbitraje busca la solución del conflicto mediante la dictación de una sentencia.

Hoy se tienden a confundir estos dos roles, y tanto es así, que se cree que el árbitro primero tiene que tratar de mediar en la solución del conflicto, y en caso de fracasar, debe fallar el conflicto, siendo obviamente funciones incompatibles.

Tanto se confunden estos roles que nuestro C.O.T. denomina a los árbitros arbitradores también como amigables compondores. La primera función del árbitro es resolver el conflicto, y no la mediación o composición que es extrajudicial y busca solucionar el conflicto para evitar el juicio, estimándose incluso perjudicial para la imparcialidad e imagen del juez que tomen contacto privado con una de las partes.

De acuerdo con lo anterior, el Arbitraje debiera ser:

- a) **obligatorio**, en el caso conflictos entre sociedades anónimas abiertas y de entidades con mayores recursos o materias complejas de resolver en atención a la multiplicidad de asuntos que comprenden como las liquidaciones de patrimonios, porque importan un mayor costo en cuanto a su dedicación por parte del aparato estatal debiendo los jueces ordinarios distraer una gran cantidad de su tiempo a resolver este tipo de asuntos atendida su complejidad y cuantía.
- b) **facultativo**, para el resto de los asuntos en atención a que las partes voluntariamente siempre pueden convenir en acudir al árbitro, evitándose la existencia de cláusulas de adhesión que conduzcan a arbitraje a las personas de escasos recursos.

## 2.- REGLAMENTACIÓN

El arbitraje se regula en su aspecto orgánico, esto es, en relación con los árbitros, en el Título IX del C.O.T. (Arts. 222 y S.S.); y al procedimiento que deben aplicar los árbitros se refiere el título VIII del libro III del C.P.C. ( arts 628 a 644). Al procedimiento especial que debe seguirse en los juicios de partición se refiere el título IX del C.P.C. ( arts. 645 a 666).<sup>93</sup>

## 3.- NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE.

Respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje se han sustentado tres teorías: 1°.- Privatista o Contractualista. 2° Publicista o Jurisdiccional y 3° Mixta o Intermedia.

### 3.1. Teoría Privatista o Contractualista.

El arbitraje reconoce su origen en la autonomía de la voluntad. La misión del árbitro surge del contrato celebrado por las partes, ya que mediante tal éstas le encomiendan la solución de un conflicto. Y es así que el árbitro al dictar la sentencia o laudo cumple con el cometido confiado.

El arbitraje se equipara a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas.<sup>94</sup>

Los actos contractuales que las partes celebran para confiar al árbitro la solución del conflicto son el compromiso y la cláusula compromisoria.

“Tanto el proceso arbitral como la calidad y funciones de los árbitros es de carácter privado y, por consiguiente, estos últimos no administran justicia en nombre del Estado, sino por voluntad de las partes, y ello se explica, pues, no son funcionarios estatales, sino simples particulares a los cuales se les ha encomendado la misión de resolver una determinada cuestión sobre un derecho transigible de las partes y es precisamente en base a éste de donde derivan las facultades del árbitro.

“Los árbitros no ejercen jurisdicción porque ella una facultad exclusiva e indelegable del Estado, y es por ello que no gozan de *imperium* para lograr el cumplimiento de su decisión.”<sup>95</sup>

“El arbitraje, en consecuencia, testimonia fundamentalmente el acuerdo de las partes, las que libremente han decidido como, por qué personas y según qué reglas debe ser resuelto el litigio.”<sup>96</sup>

### 3.2. Teoría Publicista o Jurisdiccional.

---

<sup>93</sup> La ley 19.971, publicada en el Diario Oficial de 29 de Septiembre de 2004, sobre Arbitraje Internacional, incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional. CNUDMI/UNCITRAL sólo se aplica a los arbitrajes comerciales internacionales y respecto de los cuales las partes hubieren convenido su aplicación. Esta es una ley especial, y sólo cabe aplicarla en los casos y cuando las partes hubieren convenido en su aplicación. Dicho sistema de arbitraje comercial internacional difiere radicalmente del regulado en el Código Orgánico de Tribunales, por lo que muchos países han dictado leyes con el fin de regular en forma uniforme el arbitraje interno con el internacional. La única forma de poder privilegiar a nuestro país como sede del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica pasa por lograr la uniformidad de las normas que deben regir el arbitraje interno con el internacional, materia desgraciadamente pendiente de implementación en nuestro país, aun cuando ella no revestiría de una mayor dificultad, sino que requeriría tan solo de una decisión en la materia, lo que resulta imperioso dada la experiencia internacional existente sobre el particular.

<sup>94</sup> Ramos Méndez, Francisco. Derecho Procesal Civil. Tomo II. 4ª edición. Pág.1269. Barcelona. España.

<sup>95</sup> Picant Albónico, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional Tomo I. Página 46. Editorial Jurídica de Chile. Junio 2005. Santiago de Chile.

<sup>96</sup> Sandoval López, Ricardo. Régimen Jurídico del arbitraje comercial internacional. Análisis de la Ley 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional. Página 19. Editorial Jurídica de Chile. Octubre 2005. Santiago de Chile.

El arbitraje reconoce su origen en la ley, la que permite a un tercero, denominado árbitro, la solución de un conflicto mediante la dictación de una sentencia o laudo, la que se puede hacer cumplir coercitivamente ejerciéndose la facultad de imperio por los tribunales ordinarios.

Es el Estado el que otorga la calidad de juez al árbitro; las partes sólo se limitan a nombrarlo.<sup>97</sup>

Es el legislador quien le asigna al árbitro el carácter de juez, por lo que no estaríamos en presencia de una delegación del ejercicio de la jurisdicción.

El laudo o la sentencia que pronuncia el árbitro se equipara a la sentencia que dicta un juez estatal, por lo que se le reconoce a ambos su carácter de título ejecutivo para obtener su cumplimiento, desconociéndose a los árbitros sólo su imperio, atendido el carácter de particulares que revisten.

Según esta concepción, los árbitros cumplen una función similar a los tribunales ordinarios de justicia, porque dirimen con sus fallos las controversias entre las partes, dando a cada uno lo que les corresponde. Se trataría de una actividad jurisdiccional entregada en manos de entes privados.<sup>98</sup>

### **3.2. Teoría Mixta o Intermedia.**

La polémica en torno a la naturaleza jurídica del arbitraje ha decaído por la adopción de esta teoría, según la cual el arbitraje es una institución sui generis, de naturaleza híbrida, en la que conviven, como un todo indisoluble, el origen contractual de la misma, el acuerdo arbitral, con sus efectos procesales que ella produce, como ocurre con la sentencia.<sup>99</sup>

Según esta teoría en el arbitraje nos encontraríamos con una jurisdicción convencional.

En su origen, el arbitraje tendría un carácter contractual, dado que la decisión de someter el asunto a la solución del árbitro emanaría de la voluntad de las partes.

De allí, que el desconocimiento del compromiso celebrado por las partes por haber acudido una de las partes a plantear el conflicto ante la justicia ordinaria, permite hacer valer la excepción de compromiso que las obliga a acudir para la solución del conflicto ante el árbitro.

En cuanto a la decisión del conflicto por parte de la sentencia o laudo del árbitro, ésta se asimilaría en cuanto a su naturaleza y efectos a un acto de naturaleza pública, como lo es la sentencia que se pronuncia por parte de los tribunales ordinarios.

De acuerdo con ello, es que se asimila el laudo del árbitro a la sentencia pronunciada por los tribunales ordinarios, generando ambas la acción y efecto de cosa juzgada.

La doctrina española moderna nos señala que el arbitraje es una institución contractual por su origen y procesal por sus efectos.

## **4.- CLASIFICACION DEL ARBITRAJE.**

El arbitraje se puede clasificar desde diversos puntos de vista:

---

<sup>97</sup> Picant Albónico, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional Tomo I. Página 47. Editorial Jurídica de Chile. Junio 2005. Santiago de Chile.

<sup>98</sup> Sandoval López, Ricardo. Régimen Jurídico del arbitraje comercial internacional. Análisis de la Ley 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional. Página 19. Editorial Jurídica de Chile. Octubre 2005. Santiago de Chile.

<sup>99</sup> Sandoval López, Ricardo. Régimen Jurídico del arbitraje comercial internacional. Análisis de la Ley 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional. Página 19. Editorial Jurídica de Chile. Octubre 2005. Santiago de Chile.

- a.- **Según el número de árbitros:** Singular o plural
  - b.- **Según la forma en que el árbitro resuelve el conflicto:** Arbitraje de derecho o de equidad
  - c.- **Según forma en que se administra el arbitraje y se designa el árbitro:** Arbitraje Ad Hoc y Arbitraje Institucional.-
- Nos encontraremos en presencia de un arbitraje institucional en los casos en que la administración del arbitraje y la designación del árbitro se encomienda a una persona jurídica, como ocurre con la Cámara Internacional de Arbitraje; y en nuestro país, con la Cámara de Comercio..
- En el arbitraje ad hoc son las partes quienes directamente designan el árbitro y administran el arbitraje, sin que intervenga ninguna institución.
- d.- **Según la materia en que recae el arbitraje:** Arbitraje Forzoso, Arbitraje Prohibido y Arbitraje Facultativo.
  - e.- **Según los factores que intervienen en el conflicto:** Arbitraje Nacional y Arbitraje Internacional. Dicho carácter se determina según los tratados, y en subsidio por la ley interna de los Estados. Ej. art 1° N° 3 de la ley 19.971.<sup>100</sup>

## 5.- CONCEPTO

**Los árbitros** han sido definidos por el legislador en el artículo 222 del C.O.T. al señalarlos que *“se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”*.

De la definición legal se pueden extraer las siguientes características:

- a) Son jueces, porque la ley así lo dispone.
- b) Su origen, no en cuanto a órgano, sino en cuanto a que la persona concreta que va a ocupar el cargo, puede ser decidido por:
  - 1. Las partes; o
  - 2. la autoridad judicial en subsidio.

---

<sup>100</sup> **Artículo 1°.-** Ámbito de aplicación.

- 1) Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.
- 2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8°, 9°, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.
- 3) Un arbitraje es internacional si:
  - a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
  - b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
    - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
    - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, o
  - c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del numeral 3) de este artículo:
  - a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
  - b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
- 5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

c) La misión del árbitro, como todo juez, es la solución de un conflicto.

El conflicto que puede resolver el árbitro, es sólo aquel que las partes de común acuerdo someten a su conocimiento, a menos que se trate de un asunto de arbitraje forzoso, en cuyo caso es el legislador el que precisa la materia que debe resolver el árbitro.

## **6.- CLASES DE ÁRBITROS**

El art. 223 del C.O.T. señala dos categorías, existiendo una tercera variante, pudiendo distinguirse:

- a) árbitro de derecho.
- b) árbitro arbitrador o amigable componedor.
- c) árbitro mixto.

Esta clasificación de los árbitros se efectúa en consideración:

1. A la forma en que deben fallar el asunto ; y
2. Al procedimiento que deben aplicar.

### **a) Árbitros de derecho.**

De conformidad al artículo 223 inc.2º del C.O.T., el árbitro de derecho fallará con arreglo a la ley y se someterá, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida.

De acuerdo con ello, el árbitro de derecho:

1. Falla con arreglo a la ley al igual que los jueces ordinarios.
2. En el procedimiento se someterán a las reglas establecidas para los jueces ordinarios según la naturaleza de la acción (pretensión) deducida.

### **b) Árbitros arbitradores.**

De conformidad al artículo 223 inc.3º del C.O.T., el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará 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, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con ello, el árbitro arbitrador:

1. Falla de acuerdo a lo que su prudencia y equidad le dictaren (art. 640 nº4 C.P.C.).
2. Tramita el asunto conforme al procedimiento establecido por las partes, y a falta de éste, debe aplicar las normas mínimas que establece el C.P.C., que consisten en oír a las partes y agregar al proceso los instrumentos que se le presenten. (art. 627 C.P.C.), siendo sólo estas las normas ineludibles de aplicarse en la tramitación por el árbitro arbitrador. Como ejemplo de ello, el art. 638 del C.P.C. establece que el arbitrador recibirá la causa a prueba sólo si lo estima conveniente.

### **c) Árbitros mixtos.**

De conformidad al inciso final del artículo 223 inc.3º del C.O.T., “en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho facultades de arbitrador, en cuanto al procedimiento, y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley.

De acuerdo con ello, el árbitro mixto es un árbitro de derecho, pero que se caracteriza por otorgársele facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento.

Conforme con lo anterior, el árbitro mixto:

1. Falla con arreglo a la ley.
2. Tramita el asunto como árbitro arbitrador según las reglas ya señaladas.

El árbitro mixto es un árbitro de derecho al que se le han dado atribuciones de arbitrador sólo en cuanto al procedimiento, por lo que procede el recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia definitiva o interlocutoria que ponga término al juicio o haga imposible su continuación, inapelable y pronunciada por un árbitro mixto en asuntos de competencia de una Corte de Apelaciones.

## **7.- REQUISITOS PARA SER ÁRBITRO.**

Se pueden distinguir requisitos positivos y negativos:

Los requisitos positivos se establecen en el art. 225 del C.O.T y ellos son:

1. Tener mayoría de edad (18 años). Los abogados habilitados para ejercer la profesión, pueden ser árbitros aún cuando sean menores de edad.
2. Tener la libre disposición de los bienes (capacidad de ejercicio).
3. Saber leer y escribir.
4. Para ser árbitro de derecho, se requiere ser abogado.

Los requisitos negativos son verdaderas prohibiciones para desempeñarse como árbitros.- De acuerdo con ello, no pueden ser árbitros:

1. Las personas que litigan, excepto en el caso de la partición de bienes (Arts. 226 COT y 1324 y 1325 del C.C.).
2. El juez que actualmente estuviere conociendo de la causa, excepto cuando el nombrado tuviere con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio, algún vínculo o parentesco que autorice su implicancia o recusación (arts. 226 y 317 C.O.T.).
3. Los fiscales judiciales no podrán aceptar compromisos, excepto cuando el nombrado tuviere con alguna de las partes originariamente interesada en el litigio, algún vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación (art. 480 C.O.T.).
4. Los notarios (art. 480 C.O.T.)

Conforme con estos requisitos positivos y negativos se desprende que en nuestra legislación sólo pueden ser árbitros las personas naturales que cumplan dichos requisitos y no las persona jurídicas.

## **8.- NUMERO DE ÁRBITROS QUE PUEDEN DESIGNARSE PARA LOS EFECTOS DE DESEMPEÑAR EL COMPROMISO.**

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 237 y 238 del COT, y 631 y 641 del CPC.

El principio general, es que las partes de común acuerdo pueden designar el número de árbitros que deseen para la resolución del conflicto, debiendo en todo caso estar todas las partes de acuerdo en la designación del árbitro.

En el inciso 1º del artículo 232 se contempla la exigencia de que las partes deben estar todas de acuerdo en la persona del árbitro que debe resolver el conflicto. Al efecto, nos señala ese precepto que “el nombramiento de árbitros deberá hacerse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión”.



En cuanto al número de árbitros que las partes pueden designar para la solución del asunto sometido a arbitraje, ellas son libres para los efectos de determinar el número de árbitros. Al efecto, dispone el artículo 231 del C.O.T. que “pueden las partes, si obran de acuerdo, nombrar para la resolución de un litigio dos o más árbitros”.

Sin embargo, en los casos en que estemos en presencia de un arbitraje forzoso o de una cláusula compromisoria y no hubiere acuerdo entre las partes respecto del número de árbitros a designar, el legislador establece las siguientes reglas respecto del nombramiento que debe hacerse por la justicia ordinaria:

a.- Se aplica el procedimiento para el nombramiento de peritos contemplado en el artículo 414 del C.P.C.;

b.- El juez sólo puede designar como árbitro a solo individuo

c.- El juez no puede designar como árbitros a uno de los dos primeros indicados por cada parte en las proposiciones que cada una de ellas pudiera haber efectuado, (art. 231 inc. 2º del COT).

Si se nombran dos o más árbitros, estos deben actuar durante el curso del período arbitral, de acuerdo con lo que las partes decidan. Si estamos ante tribunal arbitral colegiado, las partes podrían designar a uno de los árbitros como juez substanciador. A falta de acuerdo de las partes, los árbitros deben concurrir conjuntamente a dictar todas las resoluciones para la substanciación de la causa (art. 237 COT).

Si los árbitros no se ponen de acuerdo (por esto siempre resulta aconsejable nombrar un número impar de árbitros), para poder dictar una sentencia se deben aplicar las normas de los acuerdos de las Cortes de Apelaciones.

Existe, excepcionalmente, una institución que sólo se da en el Arbitraje, llamada **Tercero en Discordia.-**

Al no haber mayoría para tomar una decisión por parte de los árbitros designados, las partes pueden contemplar que sea llamado un tercero para que éste se reúna con los árbitros y así poder tomar una decisión (art. 237 inc. 2º del COT). Este Tercero en Discordia es una persona que se integra al tribunal arbitral, para llegar a acordar la sentencia en conjunto con los árbitros designados, en conformidad a las reglas de los acuerdos de las Cortes de Apelaciones. Por lo tanto, el Tercero en discordia no puede, él solo, tomar la decisión, puesto que ésta sería nula, pudiendo interponérsele el recurso de casación en la forma por faltar a las normas del COT en cuanto a la integración del tribunal para dictar sentencia. ( Art. 768 Nª 2 del C.P.C.)

Si no se logra el acuerdo entre los árbitros designados sin que exista contemplada la existencia del tercero en discordia, o luego de llamado el Tercero en Discordia no se alcanza el acuerdo, tenemos que distinguir:

1. Si nos encontramos en presencia de un *Arbitraje voluntario*, y se contempla *recurso de apelación*, deben elevarse todos los antecedentes al Tribunal de Alzada, para que resuelva la cuestión, ya sea de acuerdo a las normas de derecho, si el desacuerdo es de árbitros de derecho, ya sea en equidad si el desacuerdo es entre arbitadores.

2. Si nos encontramos en presencia de un *Arbitraje voluntario*, y no se contempla el *recurso de apelación*, se deja sin efecto el compromiso, y las partes deben nombrar otro árbitro o acudir a los tribunales ordinarios.

3. Si nos encontramos en presencia de un *Arbitraje forzoso*, y no procede *recurso de apelación*, se deben nombrar nuevos árbitros.

4. Si nos encontramos en presencia de un *Arbitraje forzoso y procede recurso de apelación*, se deben elevar los antecedentes al Tribunal de Alzada, que resolverá de acuerdo a derecho el desacuerdo.

## **9.- PERSONAS QUE SE ENCUENTRAN FACULTADAS PARA NOMBRAR ÁRBITROS.**

La facultad que deben tener las partes para la designación de árbitro se encuentra estrechamente relacionada con el carácter que se asigna al árbitro.

Para el nombramiento de los árbitros de derecho se aplican los requisitos generales previstos por el Código de Civil respecto de la capacidad que deben poseer las partes para concurrir a la celebración de las convenciones que tengan por objeto la designación de un árbitro y el sometimiento de un asunto a arbitraje.

Tratándose de los árbitros arbitradores, de conformidad a lo previsto en el inciso 1° del art.224 del C.O.T., “sólo las partes mayores de edad y libres administradoras de sus bienes podrán dar a los árbitros el carácter de arbitradores.”

Tratándose de los árbitros mixtos, de conformidad a lo previsto en el inciso 2° del art.224 del C.O.T., “por motivos de manifiesta conveniencia podrán los tribunales autorizar la concesión al árbitro de derecho de las facultades de que trata el inciso cuarto del artículo anterior, aun cuando uno o más de los interesados en el juicio sean incapaces.”

De acuerdo con ello, las reglas que rigen para la designación de un árbitro son muy simples:

a.- Las personas capaces, personalmente o a través de un mandatario, y los incapaces a través de sus representantes legales pueden nombrar un árbitro de derecho para la solución de un asunto.

b.- Sólo las personas capaces y jamás los incapaces, pueden nombrar un árbitro arbitrador para la solución de un asunto.

c.- Las personas capaces, y los representantes de los incapaces, pero previa autorización judicial y por motivos de manifiesta conveniencia, pueden nombrar árbitros mixtos.

En cuanto a las facultades de los mandatarios judiciales para designar árbitros debemos tener presente que para la designación de árbitros de derecho y mixtos basta que el mandatario posea las facultades ordinarias. En cambio para la designación de árbitros arbitradores y para la renuncia de los recursos legales es necesario que el mandatario judicial cuente con facultades especiales, las que deben serle conferidas en forma expresa conforme a lo previsto en el inciso 2° del art. 7° del C.P.C.-

## **10.- IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES DE LOS ÁRBITROS.**

El art. 243 del C.O.T. altera la regla general de implicancias y recusaciones, en razón del origen basado en el principio de la autonomía de la voluntad que puede tener el nombramiento del árbitro.

De acuerdo con ello, se posibilita que, salvo disposición contraria de la ley, las partes puedan nombrar a un árbitro afectado por una causal de implicancia y recusación, renunciando a hacer valer éstas y entendiéndose que tal renuncia se da tácitamente si se efectúa el nombramiento conociendo las partes de dicha inhabilidad.

De acuerdo con dicha norma legal, el principio general es que los árbitros nombrados por las partes no pueden ser inhabilitados por causas de implicancia o recusación.

Excepcionalmente, las partes pueden reclamar de la implicancia o recusación que afecte al árbitro en los siguientes casos:

a.- Si las causales de implicancia o recusación se ignoraban al tiempo de pactar el compromiso

b.- Si las causales de implicancia o recusación se configuraron con posterioridad al momento en que pactaron el compromiso

## **11.- CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE SEGÚN LAS MATERIAS EN QUE RECAE.**

El arbitraje en atención a las materias en que recae se ha clasificado en:

- 1.- Arbitraje Facultativo
- 2.- Arbitraje Forzoso
- 3.- Arbitraje Prohibido

### **1.- Arbitraje Facultativo.**

El arbitraje facultativo constituye la regla general.

En efecto, las partes pueden someter voluntariamente a arbitraje todos los conflictos respecto de los cuales el legislador no lo hubiere prohibido (arbitraje prohibido) o respecto de los cuales el legislador haya establecido obligatoriamente que deben ser sometidos a arbitraje (arbitraje obligatorio).

De acuerdo con ello, el arbitraje facultativo siempre tiene su fuente en la voluntad de las partes a través del compromiso o la cláusula compromisoria, sin que ninguna de ellas se encuentre obligada a sustraer un asunto de la justicia ordinaria o especial para someterla al conocimiento de un árbitro. Al efecto, el artículo 228 del C.O.T., prevé que fuera de los casos expresados en el artículo precedente (arbitraje obligatorio), nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial.

### **2.- Arbitraje Forzoso u obligatorio.**

El legislador ha establecido diversas materias de arbitraje obligatorio, en atención fundamentalmente al tiempo que debe dedicarse para la solución del asunto por la complejidad que revisten, los que comprenden no sólo asuntos jurídicos, sino que de liquidación de patrimonios mediante la celebración de uno o varios actos de administración y de disposición de determinados bienes para liquidar activos y saldar deudas y la realización de diversos cálculos numéricos para liquidar un patrimonio pagando los derechos a quienes concurren a éste.

En otras palabras, los asuntos de arbitraje obligatorio son de competencia del árbitro, habiendo sido el legislador quien los ha sustraído en atención de la materia del conocimiento de los tribunales ordinarios y especiales.

**Los casos de arbitraje forzoso se establecen el art. 227 del C.O.T., y ellos son:**

1. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;

**Excepción en que no es competencia del árbitro la liquidación de la sociedad conyugal:**

Los interesados de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce del procedimiento de separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges.<sup>101</sup>

2. La partición de bienes;

3. Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;

Respecto de las cuentas se deben distinguir tres situaciones:

- b) El asunto en relación con la cuenta puede consistir sólo en la determinación de si existe la obligación de rendir la cuenta. Este no es un asunto contencioso civil de arbitraje forzoso siendo de competencia de los tribunales ordinarios. Este conflicto debe tramitarse y resolverse conforme a las normas del juicio sumario según lo previsto en el artículo 680 N° 8 del C.P.C.
- c) La rendición de la cuenta, ya sea que se haga por la parte que tiene la obligación de rendirla o por la otra parte en lugar de ésta en caso de encontrarse aquella remisa en el cumplimiento, tampoco es un asunto de arbitraje forzoso, regulándose el procedimiento conforme al cual debe efectuarse la presentación de la cuenta en el Título XII del Libro III ( Del Juicio de Cuentas) del C.P.C.- (arts. 693 a 696).
- d) La solución de las objeciones que se realicen respecto una cuenta que se hubiere presentado dentro del procedimiento del Juicio de Cuentas es un asunto de arbitraje forzoso y debe ser resuelto por un árbitro.

4. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;

5. Los demás que determinen las leyes.

Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil<sup>102</sup>

### **3.- Arbitraje Prohibido.**

El legislador, en atención a tratarse de asuntos de orden público, ha excluido la posibilidad de que determinados asuntos puedan sustraerse por las partes del conocimiento de los tribunales ordinarios y especiales, con lo cual nos encontramos en presencia de situaciones de asuntos respecto de los cuales el arbitraje se ha prohibido de ser utilizado como un medio para arribar a la solución del conflicto.

**Las materias de arbitraje prohibido que el legislador ha contemplado son las siguientes:**

1º.- Las cuestiones que versen sobre alimentos. Art. 229 C.O.T

---

<sup>101</sup> Art. 227 inciso final, agregado por el artículo 8º N° 2 de la Ley 19.947, publicada en el Diario Oficial de 17 de Mayo de 2.004.

<sup>102</sup> Debe entenderse la referencia efectuada al artículo 1325 del Código Civil.

2°.- Las cuestiones que versen sobre el derecho de pedir la separación de bienes entre marido y mujer. Art. 229 C.O.T

3°.- Las causas criminales. Art. 230 C.O.T.

4°.- Las causas de policía local. Art. 230 C.O.T.

5°.- Las causas en que debe ser oído el fiscal judicial Art. 230 C.O.T.

El artículo 357 del C.O.T. establece las causas en que debe ser oída la fiscalía judicial y en las cuales no puede someterse el asunto a arbitraje, siendo ellas:

a.- Las contiendas de competencia suscitadas por razón de la materia de la cosa litigiosa o entre tribunales que ejercen jurisdicción de diferente clase;

b.- Los juicios sobre responsabilidad civil de los jueces o de cualesquiera empleados públicos, por sus actos ministeriales;

c.- Los juicios sobre estado civil de alguna persona;

d.- Los negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público, siempre que el interés de las mismas conste del proceso o resulte de la naturaleza del negocio y cuyo conocimiento corresponda al tribunal indicado en el artículo 50, y

e.- En general, en todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente la audiencia o intervención del ministerio público.

6°.- Las causas que se susciten entre un representante legal y su representado. Art. 230 C.O.T.

Respecto de los casos en los cuales nos encontremos en un asunto en que concurren a la vez normas que nos señalen que es una materia de arbitraje prohibido con otras que establecen la obligatoriedad del arbitraje, deben primar en su aplicación para la solución de la contraposición de normas las que contemplan el arbitraje obligatorio o forzoso.

Al efecto, el inciso final del art. 230 del C.O.T. nos señala que las normas de arbitraje prohibido deben entenderse sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227, esto es, las que establecen el arbitraje obligatorio. Así, por ejemplo, si debe efectuarse una partición de la herencia del abuelo entre el padre y su hijo menor de edad como heredero, prima la norma que establece el arbitraje obligatorio de la partición respecto de aquella que prohíbe el arbitraje en las causas que se suscitan entre un representante legal y su representado.

## 12.- PARALELO ENTRE ÁRBITROS Y TRIBUNALES ORDINARIOS

Árbitros.	Tribunales Ordinarios.
1.-Fuentes. a) La ley en general, porque se contempla su existencia como tribunal en la legislación. b) La voluntad de las partes en el Arbitraje facultativo, ya que ella lo genera de manera mediata a través del compromiso y la cláusula compromisoria.	La ley es fuente directa e indirecta.

<p>2.- Son tribunales:</p> <p>a) accidentales: se constituyen para resolver un conflicto específico y determinado.</p> <p>b) No están permanentemente a disposición de la comunidad</p> <p>c) Transitorios: tiene un plazo para desempeñar el Arbitraje.</p>	<p>Son tribunales permanentes, están siempre a disposición de la comunidad, ejerciendo la función jurisdiccional.</p>
<p>3.- a) los árbitros de derecho son letrados.          b) los árbitros arbitradores puede ser legos.</p>	<p>Son tribunales letrados.</p>
<p>4.- Competencia.</p> <p>Tienen un ámbito de competencia restringida. Solo pueden conocer y resolver el conflicto específico que se ha sometido a su conocimiento por la ley, el compromiso o la cláusula compromisoria.</p>	<p>Tienen un ámbito de competencia amplio y ella es determinada siempre por la ley, según el art. 5° del C.O.T.</p>
<p>5.- Procedimiento.</p> <p>Hay que distinguir:</p> <p>a) árbitros de derecho: Aplican el procedimiento establecido en la ley según la naturaleza de la acción deducida.</p> <p>b) árbitros mixtos y arbitradores: Las partes pueden determinar el procedimiento aplicable, estableciéndose supletoriamente por el legislador las normas mínimas aplicables.</p>	<p>Aplican el procedimiento establecido en la ley según la naturaleza de la acción deducida</p>
<p>6.- Imperio.</p> <p>a) Los Árbitros no tienen facultad de imperio directa, debiendo recurrir a los Tribunales Ordinarios (Art.637 CPC).</p> <p>b) Se debe distinguir la Facultad de Imperio de la Ejecución de la Sentencia ya que, sólo cuando no está vencido el plazo por el cual fue nombrado puede, se le puede pedir la ejecución de la sentencia (635 CPC).</p> <p>c) Tienen competencia exclusiva y excluyente para la ejecución de las resoluciones que no sean sentencias definitivas.</p>	<p>Poseen la Facultad de Imperio sin restricción (Art. 73 CPR y 11 COT)</p>

### 13.- LAS FUENTES DEL ARBITRAJE.

Las fuentes del arbitraje son:

- a.- La Ley
- b.- El Testamento
- c.- Resolución Judicial

d.- La voluntad de las partes

### **13.a. La Ley**

La ley es una fuente remota de todo arbitraje por cuanto se limita a establecer la procedencia del Arbitraje, ya sea en forma obligatoria o facultativa, pero dejando la designación del árbitro a la voluntad de las partes y en subsidio a una resolución judicial. La ley es la que posibilita la existencia del Arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

Este tema es de gran importancia porque siempre debe existir una ley que contemple la posibilidad de un Arbitraje, puesto que en caso contrario se infringiría el principio de la legalidad orgánica contemplado en el artículo 76 de la Constitución Política.

La designación del árbitro queda entregada a la voluntad de las partes y en subsidio a una resolución judicial.

**¿Qué sucedería si se designara por la ley a una determinada autoridad para que resolviera todos los conflictos que se susciten dentro de una materia determinada con las facultades de un árbitro? ¿Estaríamos ante un árbitro o ante un tribunal especial?**

En este caso claramente nos encontraríamos en presencia de un tribunal especial y no de un árbitro, dado que estos se caracterizan por ser accidentales; por otra parte, es de la esencia que la designación del árbitro la efectúen las partes o en subsidio a la resolución judicial; y finalmente, el árbitro no se constituye para conocer de toda una clase de materias, sino que sólo respecto del conflicto específico que las partes someten a su conocimiento por medio del compromiso o la cláusula compromisoria.

### **13.b. El Testamento.**

De acuerdo a lo previsto en los artículos 1318 y 1325 del Código Civil, se establece que el testador es uno de los sujetos que puede hacer la partición en su testamento; y por otra parte, se contempla que el testador puede designar en su testamento a la persona que ha de efectuar la partición de la herencia en una sucesión testada.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que en la partición prima el principio de la Autonomía de la voluntad, puesto que 1) Los herederos de común acuerdo pueden efectuar la partición ( art. 1325 C. Civil) y 2) De no lograrse lo anterior, pueden de común acuerdo designar un árbitro partidor, pudiendo incluso impugnar la designación del árbitro que efectuará la partición efectuada por el causante o testador por alguna causal de implicancia o recusación ( art. 1324 C.Civil) . La partición, que es una especie de arbitraje, será necesaria sólo en caso que no exista acuerdo entre los herederos para efectuarla ellos de consuno.

### **13.c. La Resolución Judicial.**

No es una fuente en cuanto al origen de la obligación de ir a Arbitraje, puesto que la obligación de acudir al arbitraje se encuentra siempre en la ley (arbitraje forzoso u obligatorio) o en la voluntad de las partes (arbitraje facultativo).

Sin perjuicio de ello, la resolución judicial puede ser una fuente supletoria de la voluntad de las partes en cuanto a la designación del árbitro. Para tal efecto es importante distinguir:

a) **Arbitraje Forzoso:** La obligación de llevar el asunto al conocimiento del árbitro es establecida por el legislador.

En este caso está claro que el conflicto debe ser resuelto por Arbitraje, ya que el acuerdo de voluntades se limita a designar un árbitro; y si las partes no llegan a acuerdo en la designación,

opera la resolución judicial para efectuar dicha designación. Para alegar la incompetencia de un tribunal, en vista de estar ante una materia de Arbitraje Forzoso, nos basaremos en la ley (su fuente).

b) **Arbitraje Facultativo:** El origen directo del Arbitraje es la voluntad de las partes a través del compromiso o de una cláusula compromisoria.

El compromiso es una convención en virtud de la cual se sustrae por las partes el conocimiento de un determinado conflicto de los tribunales ordinarios para someterlo al conocimiento y resolución de un árbitro, el que se designa en el mismo compromiso.

Si el árbitro designado no acepta el cargo, el compromiso terminará (el contrato de compromiso no pudo producir sus efectos) por lo que el conflicto vuelve a los tribunales ordinarios, sin que pueda el juez en subsidio de las partes nombrar un árbitro.

En la Cláusula Compromisoria, en cambio, se sustrae de la justicia ordinaria el conocimiento de un determinado conflicto para someterlo al conocimiento de un árbitro a ser designado de común acuerdo por las partes con posterioridad a su celebración; y a falta de acuerdo, la designación del árbitro se debe hacer por la autoridad judicial.

Aquí, aunque no acepten los árbitros designados por las partes, igual llegaremos a un árbitro porque este lo designará la autoridad judicial, y serán incompetentes los tribunales ordinarios para conocer del conflicto sometido a la resolución del árbitro.

La resolución judicial en cuanto a la designación del árbitro, es, necesariamente, fuente subsidiaria en los casos de Arbitraje Forzoso, y será fuente supletoria de la voluntad de las partes en los casos que se hubiere celebrado una cláusula compromisoria.

No será fuente supletoria la resolución judicial en el compromiso, porque si los árbitros designados en el compromiso no aceptan, se termina el compromiso y el asunto vuelve a la justicia ordinaria.

En consecuencia, la ley reglamenta el Arbitraje y permite que se lleve a cabo en ciertas materias. En el caso del Arbitraje Forzoso determina que necesariamente ciertas materias sean resueltas por un árbitro, caso en el que la voluntad de las partes queda limitada sólo a la designación del árbitro.

En el arbitraje facultativo la labor de las partes es doble: 1) Deciden sustraer la resolución del conflicto de los Tribunales Ordinarios; y 2) Designan el árbitro que debe dar solución al conflicto.

La competencia del árbitro en los casos de Arbitraje Facultativo o Permitido se basa en el acuerdo de las partes que consta en el compromiso o en la cláusula compromisoria. Las partes en el arbitraje facultativo deben celebrar una convención para el efecto de sustraer el conocimiento del asunto de los tribunales ordinarios para entregárselos al árbitro.

La fuente de la competencia en este caso es el acuerdo de las partes (compromiso o cláusula compromisoria)

De acuerdo con ello, si se alega la INCOMPETENCIA de un Tribunal Ordinario, tenemos que:

- a) En un Arbitraje Forzoso, la excepción se basará en la ley; y
- b) En un arbitraje facultativo, la excepción se basará en el COMPROMISO o en la CLÁUSULA COMPROMISORIA



En los asuntos de Arbitraje Prohibido si se designa igualmente un árbitro, esa designación será absolutamente ineficaz, ya que ese árbitro no tendría ni jurisdicción ni competencia. En ese caso la voluntad de las partes, por primar el Orden Público, está absolutamente excluida.

#### **13.d. La Voluntad de las Partes**

En los asuntos de Arbitraje Prohibido si se designa igualmente un árbitro, esa designación será absolutamente ineficaz, ya que ese árbitro no tendría ni jurisdicción ni competencia. En ese caso la voluntad de las partes, por primar el Orden Público, está absolutamente excluida.

En el Arbitraje Facultativo, la voluntad de las partes se manifiesta a través de:

- a) El compromiso
- b) La cláusula compromisoria.

Aquí, como se señaló anteriormente, la voluntad de las partes será tanto fuente de la obligación de ir a Arbitraje como de la designación de la persona del árbitro.

### **14.- EL COMPROMISO**

#### **14.1. CONCEPTO**

**El Compromiso** es la convención por medio de la cual las partes sustraen del conocimiento de los tribunales ordinarios uno o más asuntos litigiosos determinados, presentes o futuros, para someterlos a la resolución de uno o más Árbitro que se designan en el acto mismo de su celebración.

#### **¿Por qué el compromiso es una convención y no contrato?**

En este caso se dice que el compromiso es una convención y no un contrato porque el compromiso **EXTINGUE** una obligación procesal como es la de concurrir a la resolución del conflicto ante los tribunales ordinarios, debiendo acudir ante los árbitros que se designan en dicha convención.

El compromiso no genera ninguna obligación procesal, sino que está extinguiendo una obligación procesal, como era la de acudir a los Tribunales ordinarios para la resolución del conflicto.

En cambio, la cláusula compromisoria se caracteriza por ser un contrato.

#### **14.2. CARACTERISTICAS DEL COMPROMISO COMO CONVENCION**

- a) Es una convención, porque para los efectos de sustraer el conocimiento del asunto de los tribunales ordinarios y someterlos a la resolución del árbitro requiere el consentimiento de todas las partes en el conflicto;
- b) Es una convención o acto jurídico procesal, porque está dirigida a producir sus efectos en el proceso.

#### **14.3. EFECTO QUE SE PERSIGUE A TRAVÉS DEL COMPROMISO**

El compromiso persigue como efecto sustraer del conocimiento de los tribunales ordinarios determinados conflictos presentes o futuros para someterlos a la resolución de uno o más árbitros, los que se designan en la convención.

En consecuencia, el compromiso es una excepción a la regla general de la competencia de la radicación, porque si yo estoy llevando a cabo un proceso ante un tribunal ordinario (conflicto presente) puedo celebrar un compromiso y sustraer el conocimiento de ese conflicto del tribunal

ordinario (porque ya estaba radicado) y someterlo al conocimiento del árbitro que designa en el compromiso.

Si estamos ante un conflicto futuro no hay una excepción a la radicación, porque en este caso voy directamente ante el árbitro para iniciar el proceso.

**¿Qué pasa si una de las partes desconoce esta situación y decide, a pesar de haber celebrado el compromiso, ir a la justicia ordinaria?**

En este caso se generó una excepción dilatoria que se ha denominado EXCEPCION DE COMPROMISO que no aparece específicamente mencionada en el art. 303 CPC y por ello se debe encuadrar en la excepción del N°6 (excepción de la dilatoria de compromiso)

El compromiso válidamente celebrado genera el efecto impeditivo para las partes de no poder acudir a los tribunales ordinarios y de allí nace la denominada excepción de compromiso para que se oponga en caso de desconocerse los efectos que genera la celebración de esa convención.

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que los efectos que genera el compromiso son los siguientes:

1) Extingue la competencia del tribunal ordinario para conocer del asunto que ha sido sometido a compromiso, siempre y cuando se trate de un arbitraje facultativo, ya que tratándose de un arbitraje obligatorio la sustracción del conocimiento del tribunal ordinario la hace el legislador.

Celebrado que sea el compromiso se genera la excepción de compromiso, la cual se opone para impedir que un tribunal ordinario conozca del asunto (Excepción dilatoria ART 303 N°6 C.P.C)

2) Como convención procesal es obligatoria para las partes, encontrándose éstas ligadas al árbitro designado para la resolución del asunto. Por su parte el árbitro está obligado, una vez aceptado el compromiso, a desempeñar el arbitraje

3) Como toda convención puede ser dejada sin efecto por acuerdo de las partes, ya que prima el principio de la autonomía de la voluntad. Incluso, el legislador contempla el caso de termino tácito del compromiso si las partes acuden de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros. ART. 240 N° 1 DEL C.O.T.

#### **14.4. ELEMENTOS .**

El compromiso es un acto jurídico procesal nominado, por cuanto se encuentra regulado por parte del legislador en el Código Orgánico de Tribunales.

Respecto de la regulación del compromiso en el Código Orgánico de Tribunales, podemos distinguir los requisitos generales, sin perjuicio de los contemplados además en el Código Civil y requisitos específicos.

##### **14.4.1. Requisitos Generales.**

###### **a.- El consentimiento:**

Revistiendo el compromiso la naturaleza jurídica de una convención, se requiere para su existencia, como primer elemento, el acuerdo de las partes de un conflicto destinado a perfeccionar su celebración.

El artículo 232 del C.O.T previene que “el nombramiento de árbitros deberá hacerse con *el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio* sometido a su decisión.”

El consentimiento puede ser manifestado por los representantes legales de las partes en conformidad al 1448 C.C., excepto cuando se trata del nombramiento de árbitros arbitradores; porque en este caso se necesita de la capacidad de ejercicio para constituir el compromiso. Al efecto, el artículo 224 del C.O.T. previene que “sólo las partes mayores de edad y libres administradoras de sus bienes podrán dar a los árbitros el carácter de arbitradores.”- Tratándose de árbitros mixtos se requiere de la autorización judicial previa conforme a lo establecido en el inciso 2° del mencionado art.224.

Tratándose de los representantes convencionales y los mandatarios judiciales debemos tener presente que la facultad de constituir compromiso y la de designar Árbitro arbitrador no están comprendidos dentro de las facultades del mandatario general, ni tampoco dentro de las del mandatario judicial.

Respecto del mandatario convencional, prevé expresamente el artículo 2141 del C. Civil que la facultad de transigir no comprende la de comprometer ni viceversa”.

Por su parte, el artículo 7° del C.P.C establece que un mandatario judicial no posee dentro de sus facultades ordinarias las de comprometer y designar un árbitro arbitrador, por lo que para poder ejercer esas facultades se requiere que ellas se confieran expresamente por el mandante al mandatario judicial conforme a lo previsto en el inciso 2° de ese precepto, el que enumera las facultades extraordinarias, las que requieren ser conferidas expresamente al mandatario para que las posea y pueda ejercerlas.

La sanción que se contempla para un mandatario que compromete y confiere a un árbitro la facultad de arbitrador sin habersele otorgado las facultades especiales que se requieren para tal efecto es la inoponibilidad procesal. El compromiso celebrado no va a empecer (afectar) a la parte que no hubiere concurrido a celebrarlo a través de un mandatario judicial que carezca de facultades para ello.

### **b.- La Capacidad:**

#### **Respecto de la capacidad se contemplan las siguientes reglas:**

a) Para nombrar un árbitro arbitrador se requiere ser mayor de edad y tener libre administración de los bienes Art. 224 inc. 1° C.O.T.

b) Para nombrar un árbitro mixto, lo pueden hacer los representantes legales de los incapaces, pero previa autorización judicial, la que debe ser otorgada sólo por motivos de manifiesta conveniencia. Art. 224 inc. 2° C.O.T.

c) Para nombrar un árbitro derecho se requiere poseer capacidad de goce y de ejercicio. Sin embargo, en caso de incapacidad de ejercicio de una parte, puede su representante legal designar un árbitro de derecho, sin requerir de autorización judicial previa para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester tener presente las siguientes reglas especiales:

a.1. ) El artículo 396 del C. Civil establece que el tutor o curador puede proceder a la partición de los bienes raíces o hereditarios que el pupilo posea con otros proindiviso previa autorización judicial. art. 396 C.C. -> partición de bienes hereditarios

a.2.) El artículo 400 del Código Civil prevé que el tutor o curador requiere de decreto judicial previo para someter a compromiso derechos del pupilo que se valúen en más de un centavo

o sobre bienes raíces, debiendo con posterioridad, además, someterse el fallo del compromisario a la aprobación judicial bajo pena de nulidad, medidas que se adoptan para proteger el pupilo.

### **c.- Objetivo Lícito:**

El objeto del compromiso está constituido por el nombramiento de uno o más árbitros, sustrayendo el conocimiento del asunto de los tribunales ordinarios para entregárselo a él.

En consecuencia, nos encontraremos que un compromiso adolecerá de objeto ilícito en todos los casos en que se nombre un árbitro para la resolución de asuntos que sean materias de arbitraje prohibido, y que se contemplan en los artículos 230 y 231 del C.O.T.

### **4.- Causa Lícita**

La causa será lícita cuando su objetivo sea sustraer el asunto de los tribunales ordinarios para la decisión del conflicto por parte del árbitro.

No habría una causa lícita, cuando las partes acuden a un árbitro para los efectos que resuelva el compromiso en un determinado sentido previamente convenido por ellas con el fin de perjudicar a un tercero.

### **5.- Solemnidad.**

El compromiso es una convención solemne, puesto que de conformidad a lo previsto en el inciso 1º del art. 234 del C.O.T. “el nombramiento de árbitro deberá hacerse por escrito.”

La solemnidad consiste en la simple escrituración, por lo que el compromiso puede constar en un documento público o privado.

Además, el compromiso puede celebrarse como una cláusula dentro de un determinado contrato o en un documento separado en el cual se contemplen todas las menciones previstas por parte del legislador, sea con anterioridad o luego de haber surgido un conflicto entre las partes sobre una determinada materia.

## **14.4.2. REQUISITOS ESPECÍFICOS.**

El compromiso es un contrato nominado, pudiendo distinguir a su respecto elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales

### **A. ELEMENTOS DE LA ESENCIA.**

Los elementos de la esencia del compromiso se contemplan en los N°s 1, 2, y 3; del artículo 234 del C.O.T. y son los que permiten identificar a un proceso, pudiendo distinguir los elementos subjetivos (tribunal y partes) y el elemento objetivo ( el conflicto).

Los elementos de la esencia subjetivos del arbitraje y que también deben concurrir respecto del proceso son:

#### **a.- Determinación de las partes.**

Al efecto, prevé el artículo 234 en su N° 1 que “en el instrumento en que se haga el nombramiento de árbitro deberán expresarse: 1. El nombre y apellido de las partes litigantes”.

#### **b.- Determinación del tribunal.**

Al efecto, prevé el artículo 234 en su N° 2 que “en el instrumento en que se haga el nombramiento de árbitro deberán expresarse: 2. El nombre y apellido del árbitro nombrado”

El elemento de la esencia objetivo del arbitraje y que también deben concurrir respecto del proceso consiste en:

### **c.- La determinación del conflicto que debe resolverse.**

Al efecto, prevé el artículo 234 en su N° 3 que “en el instrumento en que se haga el nombramiento de árbitro deberán expresarse: 3. El asunto sometido al juicio arbitral.

Estos elementos esenciales son los que deben concurrir en toda convención para que nos encontremos en presencia de un compromiso. Si no concurre alguno de estos tres elementos no nos encontraremos ante un compromiso. Al efecto, prevé inciso final del 234 que “faltando la expresión de cualquiera de los puntos indicados en los No. 1., 2. y 3., no valdrá el nombramiento.”

## **B.- ELEMENTOS DE LA NATURALEZA.**

Son todos aquellos previstos por el legislador que, sin ser esenciales al compromiso, se entienden incorporados a él sin necesidad de la estipulación de una cláusula especial, pero que pueden ser modificados por las partes.

Los elementos de la naturaleza que contempla el legislador respecto del compromiso son los siguientes:

### **b.1. Facultades del árbitro.**

Si las partes no expresaren con qué calidad es nombrado el árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho. Art. 235 inc. 1° del C.O.T.

### **b.2. Lugar en que debe desarrollarse el compromiso o arbitraje.**

Si faltare la expresión del lugar en que deba seguirse el juicio, se entenderá que lo es aquel en que se ha celebrado el compromiso. Art. 235 inc. 2° del C.O.T.

### **b.3. Tiempo en que debe desarrollarse el compromiso o arbitraje.**

Si faltare la designación del tiempo, se entenderá que el árbitro debe evacuar su encargo en el término de dos años contados desde su aceptación. Art. 235 inc. 2° del C.O.T.

Respecto del tiempo para desarrollar el arbitraje debemos tener presente que:

b.3.1.- El plazo para que el árbitro cumpla con su encargo no se cuenta desde su designación, sino que desde el momento en que éste acepta el cargo.

El árbitro generalmente es nombrado por las partes en una cláusula de un determinado contrato. Suscitado el conflicto que en el contrato se ha sometido a arbitraje, una de las partes o ambas actuando de consuno deben proceder a efectuar las gestiones para que el árbitro acepte el cargo.

Una posibilidad es el árbitro manifestará su aceptación al cargo y jure desempeñar su cargo por escritura pública.

Otra posibilidad, es que una vez que se hubiere generado un conflicto, una de las partes del compromiso acuda ante los tribunales ordinarios para solicitarles que se notifique al árbitro para que

manifieste éste si acepta el cargo. El árbitro es notificado por un receptor y debe aceptar y jurar desempeñar el cargo ante el Receptor o ante el Secretario del tribunal, quien debe levantar un acta dejando constancia de la aceptación y el juramento prestado por el árbitro, lo que pueden efectuar al momento de la notificación o posteriormente ante el ministro de fe.

El momento a partir del cual se empieza a computar el plazo de dos años o el estipulado por las partes es a partir de la aceptación del cargo por el árbitro, quien debe prestar juramento de desempeñar el cargo fielmente. Al efecto, el artículo 236 del C.O.T. prevé que “el árbitro que acepta el encargo deberá declararlo así, y jurará desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible.”

b.3.2.- El plazo para el desarrollo del arbitraje se suspende en su computo en los casos previstos por la ley.

De acuerdo a la modificación introducida por la Ley 18.969, que introdujo al efecto un inciso final art. 235 del C.O.T., el plazo para el desarrollo del compromiso se entenderá suspendido:

- a) Si durante el arbitraje el árbitro debiere elevar los autos a un tribunal superior, y
- b) Si el procedimiento arbitral se hubiere paralizado por resolución de un tribunal superior.

Un ejemplo del primer caso, sería aquel en que el tribunal superior conociendo de un recurso en contra del árbitro (recurso de queja) o de un recurso deducido en contra de una resolución pronunciada por el árbitro (recurso de apelación en contra de árbitro de derecho) le hubieren requerido remitir el expediente arbitral ante ellos.

Un ejemplo del segundo caso, sería que los tribunales superiores conociendo de algún recurso, hubieren impartido una orden de no innovar respecto del procedimiento arbitral. (Ejemplo, orden de no innovar en recurso de apelación concedida en el solo efecto devolutivo por un árbitro de derecho en contra de una resolución pronunciada por él, o recurso de queja deducido en su contra)

En estos casos, el plazo para el desarrollo del arbitraje se entenderá suspendido sólo mientras hubiere durado el impedimento, esto es, durante el periodo que media entre la remisión del expediente al tribunal superior y su devolución por éste al árbitro; o el periodo que media entre la fecha en que se notificó al árbitro la orden de no innovar y la fecha en que se notificó que ella se dejó sin efecto.

b.3.3. El árbitro se encuentra excepcionalmente autorizado por el legislador para los efectos de notificar la sentencia y proveer los recursos que se hubieren deducido en contra de la sentencia definitiva, aún cuando hubiere expirado el plazo del compromiso.

De acuerdo a la modificación introducida por la Ley 18.969, se introdujo al efecto un inciso penúltimo al art. 235 del C.O.T., estableciendo que “no obstante, si se hubiere pronunciado sentencia dentro de plazo, podrá ésta notificarse válidamente aunque él se encontrare vencido, como asimismo, el árbitro estará facultado para dictar las providencias pertinentes a los recursos que se interpusieren.”

Conforme a dicha norma, si el árbitro hubiere dictado sentencia dentro del plazo del compromiso, este puede después del vencimiento de ese plazo:

a.- Notificar a las partes válidamente la sentencia que hubiere dictado;

b.- Dictar las providencias respecto de los recursos que hubieren deducido las partes en contra de la sentencia pronunciada por el árbitro.

En todo caso, debemos tener presente que el plazo para el desarrollo del compromiso puede ser siempre de carácter convencional, por lo que puede ser prorrogado de común acuerdo por las partes cuando veces lo consideren ellas necesario.

#### **b..4. El número de árbitros que deben designarse para la solución de un conflicto.**

El nombramiento de árbitros deberá hacerse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión. (Art. 232 C.O.T.).

En los casos en que no hubiere avenimiento entre las partes respecto de la persona en quien haya de recaer el encargo, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, debiendo en tal caso recaer dicho nombramiento en un solo individuo y diverso de los dos primeros indicados por cada parte, se procederá en lo demás, en la forma establecida en el Código de Procedimiento Civil para el nombramiento de peritos.

En otras palabras, cuando el nombramiento de un árbitro debe efectuarse por la justicia ordinaria, lo que ocurrirá en los casos de arbitraje forzoso o de una cláusula compromisoria, ésta solo puede designar un solo individuo como árbitro. Sólo las partes de común acuerdo pueden designar dos o más árbitros para la solución del conflicto, lo que resulta atendible atendido el costo que representa el arbitraje y que debe ser soportado por el patrimonio de las partes.

#### **b.5. El procedimiento que debe seguirse ante los arbitradores lo establece la ley, si las partes no lo han regulado.**

De conformidad al artículo 223 inc.3° del C.O.T., el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará 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, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.

Al efecto, el artículo 636 del C.P.C. nos señala que 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. Si las partes nada han dicho a este respecto, se observarán las reglas establecidas en los artículos que siguen.”

El artículo 637 del C.P.C. nos indica cuales son las normas mínimas de procedimiento que deben respetar los arbitradores en caso de no haberse regulado el procedimiento que debe seguirse ante ellos por las partes. Al respecto nos señala ese precepto que “el arbitrador oír a los interesados; recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten; practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos, y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten. Podrá oír a los interesados por separado, si no le es posible reunirlos.

De conformidad con lo anterior, el arbitrador debe obligatoriamente cumplir con los siguientes trámites:

- Oír a los interesados
- Recibir y agregar al proceso los instrumentos que le presenten

#### **b.6.Los trámites esenciales que posibilitan deducir el recurso de casación en la forma en contra de un árbitro arbitrador.**

Por regla general, el recurso de casación en la forma procede en contra de sentencia dictada por árbitro arbitrador.

Sin embargo, el recurso de casación en la forma en contra de árbitros arbitradores presenta una particularidad. El artículo 795 del C.P.C enumera trámites esenciales en primera instancia, cuya

omisión faculta para deducir el recurso de casación en la forma por la causal contemplada en el N° 9 del art. 768 de ese Código.

Tratándose del recurso de casación en la forma en contra de árbitros arbitradores y siendo congruente el legislador con los trámites mínimos que deben cumplirse por el arbitrador en un procedimiento a falta de regulación por las partes, el artículo 796 del C.P.C, nos señala que son trámites esenciales los que las partes establecen en la parte constitutiva del compromiso, y si ellas nada dicen, sólo existen dos trámites esenciales:

- Emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley. ART. 795 N°1
- Agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, conciliación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presenta. 795 N° 5 C.P.C.

En consecuencia, si las partes nada han dicho en el compromiso respecto de los trámites esenciales de la primera instancia al regular el procedimiento que ha de seguirse ante un árbitro arbitrador, sólo podrá deducirse el recurso de casación en la forma por la causal N° 9 del artículo 768 del C.P.C. sólo por la omisión de los trámites esenciales contemplados en los N°s 1 y 5 del artículo 795 del C.P.C.

### c) ELEMENTOS ACCIDENTALES

Son aquellos que no forman parte del compromiso, que las partes deben incorporar mediante estipulaciones expresas y se encuentran destinados a modificar los elementos de la naturaleza que ha contemplado el legislador respecto del compromiso.

De acuerdo con ello, son estipulaciones de elementos accidentales los siguientes:

- Otorgamiento al Árbitro de facultades de arbitrador o mixto. Si nada se dice se presumirá Árbitro de derecho.
- Lugar para el desarrollo del compromiso, puesto que si nada se dice será el lugar de su celebración.
- Tiempo para el desarrollo del compromiso, puesto que si nada se dice será de dos años a contar de la aceptación.
- Reglamentación del procedimiento que se debe seguir ante los árbitros arbitradores. Si nada se dice se aplican las normas mínimas de tramitación que contempla el legislador (ART. 637 C.P.C).
- Deben establecerse los trámites esenciales para el recurso de casación en la forma contra arbitradores, puesto que si nada se dice sólo procederá por la omisión de los trámites esenciales del N° 1 y 5 del artículo 795 del C.P.C.
- La reserva de recurso de apelación en contra de árbitros arbitradores en primera instancia, puesto que sólo será posible deducirlo si al momento de designar al arbitrador se han cumplido con dos requisitos:
  - Establecer la procedencia del recurso de apelación
  - Designar quienes conocerán de la apelación con carácter de árbitro arbitrador. (ART. 239 C.O.T inciso final)
- Renuncia a los recursos legales



Existe una cláusula tipo que se coloca en las convenciones de arbitraje en que se renuncia a todo recurso legal en contra de la sentencia arbitral, incluso al de casación. La jurisprudencia señala que esta renuncia es válida ya que la ley faculta a las partes para ello en el inciso primero del artículo 239 del C.O.T. Así las partes mayores de edad y libres administradores de sus bienes pueden renunciar a los recursos legales. Tratándose de mandatario judicial requiere facultades especiales para renunciar a los recursos legales conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 7° del C.P.C.

Sin embargo, la renuncia a los recursos, por amplia y genérica que sea, jamás podrá comprender el recurso de casación en la forma por las causales de incompetencia y ultrapetita, puesto que en tal caso el árbitro estaría resolviendo sobre un conflicto para el cual no ha sido designado o requerida su intervención. Tampoco podrá comprender la renuncia al recurso de queja ya que este es de orden público y emana de la superintendencia directiva correccional y económica de la Corte Suprema siendo su finalidad primordial de naturaleza disciplinaria, al tener por objeto corregir una falta o abuso.

Debemos tener presente, que si estamos en presencia de un árbitro arbitrador, al no encontrarse éste obligado a fallar de conformidad a la ley, sino que de acuerdo a lo que su prudencia y equidad le dictaren, existen dos recursos que no proceden contra sus sentencias:

- Recurso de casación en el fondo y
- Recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

#### **14.5.- EL TÉRMINO DEL COMPROMISO**

Las causales de terminación del compromiso se encuentran contempladas en los artículos 240, 241 y 242 del C.O.T, siendo ellas las siguientes:

- 1) El modo normal de dar término al compromiso es por el cumplimiento del encargo.

De acuerdo con ello, el compromiso terminará cuando el árbitro dicte sentencia en el plazo que le fijan las partes o el legislador en subsidio.

Sin perjuicio de ello, el árbitro puede conocer también de la ejecución de la sentencia si el que ha obtenido en el juicio se lo ha requerido y aún le resta plazo para desempeñar el compromiso. Al efecto, el artículo 635 del C.P.C. establece que “para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por el que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento. Tratándose de otra clase de resoluciones, corresponde al árbitro ordenar su ejecución.

Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.”

- 2) Si el árbitro fuere maltratado o injuriado por alguna de las partes.
- 3) Si las partes concurren ante la justicia ordinaria o ante otro árbitro para la resolución de asunto,
- 4) Si el árbitro contrae una enfermedad que le impida seguir cumpliendo sus funciones. Cabe señalar que el árbitro no puede ser reemplazado en un compromiso si no existe acuerdo de las partes, ya que tiene el carácter de *intuitu personae*.
- 5) Si por cualquier causa el árbitro deba ausentarse por largo tiempo del lugar del lugar donde se debe seguir el juicio.

6) Por revocación de común acuerdo de las partes (ART. 241 C.O.T),

7) Por la muerte del árbitro

La muerte de alguna de las partes genera los efectos de sucesión, pasando a ser esta subrogada por sus herederos, los cuales deben ser debidamente notificados, de lo contrario el proceso será nulo (ART. 242 C.O.T).

## **15.- LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.**

### **15.1. Concepto.**

La cláusula compromisoria es un contrato mediante el cual se sustrae del conocimiento de los tribunales ordinarios determinados asuntos litigiosos, actuales o futuros, para entregarlos a la decisión de un árbitro que no se designa en ese instante, pero que las partes se obligan a designar con posterioridad.

### **15.2. Características.**

La cláusula compromisoria es un contrato procesal autónomo ya que genera una obligación entre las partes que consiste en designar al árbitro que debe conocer el conflicto y además, sustrae el conocimiento de los tribunales ordinarios.

La diferencia entre el compromiso y la cláusula compromisoria es que en el primero la designación del árbitro es *intuitu personae*, en cambio en la cláusula compromisoria lo relevante no es la existencia del árbitro, sino la sustracción del conocimiento de un asunto de la justicia ordinaria. Además el nombramiento del árbitro en la cláusula compromisoria a falta de acuerdo de las partes puede ser realizada por la justicia ordinaria.

“La cláusula compromisoria tiene consagración legal en los artículos 252 N° 10 y 415 del Código de Comercio que la contemplan expresamente en el contrato de sociedad, y de un modo indubitable en la historia fidedigna del establecimiento de la L.O.T., ya que en las Actas de la Comisión Revisora hay constancia escrita de que el art. 181 – actual art. 252 del C.O.T.- según el cual corresponde a la justicia hacer la designación de árbitros en el caso de desacuerdo de los interesados, se aplica “ a todos los casos en que deba hacerse nombramiento de árbitros, sea por disposición de la ley o *por convenio de las partes*, vale decir, tanto en los casos de arbitraje forzoso como cuando existe una cláusula compromisoria.” ( Patricio Aylwin A. El juicio Arbitral. Pág. 328. Cuarta Edición. 1982. Fallos del Mes).

De acuerdo con ello, pueden designar el árbitro en la cláusula compromisoria:

- 1) Las partes, las que pueden ponerse de acuerdo en cualquier momento posterior a la celebración de la cláusula compromisoria;
- 2) En subsidio, la justicia ordinaria para lo cual se aplican las normas de designación de perito.

Respecto de esta designación por la justicia ordinaria algunos señalan que constituye la primera gestión de un juicio arbitral y otros que es un acto judicial no contencioso.

El artículo 646 C.P.C contempla prácticamente las mismas normas que para el nombramiento de árbitro.

### **15.3. Requisitos de la Cláusula Compromisoria.**

Respecto de la cláusula compromisoria se contemplan los siguientes elementos:

### **Elementos esenciales:**

- 1) Individualización de las partes
- 2) La determinación del conflicto que se somete a arbitraje
- 3) La sustracción del conocimiento del asunto de la justicia ordinaria asumiendo la obligación de someterlo a la resolución de los árbitros que se comprometen a designar con posterioridad.

### **Elementos de la naturaleza:**

No tiene por ser contrato autónomo y no nominado o regulado por el legislador.- Sin embargo, se ha entendido que respecto de la cláusula compromisoria se aplicarían las reglas del compromiso en esta materia.

### **Elementos accidentales:**

Son los que incorporan las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, fundamentalmente para regular las materias de la naturaleza del compromiso ya analizadas.

## **15.4. Efectos de la Cláusula Compromisoria.**

Los efectos de la cláusula compromisoria son los siguientes:

- 1) Sustraer el conocimiento del conflicto de los tribunales ordinarios, generándose la excepción de cláusula compromisoria.
- 2) Somete el conocimiento del asunto a un árbitro
- 3) Genera la obligación para las partes de designar al árbitro, el que a falta de acuerdo entre las partes deberá ser designado por la justicia ordinaria.

En la redacción de una cláusula compromisoria sugerimos:

- 1) Evitar designar árbitros arbitradores, en especial si dicho nombramiento recae en personas que no conocemos o que deben ser designadas por un tercero o la justicia ordinaria; y
- 2) Contemplar respecto del árbitro a designarse características y requisitos mínimos que este debe cumplir para desempeñar un correcto y justo arbitraje, limitando con ello las facultades que posee la justicia ordinaria para designar al árbitro. ( P. Ej. Presidente colegio de abogados de Chile A.G., Presidente del Colegio de Ingenieros de Chile A.G.; Profesores de una determinada Facultad de Derecho en alguna Cátedra específica; ex abogados integrantes de la Corte Suprema o corte de Apelaciones que hubieren desempeñado el cargo por un determinado periodo; etc)

## **15.5. Terminación de la cláusula compromisoria.**

Se han contemplado por la doctrina y jurisprudencia como causales de terminación de la cláusula compromisoria las siguientes:

- 1) Por mutuo acuerdo de las partes
- 2) Por cumplimiento del encargo por el árbitro
- 3) Por transacción o cualquier otro equivalente jurisdiccional
- 4) Por declaración de quiebra

## **16.- EL CONTRATO DE COMPROMISARIO**

El contrato de compromisario es aquel por el cual una persona se obliga a desempeñar el cargo de árbitro entre otras personas que litigan, y éstos a remunerar sus servicios con un honorario.

En la práctica este contrato no se celebra formalmente, siendo la única constancia en el proceso arbitral de que el árbitro ha aceptado el cargo el acta o la escritura pública de aceptación, en la cual debe constar también su juramento.

A partir de la aceptación se entiende celebrado este contrato.

Respecto de los honorarios del árbitro, este nunca puede fijarlos unilateralmente, sino que formula normalmente una proposición a las partes para su aceptación. Esencialmente, el árbitro previa conversación con las partes o sus abogados dicta una resolución en la que fija el monto de sus honorarios y la fecha en que se debe hacer el pago.

Para la jurisprudencia esta resolución que fija los honorarios no es más que una propuesta que debe ser aceptada por las partes, las que si no están de acuerdo con la proposición que efectúe el árbitro, la fijación del monto de los honorarios deberá ser determinada por la justicia ordinaria a través de un juicio de cobro de honorarios (caso extremo).

## **17.- DESENVOLVIMIENTO DEL ARBITRAJE.**

### **17.1. Nombramiento del árbitro, la aceptación del cargo por el árbitro y su juramento.**

El origen del arbitraje se puede encontrar en la ley, si nos encontramos ante un arbitraje forzoso, en cuyo caso a las partes sólo les cabe designar de común acuerdo el árbitro, o a falta de éste, acudir a la justicia ordinaria para que proceda a su designación.

En el arbitraje forzoso el propósito de la presentación que efectúan las partes a la justicia ordinaria no va a ser que se notifique al árbitro, sino que se proceda a la designación del árbitro. La naturaleza jurídica de esta petición es discutida, sosteniéndose por algunos que nos encontramos en presencia del primer trámite del juicio arbitral y por otras, ante un asunto judicial no contencioso.

Si nos encontramos en presencia de un arbitraje facultativo, el origen de arbitraje es el compromiso o la cláusula compromisoria.

En el compromiso no existe necesidad de nombrar a un árbitro porque este ya está se encuentra designado en dicha convención celebrada por las partes. En este caso, lo que procede es efectuar una presentación a la justicia ordinaria para que ordene notificar al árbitro, a fin que éste ante un Ministro de Fe acepte o rechace el cargo. En caso de nombramiento de árbitros sucesivos, es muy importante la notificación sucesiva en el mismo orden en el que se nombra a los árbitros por las partes; y en el mismo orden deben pronunciarse los árbitros si aceptan el cargo, por lo que debe continuarse con las notificaciones de los árbitros posteriores designados por las partes sólo en caso que los primeramente designados hubieren rechazado el desempeño del cargo.

En la cláusula compromisoria el objeto de la presentación en el arbitraje facultativo será citar a la otra parte a un comparendo para que se designe de común acuerdo al árbitro; o de no mediar acuerdo, por la justicia ordinaria conforme a la norma de la designación de peritos. El tribunal no puede designar como árbitros a las personas que figuren en los dos primeros lugares de la lista que las partes han propuesto.

Efectuado el nombramiento del árbitro, lo que sigue es el trámite de notificación del nombramiento, el que es practicado por el receptor.

Según el artículo 236 del COT el árbitro debe cumplir con dos trámites ineludibles:

- a) Aceptar el cargo
- b) Jurar desempeñar el cargo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible.

La notificación:

- a) se efectúa según el artículo 44; y
- b) es personal y no existe inconveniente en que el árbitro manifieste al receptor si acepta o no el cargo. Si acepta debe jurar.

El juramento del árbitro es un requisito de validez del Arbitraje, y si se omite conlleva la nulidad del Arbitraje. Si bien cabe una aceptación tácita, jamás cabe un juramento tácito.

El ministro de fe ante el cual el árbitro debe jurar puede ser:

- a) El receptor, cuando acepta de inmediato; o
- b) El Secretario del tribunal cuando se reserva aceptar con posterioridad.

## **17.2. El Procedimiento Arbitral.**

Las normas aplicables al procedimiento arbitral se encuentran el Título VIII del Libro III del CPC (art. 628 y SS.).

**1.- Los árbitros de derecho** deben tramitar según el procedimiento que corresponda en atención a la naturaleza de la acción deducida. Al efecto, dispone el artículo 628 del C.P.C. que “los árbitros de derecho se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios según la naturaleza de la acción deducida.”

En consecuencia, se deben aplicar las reglas de descarte vistas en clase como si se tratara de un Juez de Letras:

- 1° Procedimiento Especial
- 2° Procedimiento Sumario
- 3° Juicio Ordinario de Mayor Cuantía (Libro II CPC).

**2.- Los árbitros arbitradores** deben tramitar el asunto según:

- 1° El procedimiento que las partes le señalen;
- 2° Si las partes nada han señalado, de acuerdo con las normas mínimas comunes a todo procedimiento arbitral consistentes en:
  - a) Oír a las partes; y
  - b) Agregar al expediente los documentos que se le entreguen.

Al efecto, el artículo 636 del C.P.C. nos señala que 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. Si las partes nada han dicho a este respecto, se observarán las reglas establecidas en los artículos que siguen.”

El artículo 637 del C.P.C. nos indica cuales son las normas mínimas de procedimiento que deben respetar los arbitradores en caso de no haberse regulado el procedimiento que debe seguirse ante ellos por las partes. Al respecto nos señala ese precepto que “el arbitrador oír a los interesados; recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten; practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos, y dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten. Podrá oír a los interesados por separado, si no le es posible reunirlos.”

## **3.- Procedimiento del Juicio de Partición de Bienes**

Normas aplicables: Art. 646 y SS. CC.

### **17.3. La primera resolución del árbitro.**

Cuando el árbitro acepta y jura, su primera actuación es dictar una resolución para constituir el compromiso y citar a las partes a un primer comparendo, cuyo objetivo es determinar:

- a) Cuáles son las partes;
- b) Cuál es el conflicto; y
- c) Cuál es el procedimiento que se tendrá que aplicar para la resolución del conflicto.

Esto es aún más importante en los arbitradores que son además amigables componedores.

### **17.4 Principales diferencias entre el Procedimiento aplicable por el árbitro de derecho y el árbitro arbitrador.**

Las principales diferencias que se pueden observar en la tramitación ante un árbitro de derecho y un árbitro arbitrador son las siguientes:

#### **1. Notificaciones.**

##### **a) Árbitro de derecho:**

No se contempla la existencia de notificaciones por el estado diario.

Conforme a lo previsto en el artículo 629 del C.P.C., las notificaciones se harán personalmente o por cédula. Sin perjuicio de ello, las partes unánimemente pueden acordar otra forma de notificación, como puede ser por ejemplo por cartas certificadas, fax, e-mail, etc.

##### **b) Árbitros arbitradores:**

En el procedimiento seguido ante árbitros arbitradores se notifican las resoluciones a las partes y terceros en la forma que acuerden las partes, y si las partes nada dicen, se notifica personalmente o por cédula.

#### **2.- Ministro de fe.**

##### **a) Árbitro de derecho:**

En el procedimiento que se sigue ante árbitros de derecho es obligatoria la designación de un ministro de fe, quien de autorizar las resoluciones del árbitro (632 C.P.C.).

##### **b) Árbitro arbitrador:**

En el procedimiento que se sigue ante árbitros arbitradores la designación de un ministro de fe es facultativa (art. 639 C.P.C.).

Si no se cumple el requisito de autorización de la resolución por el Ministro de Fe, la resolución del árbitro de derecho adolece de nulidad, y la del árbitro arbitrador no.

#### **3.- Facultad de imperio.**

No existe diferencia, ya que ambos tienen facultad de imperio restringida. (Arts. 633 y 635 del C.P.C árbitros; 635 y 643 árbitro arbitrador).

#### 4.- Sentencia.

- a) **Árbitro de derecho:** al dictar la sentencia deben cumplir los mismos requisitos que la de los tribunales ordinarios (art.170 C.P.C. y A.A. de 1920 de la C.S.).
- b) **Árbitro arbitrador:** no se rigen por el art. 170 del C.P.C., sino que por el 640 del C.P.C., según el cual la sentencia debe contener:
  1. Designación de las partes litigantes.
  2. Enunciación de las peticiones.
  3. Enunciación de las alegaciones del demandado.
  4. Las razones de prudencia o equidad que sirven de fundamento a la sentencia.
  5. La decisión del asunto controvertido.

Según el art. 223 del C.O.T., el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y equidad le dictaren. Esta diferencia no es más que un juego de palabras, ya que deben concurrir ambas.

#### ¿Qué es la prudencia y la equidad?

**La Prudencia** es una de las virtudes cardinales, y consiste en 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.(Julio Philippi Izquierdo. Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores. Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica. Volumen 3. 1973. Página 266. )

#### La Equidad

1. **Aristóteles:** en la “*Ética Nicomaquea*” señala que “lo equitativo siendo justo, no es lo justo según la ley”..La equidad no es lo establecido en la ley, porque la ley está destinada a regular situaciones universales. Cuando un arbitrador está facultado para fallar en equidad, se le faculta para juzgar un caso concreto aplicando normas que la ley no considera.
2. **Sto. Tomás de Aquino:** “la equidad es una excepción del caso particular al caso concreto”, y se define la equidad como “justicia aplicada al caso concreto”; “lo equitativo es mejor que lo justo legal, ya que coincide con lo justo natural”.
3. **Coviello:** La equidad no se contrapone al derecho no es tampoco el espíritu de la ley, sino que constituye la justicia de un caso determinado. La justicia aplicada al caso concreto debe ser razonada, ya que de lo contrario puede llegarse a la arbitrariedad.

Es por esto, que el art. 640 del C.P.C. dice que además de fallarse conforme a la prudencia y equidad, se debe fundamentar estos conceptos, o “dar razón de equidad y prudencia”.

“ 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 aplicación a un caso particular de lo justo, entendido, no como sinónimo estricto de lo legal, sino como expresión de ese sustrato de derecho vigente que impera en la vida social y que se afinca, en último termino, 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. (Julio Philippi Izquierdo. Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores. Revista Estudios Jurídicos Universidad Católica. Volumen 3. 1973. Página 268.)

**De acuerdo con lo anterior, cabe formularnos respecto del árbitro arbitrador las siguientes interrogantes:**

**1. ¿Puede un árbitro arbitrador que no está sometido a la ley, fallar apartándose a las normas de procedimiento?**

No puede, porque es un juez, y como tal debe obedecer el mandato constitucional que obliga otorgar un debido proceso de ley y a que su sentencia emane de un racional y justo procedimiento. Además, debemos tener presente que “nuestro ordenamiento procesal contempla disposiciones sobre la casación de forma en contra de sentencias de arbitradores, como es el artículo 796 del Código de Procedimiento civil, si bien su procedencia en ciertos casos ha dado origen a dificultades.”(Julio Philippi Izquierdo. Ob. Cit. página 269. )

**2. ¿Puede el árbitro arbitrador, que falla según lo que su prudencia y equidad le han dictado, conocer de otra materia distinta de la sometida a su conocimiento?**

No puede, aún cuando lo considere necesario y equitativo.

El arbitrador no puede avocarse a asuntos ajenos a la materia sometida a su conocimiento y de allí su sentencia, aun cuando se hubieren renunciado a todos los recursos será casable en la forma por incompetencia y por ultra petita. Así se ha resuelto en repetidas oportunidades por nuestros tribunales. (Julio Philippi Izquierdo. Ob. Cit. página 269.)

**3. ¿Puede el árbitro arbitrador fallar contra ley?**

Según Julio Philippi sí puede fallar contra ley, ya que lo justo aplicado al caso concreto lo determina el árbitro y no el legislador. “ No cabe duda que el arbitrador puede fallar en contra de ley expresa, pues en eso consiste su facultad de guiarse por la equidad. (Julio Philippi Izquierdo. Ob. Cit. Página 269.)

**4. Sin embargo, se debe tener presente si puede el árbitro arbitrador fallar contra cualquier ley, es decir, ¿podría fallar concretamente contra una norma de orden público?**

Nuestra Corte Suprema ha señalado que el arbitrador tiene un límite que son los preceptos de orden público. La amplitud del arbitrador no llega a tanto como para desconocer una norma de orden público.

**5. ¿Podría el arbitrador dictar una sentencia en contra de normas de Derecho Privado, pero de orden público, como por ejemplo, desconocer normas de filiación, relativas a contrato?**

**Aquí la doctrina se divide:**

- a) Según algunos, se podría desconocer, ya que el arbitrador está facultado para hacer justicia al caso concreto, pudiendo, por ejemplo, aceptar instrumentos privados cuando se exigen instrumentos públicos.
- b) Según otros, no puede hacerlo porque importaría desconocer el orden público, y todos los miembros de la sociedad deben respetarlo, no pudiendo el árbitro abusar de las atribuciones que se le han conferido.



## **6. ¿Puede un arbitrador fallar conforme a Derecho?**

Si, pero dependerá de la sola voluntad del árbitro, y ello ocurrirá, generalmente, cuando el arbitrador sea un abogado.

El arbitrador puede sujetarse a los preceptos legales en el fallo de un asunto, puesto que su calidad de tal no lo obliga a despreciar las normas de derecho.

Debemos tener presente que las facultades que se confieren a un arbitrador para resolver un asunto son amplísimas y que los casos en los cuales puede obtenerse la revisión de su fallo por los tribunales superiores son excepcionales.

Al respecto se ha resuelto, que “puesto que el arbitro arbitrador está llamado a fallar conforme a la prudencia y equidad, pudiendo incluso fallar en contra de ley expresa, la errada calificación jurídica de un plazo, si existiere no es suficiente para acoger un recurso de queja en contra de la sentencia dictada por un juez árbitro arbitrador. Para que ello ocurra es menester que la sentencia sea inhumana, dolosa, manifiestamente inicua, contradictoria, ininteligible, o imposible de cumplir. (Corte Apelaciones de Santiago. 5.8.1997. Gaceta Jurídica 1997. Agosto N° 206 Pág.80).

### **5.- Recursos en contra las sentencias de los Árbitros.**

#### **1. Árbitros de derecho:**

##### **a) Recurso de Apelación.**

Procede de acuerdo con las reglas generales y conocerá del mismo la Corte de Apelaciones respectiva.

##### **b) Recurso de Casación en el Fondo o en la Forma.**

Procede igual que si fuera un Tribunal Ordinario y según las reglas generales de cada uno de ellos.

##### **c) Recurso de Queja:**

El caso de este recurso es especial pues ha sufrido una doble modificación.

Hasta la dictación de la Ley N° 19.374, no se establecía expresamente ante qué tribunal debía interponerse este recurso, asumiéndose que debía entablarse ante la Corte Suprema en virtud de la superintendencia correctiva que posee sobre todos los tribunales.

Actualmente, mediante la modificación introducida por la Ley N° 19.374, el recurso de queja en contra de árbitros de derecho es conocido en única instancia por la Corte de Apelaciones del lugar donde se celebró el compromiso (art. 63 n° 2 letra d) COT).

Por otra parte, el recurso de queja en contra de las sentencias dictadas por árbitros de derecho sólo procederá si se cumplen los requisitos que actualmente prevé el artículo 545 del C.O.T., luego de la dictación de la ley N° 19.374, esto es, cuando concurren los siguientes requisitos copulativos:

a.- No ser procedentes los demás recursos, ordinarios o extraordinarios.

Con ello, en la práctica se elimina la procedencia del recurso de queja, al ser procedente diversos otros recursos ordinarios y extraordinarios en contra de la sentencia que pronuncia el árbitro de derecho.

2.- La falta o abuso debe haberse cometido en una sentencia definitiva o interlocutoria, que ponga término al juicio o haga imposible su continuación.

## 2. Árbitro arbitrador

### a.- Recurso de Apelación.

Por regla general, el recurso de apelación no procede en contra de la sentencia de estos árbitros, y si éste procediera, jamás serán conocidos por la justicia ordinaria, sino que por un tribunal de árbitros arbitradores de segunda instancia.

Los requisitos necesarios que deben cumplirse para que sea procedente el recurso de apelación en contra de las sentencias dictadas por árbitros arbitradores de conformidad a lo previsto en el inciso 2° del artículo 239 del C.O.T., son:

1.- Las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, deben expresar que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter;

2.- Las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, deben designar las personas que han de desempeñar este cargo de tribunal arbitral arbitrador de segunda instancia.

### b.- Recurso de casación en la forma y en el fondo.

Para determinar si procede o no el Recurso de Casación, hay que distinguir si es de fondo o de forma:

El *de fondo* no procede nunca en contra de sentencia dictada por árbitro arbitrador (art. 239 in. 2° COT) .Tampoco sería procedente el llamado recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, porque los árbitros arbitradores no deben fallar conforme a la ley.

El *de forma* procede sólo por las causales del artículo 768 y sólo son trámites esenciales para la causal del N° 9, las que se contemplan en los N°s 1 y 5 del artículo 795 del C.P.C. (art. 796 C.P.C.). El tribunal que lo conoce será la Corte de Apelaciones respectiva, si la sentencia es de un arbitrador de primera instancia, o la Corte Suprema, si la sentencia es de un tribunal arbitrador de segunda instancia.

### c.- Recurso de queja.

El art. 545 del C.O.T. contempla una excepción en cuanto a que el recurso de Queja no es procedente en caso que procedan otros recursos.

En efecto, en ese precepto se contempla la procedencia del recurso de queja en contra de las sentencias definitivas de primera o única instancia, dictadas por árbitros arbitradores, conjuntamente con el recurso de casación en la forma.

**FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE CHILE**

**LAS MEDIDAS CAUTELARES, LOS INCIDENTES,  
LOS PROCEDIMIENTOS DECLARATIVOS  
ESPECIALES, EL JUICIO EJECUTIVO Y LOS  
ASUNTOS JUDICIALES NO CONTENCIOSOS.**

**PROFESOR: CRISTIAN MATURANA MIQUEL**

**ACTUALIZADA POR EL PROFESOR JAVIER MATURANA BAEZA**

**2019**

## **CAPITULO VII. DE LOS JUICIOS ESPECIALES SEGUIDOS ANTE ÁRBITROS.**

### **1º. LOS ÁRBITROS**

#### **a. Definición.**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 222 del C.O.T., se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso.

#### **b. Clasificación.**

Los árbitros se clasifican en árbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables componedores y árbitros mixtos (Art. 223 C.O.T.).

#### **1. Árbitro de derecho.**

El árbitro de derecho es aquel que falla con arreglo a la ley y se somete tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida (Art. 223 inciso 2º del C.O.T.).

Para la designación del árbitro de derecho se aplican las reglas generales de capacidad que establece el Código Civil, teniendo presente que el mandatario judicial requiere del otorgamiento expreso de la facultad de comprometer para someter el asunto a arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil.

#### **2. Árbitros arbitradores.**

El árbitro arbitrador es aquel que falla obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren y que no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que la que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen en este caso en el Código de Procedimiento Civil (Art. 223 inc. 3º del C.O.T.).

La designación de árbitro arbitrador se puede efectuar sólo por las partes mayores de edad y libres administradoras de sus bienes.

El mandatario judicial de estas partes requiere del otorgamiento expreso de la facultad de comprometer para someter el asunto a arbitraje y de la de designar árbitros arbitradores, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil.

#### **3. Árbitro mixto.**

El árbitro mixto es aquel árbitro de derecho a quien se conceden facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, debiendo limitarse en el pronunciamiento de la sentencia definitiva a la aplicación estricta de la ley (Art. 223 inc. final C.O.T. y 628 inc. 2º del C.P.C.).

De acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 224 del C.O.T. y en el inciso final del art. 628 del C.P.C., por motivos de manifiesta conveniencia podrán los tribunales autorizar la concesión al árbitro de derecho de las facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, aún cuando uno o más de los interesados en el juicio sean incapaces.

En consecuencia, los incapaces sólo pueden designar árbitros mixtos a través de sus representantes legales por motivos de manifiesta conveniencia y previa autorización judicial.

## **2º. EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS ÁRBITROS DE DERECHO.**

### **a. Regla general.**

Los árbitros de derecho se someterán tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva a **las reglas que establece la ley para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida** (Art. 628 inc. 1º C.P.C.).

En consecuencia, el árbitro de derecho no aplica siempre el juicio ordinario, sino que el procedimiento que la ley contemple, sea ordinario o especial, de acuerdo con la naturaleza de la acción (pretensión) que se hace valer ante él.

### **b. Reglas especiales.**

El legislador ha establecido que los árbitros, además del procedimiento que ellos deben aplicar según las reglas generales, deben cumplir con las siguientes reglas especiales:

#### **1. Los árbitros de derecho deben nombrar un actuario.**

Al efecto, el artículo 632 del C.P.C. establece que la substanciación de un juicio arbitral se hará ante un ministro de fe designado por el árbitro, sin perjuicio de las impugnaciones o recusaciones que puedan las partes reclamar; y si está inhabilitado o no hay ministro de fe en el lugar del juicio, ante una persona, que en calidad de actuario designe el árbitro.

En caso que el árbitro deba designar actuaciones fuera del lugar en que se siga el compromiso, podrá designar otro ministro de fe o actuario designado en la forma ya señalada y que resida en el lugar donde dichas diligencias han de practicarse.

#### **2. Notificaciones.**

Las notificaciones se harán en la forma que unánimemente acuerden las partes.

A falta de acuerdo de las partes, las notificaciones se harán personalmente o por cedula. (Art. 629 CPC).

#### **3. Apremio de testigos.**

El árbitro no puede compeler a ningún testigo a que concurra a declarar ante él. Sólo podrá tomar declaraciones a los que voluntariamente se presenten a darlas en esta forma (Art. 633 inc. 1º CPC).

Cuando un testigo se niegue a declarar, se pedirá por conducto del árbitro al tribunal ordinario correspondiente que practique la diligencia, acompañándole los antecedentes necesarios para este objeto.

Los tribunales de derecho podrán cometer esta diligencia al árbitro mismo asistido por un ministro de fe (Art. 633 inc. Final CPC).

#### **4. Diligencias fuera del lugar del juicio.**

Para el examen de testigos y para cualquiera otra diligencia fuera del lugar del juicio, se procederá de acuerdo al procedimiento anterior, dirigiéndose por el árbitro la comunicación que corresponda al tribunal que deba conocer de las diligencias (Art. 634 CPC).

### **5. Dictación de la sentencia en caso de existir pluralidad de árbitros.**

Si los árbitros son dos o más, todos ellos deberán concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier acto de substanciación del juicio, a menos que las partes acuerden otra cosa.

No poniéndose de acuerdo los árbitros, se reunirá con ellos el tercero si lo hay y la mayoría pronunciará resolución (art. 630 CPC).

En caso de no resultar mayoría en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra clase de resoluciones, siempre que ellas no sean apelables, quedará sin efecto el compromiso si este es voluntario. Si es forzoso, se procederá a nombrar nuevos árbitros.

Cuando pueda deducirse el recurso de apelación, cada opinión se estimará como resolución distinta, y se elevarán los antecedentes al tribunal de alzada, para que resuelva como sea de derecho sobre el punto que haya motivado el desacuerdo de los árbitros. (Art. 631 CPC).

### **6. Recursos.**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 239 del C.O.T., contra una sentencia arbitral se pueden interponer los recursos de apelación y casación para ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieren interpuesto en juicio ordinario, a menos que las partes siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan renunciado dichos recursos o sometidos también a arbitraje en el instrumento del compromiso o acto posterior.

En consecuencia, en contra de la sentencia dictada por un árbitro de derecho de primera instancia procede **el recurso de apelación y casación en la forma**, debiendo interponerse ante el mismo para ser resuelto por el tribunal que habría conocido de él como si el proceso no se haya sometido a compromiso.

Tratándose del **recurso de casación en el fondo** debemos tener presente que el artículo 767 del C.P.C. establece que este procede solo en contra de sentencias inapelables dictadas por las Cortes de Apelaciones o **de un tribunal arbitral de segunda instancia constituido por árbitros de derecho en los casos en que estos árbitros hayan conocido de negocios de la competencia de dichas Cortes.**

Debemos tener presente que si el árbitro ha dictado la sentencia dentro del plazo del compromiso, el árbitro estará facultado para dictar las providencias pertinentes respecto de los recursos que ante él se interpusieren aunque haya vencido el plazo del compromiso (Art. 235 inc. 4º del C.O.T.).

Con motivo de la dictación de una resolución por el árbitro de derecho procede el recurso de queja si en ella se haya incurrido en flagrante falta o abuso, siendo competente en única instancia la Corte de Apelaciones del territorio jurisdiccional en que se haya desarrollado el compromiso para conocer de él conforme a lo establecido en la letra b) del N° 2 del artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales, modificado por la Ley 19.374.

### **7. Cumplimiento de la sentencia dictada por un árbitro de derecho.**

Tratándose de las sentencias definitivas pronunciadas por árbitros es menester tener presente que "el art. 635 del C.P.C. autoriza para ocurrir al árbitro que la dictó si no está vencido el plazo por

que fue nombrado o al tribunal ordinario correspondiente a elección del demandante, con el objeto de obtener el cumplimiento de la sentencia. Pero si ese cumplimiento exige procedimientos de apremios o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte del compromiso, deberá acudir a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.

“Se afirma, por ello, que el árbitro tiene una jurisdicción limitada, desprovista de imperio, por lo cual carece de competencia para dictar mandamientos de ejecución.

“En consecuencia, la sentencia arbitral firme o que causa ejecutoria tiene mérito ejecutivo, pero no ante el árbitro que la pronunció, sino ante el juez ordinario que corresponde.”<sup>225</sup>

### **3º. EL PROCEDIMIENTO ANTE LOS ÁRBITROS ARBITRADORES.**

#### **1. Procedimiento.**

**En primer lugar**, es menester tener presente que respecto de los árbitros arbitradores el legislador ha dado primacía a la aplicación del principio formativo del procedimiento del orden consecutivo convencional, puesto que ellos deben someterse para la tramitación del asunto al procedimiento que las partes hubieren establecido en el acto del compromiso.

Al efecto se establece que los árbitros arbitradores no están obligados a guardar en sus procedimientos y en sus fallos otras reglas que las **partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso** (Art. 636 inc. 1º C.P.C.).

En consecuencia, el árbitro arbitrador debe tramitar la causa de acuerdo con el procedimiento que las partes le hubieren fijado en el acto del compromiso.

**En segundo lugar**, ante la falta de fijación de un procedimiento al arbitrador por las partes en el acto del compromiso, debe aplicarse las normas mínimas de procedimiento establecidas en el Párrafo 2º del Título VIII del Libro III del C.P.C.

Este procedimiento que establece el legislador ante la falta de regulación de él por las partes, consiste en lo siguiente:

#### **a. El árbitro arbitrador debe oír a todas las partes.**

El artículo 637 establece que el arbitrador oír a los interesados; cumpliéndose con ello dentro del proceso con el principio de bilateralidad de la audiencia.

El árbitro arbitrador puede oír a los interesados por separado si no es posible reunirlos (Art 637 inc. final).

#### **b. El árbitro arbitrador debe recibir y agregar al proceso los instrumentos que las partes le presenten.**

El único trámite que se contempla con el carácter de esencial y obligatorio en relación con la prueba consiste de acuerdo a lo prescrito en el artículo 637 del CPC en "recibir y agregar al proceso los instrumentos que le presenten".

Facultativamente, el árbitro arbitrador puede "practicar las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos" de acuerdo a lo previsto en el artículo 637 del CPC, y "si cree

<sup>225</sup> Hugo Pereira A. Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I Derecho Procesal Orgánico. Páginas 399 y 400. Editorial Jurídica Conosur. Septiembre 1993.

necesario recibir la causa a prueba, decreta este trámite" conforme a lo establecido en el artículo 638.

En todo caso, es menester tener presente que al árbitro arbitrador se le aplican las normas sobre apremio de los testigos y de las diligencias fuera del lugar del juicio mencionadas en los párrafos b. 3 y b. 4 conforme a lo establecido en el inciso final del artículo 638 del CPC.

## **2. Para los árbitros arbitradores es facultativo designar un actuario.**

Al efecto, el artículo 639 del C.P.C. establece que "el arbitrado practicará sólo o con la asistencia de un ministro de fe, **según lo estime conveniente**, los actos de substanciación que decrete en el juicio, y consignará por escrito los hechos que pasen ante él y cuyo testimonio le exijan los interesados, si son necesarios para el fallo. "

En consecuencia, los arbitradores pueden actuar solos si lo estiman conveniente, sin necesidad de designar actuario.

En todo caso, tratándose de la sentencia definitiva del arbitrador, ella debe ser autorizada por un ministro de fe o por dos testigos en su defecto de acuerdo a lo establecido en el inciso final del artículo 640 del CPC.

Las diligencias probatorias concernientes al juicio del compromiso que se practiquen ante los tribunales ordinarios se someterán a las reglas establecidas para éstos. (Art. 639 inc. Final del CPC).

## **3. La sentencia del árbitro arbitrador.**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 637 del CPC, el árbitro arbitrador debe dar su fallo en el sentido que la prudencia y equidad le dicten.

El legislador teniendo presente que el arbitrador no debe fallar de acuerdo a derecho, sino que según su prudencia y la equidad, ha modificado los requisitos que debe contener la sentencia definitiva.

Al efecto, el artículo 640 del CPC establece que "la sentencia del arbitrador contendrá:

- 1°. La designación de las partes litigantes
- 2°. La enunciación breve de las peticiones sometidas por el demandante
- 3°. La misma enunciación de la defensa alegada por el demandado
- 4°. Las razones de prudencia o de equidad que le sirven de fundamento a la sentencia; y
- 5°. La decisión del asunto controvertido.

La sentencia expresará, además, la fecha y el lugar en que se expide; llevará al pie la firma del arbitrador, y será autorizada por un ministro de fe o por dos testigos en su defecto. "

## **4. Dictación de la sentencia en caso de existir pluralidad de árbitros.**

Si los árbitros arbitradores son dos o más, todos ellos deberán concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier acto de substanciación del juicio, a menos que las partes acuerden otra cosa.

No poniéndose de acuerdo los árbitros, se reunirá con ellos el tercero si lo hay y la mayoría pronunciará resolución.



No pudiéndose obtener mayoría en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra clase de resoluciones, quedará sin efecto el compromiso si no puede deducirse apelación. Habiendo lugar a este recurso, se elevarán los antecedentes a los arbitradores de segunda instancia para que resuelvan como estimen conveniente sobre la cuestión que motiva el desacuerdo. (Art. 642 del CPC).

## 5. Recursos.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 239 del C.O.T. y 642 del C. P. C, contra una sentencia de un árbitro arbitrador sólo habrá lugar al **recurso de apelación** cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresan que se reservan ese recurso ante árbitros del mismo carácter y designen las personas que han de desempeñar el cargo.

En consecuencia, en contra de la sentencia dictada por un árbitro arbitrador de primera instancia sólo procede el **recurso de apelación** cuando se haya reservado ese recurso en el compromiso ante árbitros arbitradores de segunda instancia, designándose ellos en el acto del compromiso, debiendo en tal caso interponerse el recurso ante el mismo arbitrador que dictó la sentencia de primera instancia para ser resuelto por los árbitros arbitradores designados para la segunda instancia.

**El recurso de casación en la forma** procede en contra de la sentencia dictada por árbitros arbitradores (Art. 239 del C.O.T.), aplicándose a su respecto las reglas generales contenidas en el Libro III del Código de Procedimiento Civil.

En todo caso, debe tenerse presente que según lo establecido en el artículo 796 del CPC, en los juicios seguidos ante árbitros arbitradores, son trámites esenciales los que las partes expresen en el acto del compromiso, y, si nada han expresado acerca de esto, sólo los comprendidos en los números 1 (el emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley) y 4 (la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan) del artículo 795 del CPC.

Finalmente, de acuerdo a lo resuelto acertadamente por nuestra Excma. Corte Suprema, la renuncia que las partes hagan de los recursos no comprende al recurso de casación en la forma por las causales de incompetencia y ultrapetita y al recurso de queja.

El **recurso de casación en el fondo** no procederá en caso alguno en contra de las sentencias de los arbitradores de acuerdo a lo establecido en el inciso 2 del artículo 239 del C.O.T.

Debemos tener presente que si el árbitro ha dictado la sentencia dentro del plazo del compromiso, el árbitro estará facultado para dictar las providencias pertinentes respecto de los recursos que ante él se interpusieren aunque haya vencido el plazo del compromiso (Art. 235 inc. 4º del C.O.T.).

También procede con motivo de la dictación de una resolución por el árbitro arbitrador el recurso de queja, si en ella se ha incurrido en flagrante falta o abuso, siendo competente en única instancia la Corte de Apelaciones del territorio jurisdiccional en que se haya desarrollado el compromiso para conocer de él conforme a lo establecido en la letra b) del N° 2 del artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales, modificado por la Ley 19.374.

## 6. Cumplimiento de la sentencia dictada por un árbitro arbitrador.

Tratándose de la ejecución de las sentencias pronunciadas por árbitros arbitradores el artículo 643 del C.P.C. hace aplicables las normas contenidas en el artículo 645 respecto de los árbitros de derecho, por lo que nos remitimos a lo ya señalado a su respecto.