



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA INSTITUCIÓN  
ARBITRAL Y EL ARBITRAJE FORZOSO COMO UNA FIGURA  
CONTRADICTORIA**

SEBASTIÁN RAMÍREZ DÍAZ

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae  
para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Cristian Ramírez Tagle

Santiago, Chile

2014

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO PRIMERO: EL ARBITRAJE .....	5
1. Antecedentes del arbitraje.....	5
1.1. Origen y fundamentos. ....	6
1.2. Origen en la legislación nacional. ....	12
2. Concepto de arbitraje.....	15
3. Naturaleza jurídica del arbitraje.....	17
3.1. Teoría Jurisdiccional.....	18
3.2. Teoría Contractualista. ....	20
3.3. Teoría Ecléctica. ....	21
3.4. Nuestra posición y críticas a las tesis anteriores.....	23
4. Características del arbitraje. ....	25
5. Clasificación del arbitraje. ....	27
CAPÍTULO SEGUNDO: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ARBITRAJE .....	29
1. Fundamentos.....	29
2. Concepto y elementos.....	31
3. Reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico. ....	34
3. Límites a la autonomía de la voluntad .....	39
3.1. La Ley.....	39
3.1. La moral y las buenas costumbres. ....	41
3.2. El Orden Público. ....	41
3.3. Legítimos derechos de terceros. ....	43
4. Límites a la autonomía de la voluntad en el arbitraje. ....	45

5. Rol en la Institución arbitral. ....	47
5.1 El Acuerdo Arbitral. ....	53
5.1.1. Concepto. ....	54
5.1.2. Requisitos del acuerdo arbitral. ....	55
5.1.3. Funciones del Acuerdo Arbitral. ....	56
5.2. Independencia del Acuerdo Arbitral. ....	57
5.3. La autonomía del árbitro para conocer de su competencia. ....	58
5.4. La autonomía del árbitro en su accionar. ....	60
<b>CAPÍTULO TERCERO: EL ARBITRAJE FORZOSO Y SUS PRINCIPALES ASPECTOS CONTRADICTORIOS Y CONFLICTIVOS</b> .....	<b>64</b>
1. Concepto. ....	64
2. Características. ....	64
3. Materias de arbitraje forzoso. ....	66
4. Efectos. ....	70
5. Aspectos contradictorios y conflictivos. ....	71
5.1. Autonomía de la voluntad. ....	73
5.1.1. Libertad para contratar. ....	75
5.1.2. Libertad contractual. ....	76
5.1.3. Convenio arbitral. ....	76
5.1.4. Competencia. ....	77
5.1.5. Arbitrabilidad. ....	78
5.2. Inconstitucionalidad del arbitraje forzoso. ....	80
5.2.1. Libertad. ....	81
5.2.2. Igualdad ante la ley. ....	82
5.2.3. Tutela judicial efectiva. ....	84

CONCLUSIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA .....	92
ANEXO.....	98

## **INTRODUCCIÓN**

El desarrollo de las tecnologías y comunicaciones en el mundo y en general en el comercio desemboca en una serie de relaciones complejas de toda índole entre las personas, entre personas y empresas, entre estos con el Estado y aún más entre los mismos Estados que produce, como es normal, una serie de conflictos que deben ser resueltos. Existen dos grandes vías que permiten soslayar tales diferencias, la autocomposición y la heterocomposición. Mediante la primera, las partes resuelven sus conflictos por iniciativa propia, es decir, son ellas mismas las que a través de procesos de negociación arriban a una solución pacífica. Sin embargo, esta vía es la menos utilizada en la actualidad y su razón radica básicamente en que cuando nace un conflicto se produce un quiebre entre las partes producto de relaciones de confianza, seguridad, afectividad, etc. lo que hace difícil que puedan llegar a algún acuerdo, de ahí la necesidad de un tercero imparcial que resuelva dicho conflicto. Precisamente aquí surge la institución del arbitraje, la cual se presenta como un método alternativo de resolución de conflictos en donde un juez denominado árbitro resuelve los conflictos que las partes de manera voluntaria deciden someter a su conocimiento ya sea antes de nacer la controversia o bien, una vez que esta ya surgió.

Sin duda el arbitraje presenta una serie de beneficios y ventajas dentro de los cuales podemos mencionar principalmente su menor costo, mayor nivel de especialización y celeridad frente a una justicia estatal que se ha quedado estancada en el sentido contrario. Como señalamos anteriormente se trata de un método alternativo y no de un tipo de tribunal especial como arguye cierto sector de la doctrina nacional, por este motivo es que el principio de la autonomía de la voluntad tiene especial relevancia,

este es la piedra angular del arbitraje, lo inunda de principio a fin y su fundamento se encuentra en la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce como un derecho natural del hombre mediante la cual este es capaz de resolver conflictos que digan relación con derechos que miren a su interés particular de la forma que mejor le plazca sin afectar a terceros.

Sin embargo esta idea el legislador no la ha tenido tan presente como elemento fundamental del arbitraje razón por la cual se ha incurrido en graves imprecisiones y errores al regular esta institución. Si bien las normas sobre arbitraje actuales datan de finales del siglo XIX, época en que dicha figura encontraba escaso desarrollo y conocimiento en el derecho nacional resulta insostenible e impresentable, a más de 135 años, que no se hayan modificado las normas contenidas en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Civil que regulan el arbitraje interno en Chile. El nulo desarrollo legislativo en la materia ha permitido que las deficiencias originales se mantengan inalterables. Tales deficiencias dicen relación fundamentalmente con la falta de un concepto claro que contenga los elementos y principales características y efectos del arbitraje, la discusión sobre si el árbitro es o no juez integrante del Poder Judicial, acerca de si el árbitro tiene facultad para conocer de su propia competencia, el alto número de recursos procedentes en contra del laudo... etc. Entre una de las numerosas deficiencias nos encontramos con la figura del arbitraje forzoso u obligatorio. Se encuentra en el artículo 227 del COT en el cual se establece que ciertas materias o asuntos –sin existir mayor fundamento jurídico alguno- deben ser resueltas única y exclusivamente a través de arbitraje.

Esto último pugna con el principio rector en materia de arbitraje como lo es la autonomía de la voluntad, en este sentido lo que ha hecho el

legislador es crear una figura contradictoria con el arbitraje mismo y que presenta aspectos de inconstitucionalidad ya que obliga a las partes en conflicto a someterse a una justicia privada distinta a la estatal con todas las consecuencias que de ello derivan. Esto ha sucedido en gran medida por el desconocimiento que se ha tenido de esta institución fundamentalmente derivado del origen, características y objetivos del arbitraje, hechos que desembocan en una posición respecto a su naturaleza jurídica (jurisdiccional) que actualmente ha sido desechada en forma unánime por la doctrina especializada.

El presente trabajo, en consecuencia, tiene por objeto demostrar que el eje sobre el cual discurre el procedimiento arbitral es la autonomía de la voluntad por cuanto con ese fin nació esta institución, de ahí su característica de medio alternativo de resolución de conflictos (MARC) y que el arbitraje forzoso u obligatorio, se presenta como una figura que vulnera este principio rector, el arbitraje en sí y que aún más tiene consecuencias inconstitucionales a juicio de este autor. En tal orden de ideas es que esta investigación se divide en tres capítulos en los cuales el primero tiene por objeto introducir al lector en la institución arbitral, antecedentes, concepto, naturaleza jurídica y características fundamentales. En el segundo capítulo se exponen los fundamentos del principio de la autonomía de la voluntad demostrando que no sólo es principio rector del arbitraje sino de nuestro ordenamiento jurídico y se analiza el rol que cumple este en el arbitraje. Finalmente, el capítulo tres se centra en el arbitraje forzoso y en las principales consecuencias que de su establecimiento se derivan.

A lo largo de los tres capítulos esta Memoria se plasma la visión de este autor teniendo en habida consideración en todo momento la dualidad

existente, en nuestro país, entre arbitraje interno v/s externo, razón por la que en variadas ocasiones se cita la Ley 19.971 (LACI) realizada en base a la Ley Modelo de la CNUDMI que esperamos sirva de ejemplo a futuras modificaciones en el ámbito doméstico. He de esperar que este trabajo sea un aporte en materia de arbitraje y sirva para introducir en un tema que cada día adquiere mayor relevancia en Chile y que esperamos, más temprano que tarde, cambie en sintonía con las exigencias del mundo moderno.



## **CAPÍTULO PRIMERO: EL ARBITRAJE**

### **1. Antecedentes del arbitraje.**

El exponer en forma sistemática los antecedentes del arbitraje desde sus inicios hasta la actualidad no es trivial. Resulta indispensable el hacer un recorrido de la historia y específicamente de la evolución de la institución arbitral para poder entender cuáles resultan ser los fundamentos que le dan vida. De esta forma se observará que la autonomía de la voluntad constituye la esencia y fundamento de la institución arbitral por cuanto para poner en acción este sistema es indispensable que las partes decidan voluntariamente someterse al mismo con el objeto de que se resuelvan sus disputas. Lo anterior por cuanto se trata de derechos disponibles por las partes. A lo largo de la historia no se verán casos en que se sometan a arbitraje materias que comprometan el interés público por cuanto alteraría el orden social imperante.

Por tanto los siguientes párrafos no tiene como objetivo hacer una simple exposición de datos históricos relevantes sino comprender el cómo, por qué y para qué nació el arbitraje. Al analizar cualquier institución del derecho resulta primordial verificar la función que esta cumple en la cotidianidad, pues esta será la que determine su existencia, su razón de ser y en definitiva sus principios rectores.

Con esta última consideración en vista es que a continuación se expondrán los orígenes y fundamentos del arbitraje, principalmente en aquellas sociedades que tienen especial influencia en la legislación

nacional como son el derecho romano, más tarde en el derecho español y un movimiento de gran impacto mundial como fue la Revolución francesa para finalmente aterrizar en la evolución interna que ha presentado esta institución.

### **1.1. Origen y fundamentos.**

En la época primitiva en que el hombre era eminentemente nómada y donde la supervivencia se alzaba como el mayor objetivo existencial, la justicia se encontraba determinada por la ley del más fuerte<sup>1</sup>, es decir, por aquella norma en donde la venganza privada es el medio de solución de conflictos. Más tarde, al evolucionar el hombre comienza a vivir en grupos, formando así comunidades de personas que se unían en pro de una subsistencia común en base a ayuda y protección mutua, en esta etapa surge la figura del tercero compondor al cual los sujetos acuden de forma voluntaria el cual, por sus características -honor, moral, confianza, rectitud, liderazgo, etc.- resolvía un conflicto en base a la prudencia y cuyo dictamen no se podía imponer obligatoriamente pues las partes se comprometían previamente a acatarlo. Aquí no existe distinción alguna entre materia civil o penal por lo que la acción persigue lo más simple, la reparación del daño causado.

Más tarde en la Grecia Antigua se cuentan relatos en los cuales aparece la figura del arbitraje en donde los conflictos entre héroes mitológicos eran resueltos por terceros que ellos mismos designaban, famoso es el relato que cuenta que París fue designado para que decidiera sobre la belleza de Venus, Juno y Minerva. Sin embargo, en época antigua

---

<sup>1</sup> M. Schilling Fuenzalida. Métodos alternativos de resolución de conflictos, Santiago, 1999, p. 22.

solo vemos pequeños esbozos de lo que más tarde nacería como arbitraje, lo que si nos queda claro es que el arbitraje nace previo a la formación del Estado, que su más elemental característica es el acuerdo voluntario entre ofensor y ofendido y que por lo mismo lo que resuelva el tercero compondor no puede ejecutarse coercitivamente ya que la esencia de este sistema es que existe la voluntad entre las partes quienes se comprometen a acatar lo resuelto. De esta forma, es en la civilización romana en la cual podemos advertir claramente la configuración del arbitraje, pues es aquí donde de una simple costumbre o uso pasa a ser una norma jurídica propiamente tal.

En el Derecho Romano, en cuyo lugar se dice por la doctrina mayoritaria tiene su origen esta institución<sup>2</sup>, el tercero que resolvía el asunto en conflicto era el paterfamilias o jefe del grupo familiar, sin embargo con el paso del tiempo la población creció a tal punto que se hizo necesario un sistema público ordinario y común a todos los ciudadanos diferenciándose así del antiguo sistema arbitral el cual no desapareció sino por el contrario fue establecido como un sistema privado y voluntario<sup>3</sup> que ofrecía la ventaja de que las propias partes en litigio podían determinar las materias a resolverse en el proceso.

Suma importancia tiene la Ley de las XII Tablas las cuales según Tito Livio fueron la fuente de todo el derecho romano y aunque no se tenga prueba material de su existencia numerosos historiadores antiguos fueron los que permitieron que hoy se tenga conocimiento de su contenido. Así, se sabe que las tres primeras Tablas tienen un contenido de derecho procesal

---

<sup>2</sup> M. Castillo Freyre, Orígenes del arbitraje, Lima, 2004, p. 2, disponible en <http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin>

<sup>3</sup> M. Schilling Fuenzalida. op. cit. p. 23.

privado que regula el procedimiento de las acciones de la ley, acciones judiciales que podían ejercer los ciudadanos romanos en defensa de sus derechos. Las acciones de la ley a saber eran cuatro inicialmente: dos declarativas y dos ejecutivas, una de estas se denominaba *postulatio iudicis* (acción por petición de un juez o un árbitro) se caracterizaban por contemplar un proceso iniciado antes los pontífices. Más tarde ante un magistrado -quien se encargaba de mediar la contienda entre las partes ayudando a determinar un juez privado- y por último ante un juez.

La intervención del poder público era prácticamente inexistente. El pretor era el magistrado que presidía el proceso, encauzándolo y fijando la controversia, pero el juez que dictaba sentencia era un ciudadano elegido de común acuerdo por las partes.

Existían tres figuras cercanas al arbitraje: el *iudex*, el *arbiter* y el *arbiter ex compromisso*<sup>4</sup>. Ésta última, es la que procedía del arbitraje propiamente tal dado que no requería para su configuración de ninguna autoridad pública. De cualquier forma, la circunstancia que determinaba el que las partes acudiesen, tanto al *iudex*, al *arbiter*, como al *arbiter ex compromisso* era la existencia de un "conflicto" entre aquellas. En cuanto a las materias, se sometían al *arbiter ex compromisso* preferentemente los procesos que requerían de una ponderación mayor, así como las cuestiones que perteneciendo al *ius civile* necesitaban para ser resueltas que se dejara, a aquella persona destinada a decidir las, una más amplia libertad de apreciación. Dichas cuestiones se referían a: la división de una

---

<sup>4</sup> M. F. Vásquez Palma. *La Arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno*, Talca, 2006, p. 4.

comunidad familiar, la división de una cosa común, la asignación de partes en una cosa o comunidad patrimonial.

Evoluciona notablemente en la Edad Media el arbitraje ya que se generan una serie de condiciones, principalmente relativas al orden político, económico y cultural, que permiten su desarrollo. El Estado no gozaba de estabilidad y las autoridades públicas no eran respaldadas por la ciudadanía por lo que su autoridad era escasa. Por consiguiente, se mantuvo el sistema arbitral basado en la autonomía de la voluntad situación que se daba especialmente en los conflictos entre burgueses, artesanos y comerciantes quienes buscaban resolver sus diferencias al interior de los gremios o corporaciones debido a la efectividad y rapidez de estos tribunales. Lo relevante en esta etapa es que la sentencia dictada por el árbitro –laudo- se homologa, a través de un procedimiento normado ante el juez para que esta tenga el carácter ejecutivo<sup>5</sup>.

En Las Partidas de Alfonso X El Sabio<sup>6</sup>, se establecen precisiones en cuanto a las materias arbitrables. En este sentido, en ellas se estableció que no podían someterse a arbitraje los delitos que merecían pena corporal, como muerte, mutilación, escarmiento, o destierro, razón por la cual no todos los delitos estaban excluidos del arbitraje, sino que era la pena aparejada la que constituía un criterio selectivo. El resto de los casos que se excluían del arbitraje, eran aquellos que requerían de imperium, del que carecían los árbitros –al igual que en nuestros tiempos- sin embargo, otros que merecían penas pecuniarias, como los de injurias y calumnias sí podían someterse a arbitraje, ya que en ellos no se perjudicaba a la comunidad.

---

<sup>5</sup> M. Schilling. op. cit. p. 26.

<sup>6</sup> A. Rey de Castilla y de León, Las siete partidas, Santiago, 1982, p. 156.

Así las cosas, tampoco eran arbitrables en esta época, las causas relativas al estado de libertad o servidumbres<sup>7</sup>, ya que, aunque eran de interés privado, ejercían una gran influencia en la armonía social; las contiendas sobre casamiento en cuanto a la nulidad y separación ya que, al tratarse de un sacramento, no podía decidirse sobre el mismo a través de una jurisdicción privada; y también estaban excluidas las causas que tenían por objeto bienes comunales, a menos que la mayoría de los comuneros estuviere de acuerdo en comprometer, nombrando para ello una persona para dicho fin.

A partir del siglo XIII se unifica el derecho y se termina con la situación en la cual debido a la insuficiencia de normas municipales imperantes en la época se recurría al monarca quien decidía proponía soluciones acorde al Derecho Común. En las cortes de Alcalá, se aprueba un ordenamiento que establece en forma inequívoca la supremacía del Derecho General sobre los ordenamientos municipales, es el llamado "Ordenamiento de Alcalá de 1348". Este fija un orden de prelación de fuentes, aplicándose en primer lugar el propio Ordenamiento de Alcalá, luego los Fueros municipales y en tercer lugar Las Partidas. En defecto de lo anterior, los jueces debían recurrir al rey para que este corrigiese, interprete o resuelva posibles contradicciones.

La Revolución Francesa de 1789 es fundamental en el arbitraje moderno, al mirarse como un remedio eficaz contra los abusos, retrasos y gastos de la justicia, institución que se considera está en perfecta armonía

---

<sup>7</sup> Entiéndase por servidumbre no el significado que la da el código civil actual, gravamen de un predio a favor de otro predio, sino a la relación de vasallaje entre amo y esclavo.

con los principios republicanos y libertades que defendía el movimiento inspirado, en parte, en el contrato social de Rousseau.

En 1789 con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se consagran principios como el de la libertad y la igualdad ante la justicia terminando de esta forma con las desigualdades existentes entre nobles y villanos surgiendo el arbitraje como una alternativa más transparente frente a la justicia del antiguo régimen. Los particulares podían someter a arbitraje cualquier materia que perteneciera al interés privado, es el denominado compromiso, el cual fue reconocido por la Asamblea Constituyente de 1790 como la facultad de someterse a arbitraje voluntariamente:

“El arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos”<sup>8</sup>. Aún más en el año 1791 la Constitución de similar fecha reconoció como Derecho Natural el derecho a comprometerse de manera tal que este no podía ser restringido o disminuido por el Legislativo.

Posteriormente es en materia de comercio internacional donde el arbitraje ha alcanzado su máximo desarrollo producto de su aplicación cada vez más utilizada por los Estado como medio de resolución de conflictos. Entre los textos más relevantes se encuentra la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1966, las Convenciones de Ginebra de 1923 y 1927 sobre ejecución de laudos extranjeros, la Convención de

---

<sup>8</sup> M. Castillo Freyre. op. cit. p. 14.

New York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, el Convenio de Washington de 1965 sobre solución de controversias en materia de inversión, y la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 aprobada hace unos años en Chile, específicamente el año 2004 bajo el título de Ley de arbitraje comercial internacional, textos en los cuales se plasma la autonomía de la voluntad como eje fundamental de la institución.

## **1.2. Origen en la legislación nacional.**

Hemos visto que las Partidas tienen gran influencia en nuestra legislación, en particular en lo referido al arbitraje. El origen del arbitraje como tal lo podemos observar en la Constitución de 1923, adelantamos que en ese entonces se establecieron los denominados “Juicios prácticos”, que a nuestro juicio constituyeron la fuente más directa de la actual legislación en la materia. Existen, sin embargo autores que señalan como antecedentes del arbitraje de nuestros días otras figuras distintas a los juicios prácticos<sup>9</sup>, sin embargo dichas figuras son antecedentes de otro mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

A continuación veremos las distintas normas que dan origen a la actual legislación relativo al arbitraje en Chile, en una especie de estudio de títulos llegaremos hasta la Constitución de 1923 que, como hemos mencionado, creemos es la fuente directa de la institución arbitral en Chile, norma elaborada por Mariano Egaña que establecía en el Título XVI los llamados Juicios prácticos. Sin embargo, nos referiremos ahora al Título XV a propósito De los jueces de conciliación para demostrar que efectivamente

---

<sup>9</sup> P. Aylwin Azócar. El Juicio Arbitral, Santiago, 1995, p. 74.



es esta Carta fundamental la que regula en primer término lo que evolucionará en el Arbitraje tal y como lo conocemos.

El objeto de estos jueces de conciliación según reza el artículo 169 era “oír la solicitud de las partes con los justificativos que basten a dar alguna noción del asunto y excitar o proponer medios de conciliación, instruyéndolas de sus derechos”<sup>10</sup>, vemos que justamente estos jueces hacen las veces de mediadores, no se trata de arbitraje sino de mediación. Aún más, actualmente existen casos, en particular en el derecho de familia, en donde constituye requisito de admisibilidad el haber acudido a Mediación y una vez que no se pueda superar el conflicto, esto es, quede frustrada, entonces, se podrá acudir a los tribunales de familia para que estos resuelvan el asunto. Precisamente el artículo 167 de la Carta en comento señalaba: “Ninguno puede presentarse a los tribunales ordinarios con demanda judicial, sin haber ocurrido a los de conciliación.”<sup>11</sup>

El año 1822 se aprobó y promulgó la Constitución escrita por don José Antonio Rodríguez Aldea, la cual establecía el antecedente inmediato de los Jueces de Conciliación. Estos se encontraban regulados en el Capítulo III bajo la denominación de los Jueces de Paz. El art. 191 establecía: “Será su instituto conciliar y componer a los litigantes, y, no pudiéndolo conseguir, procurarán se comprometan en hombres buenos: nunca decidirán definitivamente, y suscribirán con las partes el resultado de la conferencia.”<sup>12</sup> Claramente se trata nuevamente de un antecedente de la Mediación y no de arbitraje. Esta Constitución sólo contiene los jueces de paz, es decir, no contiene el título referido a los juicios prácticos de la

---

<sup>10</sup> Constitución de 1823, disponible en <http://www.bcn.cl>

<sup>11</sup> Id.

<sup>12</sup> Constitución de 1822, disponible en <http://www.bcn.cl>

Constitución de 1823 así como tampoco la anterior Carta de 1818, por lo que dicha figura nace el año 1823. Es por esto que sostenemos que la fuente directa del arbitraje se encuentra en el año 1823 y no en Cartas anteriores como sostienen otros autores ya que anterior a dicho año se regula la fuente de otra figura que es la Mediación.

La Constitución de 1823 se refería en cuatro artículos a los juicios prácticos a propósito de conflictos sobre deslindes, direcciones, localidades, giros de aguas, internaciones, pertenencias de minas y demás objetos que requerían de conocimientos locales para resolver dichas disputas. Se observa la alusión a conocimientos locales, lo que en la actualidad se aplica en el arbitraje ya que se recurre a esta institución, especialmente en materia comercial dada la complejidad de dichas materias, respecto de las cuales se requieren conocimientos específicos. El art. 177 permitía que estos jueces fueran nombrados por las mismas partes a su satisfacción, característica fundamental del arbitraje. El art. 178 señala que se les puede dar carácter de arbitradores, sin embargo no define ni explica que se entiende por ello ni cual otro carácter podría tener el juez. Finalmente se hace referencia a dos elementos distintivos y únicos del arbitraje como es el laudo arbitral, aquella resolución dictada por el juez árbitro para dirimir la controversia y a la ausencia de imperium del árbitro, esto es, la incapacidad para hacer ejecutar de forma coercitiva dicho laudo. El art. 179 señalaba textualmente lo siguiente: “Ellos mismos harán cumplir sus sentencias, auxiliados por el jefe político.”<sup>13</sup>

Posteriormente las Constituciones de 1828 y 1833 eliminan tanto lo relativo a los Jueces de conciliación como a los Juicios prácticos. Es en el año 1875 cuando se promulga la norma especial que debía dictarse según el art. 114 de la Constitución de 1833 que determina la organización y

---

<sup>13</sup> Constitución. op. cit.

atribución de los tribunales, esta es la denominada Ley de organización y atribuciones de los Tribunales de Chile que establece en el Título XI: “De los jueces árbitros” (art. 172-191) y que más tarde, en el año 1943, sirve de base para el actual Código Orgánico de Tribunales.

## **2. Concepto de arbitraje.**

El artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales establece: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso.”<sup>14</sup> La definición anterior proviene precisamente del artículo que encabeza el Título IX De Los Jueces Árbitros, en consecuencia no otorga un concepto de arbitraje sino de las personas encargadas de llevar adelante el procedimiento arbitral. Lo que sí podemos observar de la definición en comento es el carácter privado por el cual se inclina el legislador, en este sentido se aprecia una inclinación hacia la teoría privatista respecto de la naturaleza jurídica del arbitraje<sup>15</sup>. Esta norma es la única en la legislación interna que intente acercarse hacia un concepto en cuanto a arbitraje se refiere, razón por la que debemos recurrir a la doctrina para llenar este vacío.

Patricio Aylwin lo define como el juicio al que las partes concurren de común acuerdo o por voluntad del legislador, y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en

---

<sup>14</sup> Código Orgánico de Tribunales.

<sup>15</sup> R. Sandoval López, Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional, análisis de la ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional, Santiago, 2005, p. 88.

subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones. Es fácil inferir que el destacado jurista se inclinó por una concepción que veía el arbitraje como un juicio cuya naturaleza jurídica era jurisdiccional<sup>16</sup>. Roque J. Caivano señala que es una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la que se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto<sup>17</sup>. Lo cierto es que una definición más moderna de arbitraje debiera comenzar por establecer que se trata de un método alternativo mediante el cual se resuelven, por un juez designado para ello por las partes, conflictos derivados de derechos de libre disposición mediante decisión con autoridad de cosa juzgada.

Veremos a continuación lo relativo a una larga discusión que se mantuvo entre los juristas a propósito de la naturaleza jurídica del arbitraje. Como mencionamos en los párrafos precedentes existen autores que se inclinan por un concepto jurisdiccional, otros por uno privatista y algunos por una fusión de ambos dando énfasis de esta forma en diferentes características del instituto, sin embargo esta discusión en la actualidad prácticamente no tiene cabida pues, como abordaremos de forma sucinta, la tendencia moderna especializada se inclina por una teoría totalmente distinta a las ya mencionadas atendida, precisamente, a las características particulares que presente el arbitraje en su conjunto.

---

<sup>16</sup> P. Aylwin. op. cit. p. 41.

<sup>17</sup> R. J. Caivano, Arbitraje., Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos, Buenos Aires, 1992, p. 48-49.

### **3. Naturaleza jurídica del arbitraje.**

Para entender la institución arbitral y como ésta funciona debemos previamente realizar un análisis que nos permita vislumbrar a qué ámbito del derecho pertenece ya que una vez entendido el origen mismo del arbitraje podremos identificar claramente cuales son aquellos principios y características fundamentales en su funcionamiento. Esto último resulta un tema no menor a tratar pues según la posición que adoptemos derivarán importantes consecuencias para su normativización en nuestro sistema y para su aplicación práctica.

Este ha sido uno de los principales temas de discusión entre la doctrina especializada respecto al cual aún no existe pleno consenso, basta con señalar que en vez de acuerdo sobre una o dos teorías se han ido postulando otras tantas con lo que claramente nos plantea algo totalmente claro y cierto y es que el tema es ampliamente discutible por lo que a continuación nos limitaremos a exponer los principales postulados y doctrinas.

Existen dos teorías las cuales se han manifestado a lo largo de la historia como las principales en esta materia, ellas son la teoría jurisdiccional y contractualista del arbitraje, a su vez, tenemos una tercera teoría la cual deriva de las dos primeras y que intenta fusionar ambos conceptos, en derecho comúnmente se les denomina ecléctica o mixta en un tenor más natural.

### 3.1. Teoría Jurisdiccional.

Entiende que la institución arbitral tiene un carácter eminentemente jurisdiccional por cuanto lo conforma un juez denominado árbitro quien resuelve un determinado asunto sometido a su conocimiento por las partes de manera voluntaria generalmente, en este sentido al resolver un conflicto lo que hace el árbitro no es más que administrar justicia al caso concreto razón por la cual un sector de la doctrina estima que el juicio arbitral es un tribunal al cual la ley reconoce atribuciones jurisdiccionales. Citando a uno de los autores más respetados en el tema:

“ El juicio arbitral importa una jurisdicción extraordinaria de carácter público. La función de administrar justicia la ha reservado el Estado para sí: no la tienen los particulares. Éstos, por sí solos, no pueden otorgar a nadie el poder de juzgar un litigio, puesto que ellos mismos carecen de dicho poder. ”<sup>18</sup>

Corresponde a una importante crítica a la teoría contractual en sentido de que esta no basta para explicar el origen de las funciones jurisdiccionales del árbitro derivado de un simple acuerdo de voluntades<sup>19</sup>. En concordancia con la crítica anterior se encuentra que las partes solo intervienen en la creación o configuración del juicio arbitral, evidentemente se requiere de acuerdo de voluntades que decidan someter el asunto en conflicto a un tercero, sin embargo este impulso es simplemente eso, un impulso ya que una vez que se crea el procedimiento arbitral las partes no tienen mayor relevancia en su desarrollo pues eso dependerá del árbitro que se haya designado para tal efecto. En consecuencia lo que existe no

---

<sup>18</sup> P. Aylwin Azócar. op. cit., p. 42.

<sup>19</sup> F. Cordón Moreno. Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas, Madrid, 2010, p. 41.

es más que una relación jurídica privada a través de la cual el árbitro se obliga a cumplir con su encargo y las partes a pagarle una remuneración por el mismo lo que implica que el contrato en el cual se pacta el convenio arbitral es totalmente ajeno a la función que cumple la institución.

De esta forma, si se entiende el carácter jurisdiccional se entiende a su vez la función pública de la institución dado que el único facultado para ejercerla (en una república democrática) es el Estado a través del Poder Judicial<sup>20</sup> por lo que no pueden existir comisiones especiales distintas a la estatal producto de lo cual es la ley la que reconoce el valor al juicio arbitral<sup>21</sup>. En consecuencia se deja de lado la teoría contractualista en donde el árbitro es un juez privado ya que por el hecho de aplicar el derecho lo que hace es justicia por lo que pasa a ser un funcionario público cuyo poder tiene su origen en el Estado y este a la vez en el pueblo. Lo anterior no es otra cosa que la aplicación de la teoría de Jean Jacques Rousseau en el cual la soberanía reside en la nación, así la jurisdicción o facultad de administrar justicia es fruto<sup>22</sup> del llamado "Contrato social" de Rousseau<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> E. Picand Albónico. Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, 1° edición, Editorial Jurídica de Chile, Stgo. 2007, p. 196.

<sup>21</sup> CA de Stgo. 1986, p. 80-82.

<sup>22</sup> M. Castillo Freyre y R. Vásquez Kunze. Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia, Editorial Palestra, 2007, p. 40.

<sup>23</sup> En este sentido Jean Jacques Rousseau sostenía que el hombre nacía libre pero que esta libertad se encontraba limitada, que el hombre estaba encadenado por lo cual el hombre debía celebrar un pacto social con la comunidad con el objeto de volver a su estado natural y ser libre. Este pacto era celebrado de manera individual de tal forma que la asociación defiende y protege a la persona y los bienes de esta, en consecuencia cada uno se unía a todos pero a la vez se unía a nadie. El poder de quien gobierna, de esta forma, se transforma en derecho legítimo por lo cual el contrato social era cumplido y respetado de manera voluntaria por sus asociados, esta voluntad colectiva Rousseau la denominó soberanía. El poder individual de cada miembro de la comunidad

### 3.2. Teoría Contractualista.

Este sector de la doctrina plantea que el arbitraje es una institución eminentemente privada producto de que son las partes, personas que gozan de libre disposición, quienes deciden voluntariamente someter un determinado asunto para que un árbitro lo resuelva conforme a reglas de derecho o equidad. En consecuencia las partes son el motor de la justicia arbitral pues son estas las que dan origen mediante el convenio arbitral a este tipo de juicio por lo que de no mediar acuerdo no existiría el árbitro ya que nunca nacería a la vida del derecho.

También, arguyen que son las partes las que fijan las reglas dentro de las cuales se enmarcará la sustanciación del proceso, es decir, todo lo relativo a las actuaciones propias del juez son de libre elección de los privados, situación que es imposible en la justicia ordinaria, en este sentido el juez árbitro es un mandatario quien actúa de conformidad a lo pactado por los justiciables las que a su vez son quienes lo eligen a su entero arbitrio (de no mediar acuerdo se recurre a la justicia ordinaria) y se obligan a acatar lo que este tercero resuelva en el laudo o sentencia arbitral.

En este sentido los contractualistas responden a jurisdiccionalistas fundamentando el carácter privado del juicio arbitral el cual se manifiesta en todo el proceso<sup>24</sup> y en especial en la ejecución del laudo, pues como es

---

permitía configurar proporcionalmente el poder general indivisible con que actuaría el Estado. El contrato social, p. 22 y ss.

<sup>24</sup> De esta forma M. Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze quienes citando a Chiovenda explican la limitación y el carácter privado que inunda al arbitraje. Al respecto, sostiene el último autor: "La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el



sabido (este sistema es igual en todo el mundo) los árbitros carecen de imperio, elemento esencial de la potestad jurisdiccional, a saber, conocer, juzgar y ejecutar lo juzgado<sup>25</sup>.

### **3.3. Teoría Ecléctica.**

Esta es la denominada también teoría ecléctica o mixta, que trata de combinar o fusionar las dos corrientes anteriormente mencionadas, al hacer esto se toman en consideración tantos elementos como opiniones existen por lo que nos encontramos en este caso con variadas posiciones.

Así, algunos sostienen que por una parte el arbitraje es una especie de jurisdicción y que el árbitro es un juez, sin embargo reconocen que al ser este designado por las partes tal acuerdo adquiere la forma de una especie de mandato y por consiguiente el árbitro vendría a ser, además de juez, un mandatario de los contratantes.

---

carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc.

Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libre a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión sea preparada sin uso de poderes jurisdiccionales...”, *El juicio...*, op.cit., p. 42

<sup>25</sup> M.F. Vásquez Palma. Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia, Stgo. 2009, p. 107.

Por otro lado se encuentran aquellos que niegan el carácter de juez del árbitro por el hecho de que este no es designado de forma oficial por el Poder Judicial sino que son las partes quienes lo nombran, además debido a que un juez se encuentra investido de imperium o aquella autoridad que lo faculta para compeler a testigos para que comparezcan obligatoriamente al tribunal o más aún, como hemos señalado, para ejecutar coercitivamente sus sentencias, situación que no tiene lugar en la figura del juez árbitro.

Por el contrario otros autores arguyen que es juez y en ningún caso se trata de un mandatario porque la principal función de un juez es administrar justicia y resolver el conflicto a través de un fallo, pues el laudo es una verdadera sentencia judicial.

En la misma idea Eduardo PicandAlbónico señala:

“ ...el propio Estado reconoce a las personas la facultad de nombrar jueces, que ellas mismas elijan entre el resto de los miembros de su comunidad y que sean de su confianza, o sea, entre sus iguales, entre sus pares: facultad que, en todo caso, se vuelve esencial para el Estado, por el enorme poder con que se inviste a estos jueces y que, como decía Calamandrei, mal empleado puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente, sobre la cándida inocencia, el estigma de ser condenado. Estos jueces que escapan a la designación forzosa de los tribunales ordinarios que nos impone la ley se llaman árbitros, los cuales, una vez designados –y más precisamente cuando aceptan su encargo-, pasan a

formar parte del Poder Judicial del Estado, o sea, del staff de tribunales reconocidos por la ley”<sup>26</sup>.

### **3.4. Nuestra posición y críticas a las tesis anteriores.**

Si bien la teoría conciliadora, que reúne elementos jurisdiccionales y contractuales es la que predomina hoy en día entre la doctrina especializada, sin embargo hace unos años se ha ido vislumbrando otra que entiende la naturaleza del arbitraje como una institución autónoma que ubica la institución arbitral en una rama totalmente nueva del derecho por cuanto considera que esta institución cuenta con características y elementos que le son propios ya que en el momento en que no se satisfacen los requisitos para encasillarla en una u otra no se puede sostener una teoría ecléctica, pues la suma de principios, elementos y características no crea una simple suma sino que algo completamente nuevo y diferente. Esto por cuanto las teorías jurisdiccional y contractual deben ser abandonadas.

Los principales argumentos de la tesis jurisdiccional son que la función conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado corresponde única y exclusivamente a los tribunales estatales establecidos por ley, en este sentido el Estado es el único que puede crear competencia y lo que existe es una delegación hacia el tribunal arbitral. Por otro lado se arguye que su regulación se encuentra en el Código Orgánico de Tribunales bajo el título De los Jueces árbitros. Sin embargo, no existe tal delegación de competencia por parte del Estado, esta la crean las partes a través del

---

<sup>26</sup> E. Picand Albónico, op. cit. p. 199.

acuerdo arbitral en virtud del reconocimiento de la libertad y consecuentemente de la autonomía de la voluntad por la ley. Por otra parte hay que señalar que si bien el árbitro administra justicia no puede equipararse su función a la de los jueces estatales toda vez que los primeros carecen de un elemento fundamental de la jurisdicción cual es la facultad de ejecutar coercitivamente lo resuelto en sus sentencias, es decir, carecen de imperio, razón por la cual deben acudir a los tribunales estatales quienes actúan auxiliando dicha función. En todo el mundo los árbitros carecen de imperio y no es al azar, es precisamente porque su función es servir de método alternativo y no de un tribunal que ejerce efectivamente jurisdicción. Finalmente la ubicación de las normas sobre arbitraje en el COT no ha sido afortunada, pretender que porque se encuentran bajo el Título que alude al árbitro como un juez, este es integrante del Poder Judicial e justificar lo injustificable. El árbitro no es integrante del Poder Judicial, razón por la que no se le aplica el Estatuto Administrativo, no está sujeto a las mismas responsabilidades que los jueces ordinarios, no tienen carácter permanente y no son gratuitos, es decir, son jueces privados. Los argumentos son más que contundentes para desechar esta tesis que por tanto tiempo se ha instalado en la doctrina más clásica y tradicional<sup>27</sup>.

Finalmente la tesis contractualista apoya sus postulados en la naturaleza del acuerdo arbitral el cual es un acuerdo de voluntades, es un contrato y que el árbitro es un mandatario. Si bien es cierto que el acuerdo arbitral tiene un origen eminentemente contractual sus efectos no lo son, en este sentido su objeto es la creación de competencia y la resolución de una controversia por un tercero imparcial que administre justicia. Es por esto que en la doctrina moderna el acuerdo arbitral es considerado una figura

---

<sup>27</sup> M. F. Vásquez Palma. Arbitraje en Chile... op. cit. p. 106 y ss.

híbrida, que en su origen es contractual y cuyos efectos son procesales<sup>28</sup>. Por otra parte es evidente que el juez árbitro no es un simple mandatario ya que su labor es la de conocer y juzgar, esto es, administrar justicia a través de un verdadero proceso. Es por esta función que cumple que existen recursos procesales en contra del laudo especialmente –conforme a la LACI- cuando se infringen normas de procedimiento que atentan contra la garantía constitucional del debido proceso.

#### **4. Características del arbitraje.**

a) Es un Método Alternativo de Resolución de Conflictos (MARC). Al respecto no existe discusión alguna, se incluyen en este concepto la Mediación y la Conciliación. Estos tienen un objetivo común el cual es la prevención y resolución de conflictos que no pase por la sentencia judicial, el uso de la fuerza o el abandono del conflicto.

b) Es heterocompositivo. Esto dice relación en que en el arbitraje existe un tercero llamado a resolver la disputa entre las partes. Es el árbitro quien se transforma en un verdadero juez y que mediante la dictación de una sentencia dirime las controversias sometidas a su conocimiento por acuerdo de las partes.

c) Es un juicio. Concurren en él todos los elementos o requisitos de existencia constitutivos de un juicio, a saber: 1º Controversia de

---

<sup>28</sup> J. C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry. Tratado de derecho arbitral: El convenio arbitral, Tomo I, Validez y eficacia del convenio arbitral internacional, Bogotá, p. 746.

relevancia jurídica; 2º Existencia de partes; y 3º Tribunal con facultades para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento.

d) Origen contractual. Requiere de un acuerdo entre las partes quienes en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad decidan resolver determinadas controversias presentes o futuras al conocimiento de árbitros.

Este acto se denomina acuerdo o convenio arbitral y tiene por objeto poner en marcha este instituto, es su motor. Como veremos más adelante el acuerdo arbitral tiene una naturaleza híbrida ya que tiene origen contractual pero su objeto es producir efectos procesales.

Sin perjuicio de lo antes mencionado existe la figura del arbitraje forzoso en la cual no existe tal acuerdo voluntario entre las partes, sino que es la ley la que obliga a las partes a someterse a arbitraje, cuestión que evidentemente pugna con la naturaleza voluntaria del arbitraje.

e) Investidura privada. Son las partes las que determinan la existencia del árbitro, estas lo designan. Existe una relación contractual entre las partes y el árbitro y precisamente una de sus obligaciones es la aceptación del cargo y su posterior resolución a través del laudo arbitral.

f) Transitorios. El árbitro solo se constituye para resolver una determinada controversia o conflicto que haya surgido entre las partes, luego de lo cual y de haber cumplido su labor, este desaparece como tal. Existe una importante diferencia con los tribunales estatales pues el carácter permanente que deben tener estos es fundamental para asegurar las garantías de igualdad, acceso a la justicia y debido proceso.

## **5. Clasificación del arbitraje.**

1) Según su extensión o ámbito de aplicación.

a) Arbitraje interno. Se rige principalmente por las normas contenidas en el COT y en el CPC aplicable a materias domésticas o nacionales.

b) Arbitraje internacional. Se rige por la Ley 19.971, Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y Libro I, Título XIX del CPC, “De las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros”.

2) Según el objeto sobre el que verse el litigio.

a) Arbitraje civil.

b) Arbitraje comercial.

c) Arbitraje laboral.

d) Arbitraje internacional.

3) Según las facultades del juez.

a) Árbitros de derecho. Aquellos que fallan conforme a la ley y se someten tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios.

b) Árbitros arbitradores. Aquellos que fallan conforme a lo que su prudencia y equidad les dicten y en cuanto al procedimiento se someten a

las reglas acordadas por las partes y en subsidio a las normas contenidas en el CPC, Título VIII, “Del juicio arbitral”.

c) Árbitros mixtos. Aquellos árbitros de derecho que sólo en cuanto a procedimiento se rigen por las reglas establecidas por las partes.<sup>29</sup>

4) Según la fuente del arbitraje.

a) Arbitraje voluntario. Aquel al cual las partes acuden libre y autónomamente en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

b) Arbitraje prohibido. Aquel en donde se establece, por disposición legal, que ciertas materias no podrán ser sometidas a arbitraje. Se encuentran establecido fundamentalmente por los arts. 229 y 230 del CPC.

c) Arbitraje forzoso. Aquel al cual, en determinadas materias, se debe recurrir exclusivamente por disposición legal expresa. Se encuentran contenidas principalmente en el art. 227 del COT sin perjuicio de existir otras normas dispersas en el ordenamiento.

---

<sup>29</sup> Cfr. con artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales.



## **CAPÍTULO SEGUNDO: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ARBITRAJE**

### **1. Fundamentos.**

El destacado profesor Jorge López Santa María señala que: “El principio de la autonomía de la voluntad es una doctrina de filosofía jurídica, según la cual toda obligación reposa esencialmente sobre la voluntad de las partes.”<sup>30</sup>

Decimos que es una doctrina de filosofía jurídica ya que como hemos planteado las raíces de este principio yacen en la libertad natural del hombre<sup>31</sup>, libertad respecto de la cual pensadores de la Edad Moderna lucharon tan fervientemente al punto de elevar y reconocerla en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 como corolario, entre variados derechos y principios, de la denominada Revolución Francesa. Ésta en su artículo primero establece que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”<sup>32</sup>

En este sentido es deber de la sociedad reconocer al individuo las más amplias libertades ya que es de su propia esencia. Esto último es aporte del cristianismo y es tomado por los pensadores racionalistas y llevado al extremo entendiendo que la libertad es el género y la autonomía de la voluntad la especie. Haciendo uso de esta libertad es que el hombre se obliga, bajo este supuesto es que se sostiene que el contrato es el

---

<sup>30</sup> J. López Santa María, Los Contratos. Parte General, Santiago, pág. 165.

<sup>31</sup> Aristóteles en este sentido señala en su obra *Ética Nicomaquea* que el concepto de libertad presupone la disposición de una posibilidad de elegir. México, 1992, p. 30 y ss.

<sup>32</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

paradigma y el punto máximo en el ejercicio de la voluntad natural del hombre. El objetivo del Derecho es reconocer y amparar las relaciones jurídicas que libremente contraen las personas, esto es, otorgarles el carácter de una verdadera ley. A contrario sensu se dice que el hombre no puede quedar obligado por relaciones jurídicas respecto de las cuales no ha consentido y si existen obligaciones impuestas por el ordenamiento es por cuanto obedecen a necesidades sociales, esto último se basa evidentemente en la teoría del Contrato Social de Rousseau.

Desde un punto de vista más moderno, se dice que autonomía significa autorregulación, autorreglamentación, e implica el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno mismo<sup>33</sup>. Se trata pues de un concepto genérico el cual asoma con imponente fuerza cuando es ejercida por personas, ya sean naturales o jurídicas, ya que mediante aquella es en virtud de la cual las personas celebran contratos, negocian, administran sus intereses. Por su parte, el ordenamiento tiene la misión de reconocer y otorgarle validez a dichas pretensiones. Se le debe reconocer al individuo el poder de regular sus propios intereses dentro de su esfera jurídica. Sin embargo, este poder reconocido al individuo no debe ser absoluto, en efecto, el ordenamiento así como reconoce libertades también reconoce vulnerabilidades producto del abuso. En este sentido se deben fijar límites con el objeto de que las libertades no escapen del marco de la esfera jurídica en particular. De ahí que existan bienes jurídicos indisponibles por las partes.

---

<sup>33</sup> A propósito, el filósofo Immanuel Kant establece una verdadera tesis en la cual señala que llama autónomo a un sujeto cuando se da a si mismo sus propias leyes y es capaz de cumplirlas. La autonomía de la voluntad, dice Kant, describe la circunstancia que cuando un sujeto se comporta moralmente él mismo se da las leyes a las que se somete, pues dichas leyes tienen su origen en la naturaleza de su propia razón. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, p. 114.

Ahora bien, es preciso reconocer que el exceso de reglamentación es también peligroso. Suprime la iniciativa, la atracción del riesgo, toda personalidad desaparece; el hombre queda reducido a un ente incapaz de innovar y de desenvolverse de forma autónoma.

Dentro de esta noción, la misión del ordenamiento jurídico es asegurar a las voluntades el máximo de independencia que resulte compatible con la libertad ajena. Se hace énfasis en la libertad ajena, pues esta no puede quedar al mero arbitrio de las personas ya que es en ese momento cuando se producen los mayores abusos, en efecto, siempre existirán relaciones asimétricas entre particulares y entre estos con el Estado situación por la cual se deben establecer límites en el ejercicio de dicha libertad con el objeto de proteger al desvalido, al menos poderoso, etc. Es por ello que los límites a la autonomía de la voluntad existen en cuanto tienden a evitar abusos de unos sobre la libertad de otros.

Por consiguiente, debe reconocerse un papel importante a la voluntad, pero tan sólo como un medio al servicio del derecho, como un instrumento del bien común. El legislador debe intervenir siempre que el contrato no sea conforme con ese bien común, con los principios de justicia considerados como esenciales. La dificultad está en definir exactamente ese bien común, calificado de orden público en el lenguaje jurídico, y buscar el estado de equilibrio que permita a la personalidad desarrollar sus iniciativas dentro de los límites determinados por un evidente interés social.

## **2. Concepto y elementos.**

La palabra autonomía se encuentra compuesta de dos palabras de origen griego. Por una parte, encontramos la palabra nomos, que significa “ley”. Por otra partes tenemos el prefijo autos, que quiere decir “propio o para uno mismo”. Es claro que el significado de la palabra autonomía se refiere al poder o facultad de dictarse a uno mismo determinadas leyes o

normas. Así lo ha entendido la RAE al definir lo que se entiende primero por autonomía, y segundo por voluntad. Respecto a la primera, esta señala; “Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”<sup>34</sup>, y por la segunda entiende: “Facultad de decidir y ordenar la propia conducta”<sup>35</sup>.

Ahora bien, no existe un concepto en nuestro ordenamiento jurídico de la autonomía de la voluntad, es por eso que diversos autores se han ocupado de este principio tan relevante en el Derecho, en especial en el ámbito privado en el cual son las partes las que actúan como una fuente inagotable de normas jurídicas en base a dicho principio el cual se sustenta en una clásica frase catedrática: “En Derecho Privado puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido por las leyes”, en este sentido, y como el acuerdo arbitral –ya sea en forma de compromiso o cláusula arbitral- es un contrato, es que abordamos la autonomía de la voluntad desde un punto de vista eminentemente contractual sin perjuicio de que se trata de un principio aplicable a todas las ramas del Derecho y más aún, a la vida de las personas.

Don Arturo Alessandri la define como “la libertad que gozan los particulares para pactar los contratos que les plazcan, y de determinar su contenido, efectos y duración.”<sup>36</sup> Debemos señalar que el concepto anterior se refiere exclusivamente a los contratos, sin embargo creemos que se trata de un principio aplicable no sólo en materia contractual sino también del Derecho en general y por cierto con toda propiedad en el ámbito privado. Es por ello que varios autores han tendido a distinguir entre

---

<sup>34</sup> Diccionario de la Real Academia Española. <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> A. Alessandri Rodríguez. De los Contratos, Santiago, p. 10.

autonomía privada y autonomía de la voluntad, puesto que han entendido que se trata de un campo mucho más amplio.<sup>37</sup>

Podemos distinguir dos elementos fundamentales de la autonomía de la voluntad:

a) La libertad para contratar.

En virtud de esta son las partes las que libremente deciden si contratan o no. Deciden qué y cuándo contratar. Una vez más es una expresión de la libertad que reconoce el ordenamiento jurídico a las personas como un derecho para establecer relaciones jurídicas y obligarse, en este sentido desde un punto de vista económico de la autonomía se dice que nadie puede resultar obligado contra su voluntad pues la libertad lo es todo y ello lleva al equilibrio natural. Sin embargo esto no absolutamente cierto pues existen situaciones en que el ordenamiento limita esta autonomía forzándolas a celebrar determinados actos, como sucede con los contratos forzosos, pero estas limitaciones siempre deben tener sustento lógico y racional y ello se encuentra en el interés social.

b) La libertad contractual.

Conforme a ella las partes contratantes regulan sus relaciones a partir del contrato que ha nacido a la vida del derecho. Constituye una verdadera fuente creadora, modificatoria o extintiva de normas jurídicas sin perjuicio de que muchas veces existan limitaciones a este elemento de la

---

<sup>37</sup> En este sentido Rodrigo Barcia Lehmann hace la distinción señalando que la autonomía privada es un concepto más amplio que autonomía de la voluntad dado que este último se refiere simplemente a la creación de actos jurídicos, en cambio el primero además se refiere a la regulación de sus efectos. Lecciones de Derecho Civil Chileno, De las fuentes de las obligaciones, Tomo II, Santiago, p. 35.

autonomía como puede ser el ordenamiento jurídico o las mismas partes cuando han fijado reglas con anterioridad a un contrato determinado.

### **3. Reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico.**

Tal y como señalamos previamente este principio no se encuentra definido en ningún cuerpo legal de nuestra legislación actual, sin embargo, existen numerosas disposiciones que hacen alusión a este principio inspirador del Derecho Positivo y que aún más, se erige como la piedra angular del mismo toda vez que la libertad es sino el bien máspreciado del hombre desde que quedara en total manifiesto con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 como corolario, entre tantos, de la denominada Revolución Francesa en la cual se establece en su artículo primero que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”<sup>38</sup>

Ahora, en nuestro ordenamiento jurídico este principio se encuentra en un estado difuso, abstracto, solo comprensible con las máximas de la lógica y la razón por lo que debemos inferir su reconocimiento a través de diversas disposiciones. Así, se va configurando el mismo al disponer la Carta Fundamental en su artículo 1º inciso primero que: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”<sup>39</sup> en forma muy similar a lo hecho por la Declaración de 1789 ya que esta última es fuente inspiradora de nuestra Constitución, en especial en lo referido a Derechos y garantías. En el inciso cuarto del mismo artículo se señala que el Estado está al servicio de la persona humana y que su finalidad es promover el bien común, razón por la cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los habitantes de la República

---

<sup>38</sup> Declaración de los Derechos... op. cit.

<sup>39</sup> Artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile.

su mayor realización espiritual y material posible, lo anterior resulta importante entenderlo ya que nos muestra el rol que cumple el Estado en la vida de las personas, este es un rol subsidiario en el cual los miembros de la comunidad alcanzan su desarrollo espiritual o material de manera libre y autónoma, respetando las normas legales, y el Estado debe crear las condiciones, promover y contribuir en la búsqueda de desarrollo que cada persona decida emprender.

En el artículo 19 de la Constitución de la República se encuentran consagrados los denominados derechos y garantías constitucionales los cuales se encuentran amparados por los mal llamados Recurso de Protección y Recurso de Amparo. A continuación veremos los distintos numerales de este tan importante artículo que hacen alusión a la libertad y por consiguiente a la autonomía de la voluntad.

El número 6 del artículo 19 nos habla de la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público. Esto nos da una percepción bastante clara de los límites que existen a la libertad que, coinciden con los límites a la autonomía de la voluntad, el ordenamiento jurídico reconoce un campo amplio de acción a las personas, sin embargo entiende que dicha libertad no puede atentar contra aquellos intereses que incluyen a la sociedad en su conjunto. El número 7 se refiere a la libertad personal y a la seguridad individual en relación a la libertad de movimiento dentro de la República y a la privación de la libertad. Establece el 11º, 12º, 13º, 15º y 16º la libertad de enseñanza, de emitir opinión, de reunirse pacíficamente sin permiso previo, de asociarse y la libertad de trabajo respectivamente. Vemos que cuando hablamos de la Libertad nos referimos ciertamente al principio inspirador de todo nuestro ordenamiento

jurídico y no es para menos ya que según diversos autores es el principal de los derechos del hombre<sup>40</sup>.

El numeral 21 del artículo 19 se refiere a la libertad en materia económica, establece el derecho de las personas a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas que la regulen.

Las bases del denominado Estatuto de la propiedad lo encontramos fundamentalmente en los numerales 23 y 24, resulta importante señalar que la propiedad se encuentra muy protegida por la Constitución y las demás leyes por cuanto el legislador entiende que esta se encuentra íntimamente ligada con el principio fundamental de la libertad ya que es a través de las facultades que nos entrega el dominio usar, gozar y disponer mediante las cuales las personas hacen pleno uso de sus derechos. En este sentido el numeral 23 señala la libertad para adquirir toda clase de bienes y más adelante en el inciso segundo de dicho numeral establece que sólo mediante ley de quórum calificado, siempre y cuando así lo exija el interés nacional, podrán fijarse limitaciones o requisitos para tal adquisición. Nuevamente aparece el Interés Nacional como única fuente capaz de limitar la libertad particular.

Por otra parte, el número 24 del art. 19 se refiere al derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales, dentro de estos últimos encontramos los derechos sobre los cuales según reza el Código Civil existe también una especie de propiedad, por consiguiente tenemos que respecto a derechos que son de propiedad de una personas esta podrá usar, gozar y disponer de ellos salvo cuando el interés nacional establezca ciertas limitaciones.

---

<sup>40</sup> Aristóteles en Política, p. 159-163, I. Kant en Fundamentación de la metafísica de las costumbres, p. 56, Santo Tomás de Aquino en Suma de Teología p. 735.



Habiendo visto las diversas normas constitucionales que hacen alusión a la libertad y a la autonomía de la voluntad nos trasladaremos ahora al principal cuerpo normativo en el ámbito privado, el Código Civil.

El artículo 12 del Código señala que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia; en materia de obligaciones el artículo 1445 del C. C. establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que consienta en dicho acto o declaración; el art. 1437 del C. C. define la convención como el concurso real de voluntades de dos o más personas. En la promesa de hecho ajeno, art. 1450 del C. C., se señala que el tercero no contraerá obligación alguna sino en virtud de su ratificación, es decir, manifiesta la idea de que nadie puede obligarse contra su propia voluntad. En el ámbito contractual el artículo 1444 del mismo código establece la facultad de las partes de modificar las cosas de la naturaleza de un contrato o de agregarle cosas accidentales por medio de cláusulas especiales provenientes de su voluntad. Ahora bien, una vez celebrado el contrato y habiéndose cumplido con las exigencias legales este adquiere la fuerza de una verdadera ley para los contratantes (artículo 1445 del C. C.). La autonomía de la voluntad contractual se ve reforzada por las normas contenidas en el Código Civil referido a la interpretación de los contratos<sup>41</sup>, en especial el art. 1560 al disponer que: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Resulta relevante destacar que la autonomía de la voluntad no solo se manifiesta en el ámbito contractual, como señaláramos más arriba se

---

<sup>41</sup> Recordemos que la Interpretación, según Jaime Williams Benavente, dice relación con “Determinar el sentido y alcance de un precepto legal”. Lecciones de introducción al Derecho, Santiago, p. 294.

trata de un principio inspirador de todo nuestro ordenamiento jurídico. Así al definir el artículo 670 del C. C. la tradición se alude en dos ocasiones a la intención por parte del tradente y adquirente para que este acto jurídico bilateral nazca perfecto a la vida del derecho; tratándose de actos unilaterales, a propósito del testamento, el art. 999 del C. C. dispone expresamente que por medio de este acto una persona –testador- dispone de todo o parte de sus bienes conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él mientras viva. Es decir, el testador tiene amplias libertades –con limitaciones por cierto- para disponer de su patrimonio y distribuirlo conforme a las normas legales, pero no termina ahí el artículo citado, también establece la posibilidad, si el testador lo desea, de revocar, esto es, reemplazar una antigua disposición, modificarla e incluso eliminarla del testamento mientras viva. Finalmente al interpretar las disposiciones del testamento el Código Civil nos da una regla bastante similar a lo hecho tratándose de los contratos, en este sentido se le da especial importancia a la voluntad del testador claramente manifestada, para tal efecto y con el objeto de conocer dicha voluntad se debe estar más a la substancia de las disposiciones, esto es, al fondo o real intención del difunto antes que a las palabras de que se haya servido.

Podemos decir entonces, y no decimos nada nuevo, que la libertad es un derecho fundamental en nuestro Estado de derecho, que el ordenamiento jurídico consagra, respeta y protege con esmero desde la Carta Fundamental hasta cuerpos normativos particulares como el Código Civil pasando también por Tratados Internacionales aprobados y ratificados por Chile<sup>42</sup>. Resulta de suma importancia establecer el pleno y absoluto reconocimiento de los principios de libertad y autonomía en nuestro sistema jurídico ya que a partir de esta premisa es que sostenemos que primero, se

---

<sup>42</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

reconoce la autonomía de la voluntad como principio inspirador del derecho, luego que como tal, es plenamente aplicable como principio rector en el ámbito privado, en especial en materia contractual y que, por consiguiente, aplicable a la institución arbitral en donde el convenio o acuerdo arbitral es el motor o el punto de partida de dicha institución.

### **3. Límites a la autonomía de la voluntad**

El problema de la autonomía de la voluntad siempre ha estado en distinguir sus límites ya que esta autonomía no puede ejercerse de forma absoluta pues en muchas ocasiones se incurriría en abusos que el ordenamiento jurídico intenta evitar. Es por esto que los límites impuestos a la autonomía de la voluntad son la ley, la moral y las buenas costumbres, el orden público y el legítimo ejercicio de derechos de terceros.

#### **3.1. La Ley.**

Para señalar que la ley es el primer gran límite de la autonomía de la voluntad, debemos entender que dentro de las normas que rigen en materia, cabe distinguir entre normas imperativas y normas dispositivas.

##### **a) Leyes declarativas.**

Aquellas que determinan las consecuencias de los actos jurídicos, cuando las partes interesadas no las han previsto y regulado de otra manera, teniendo libertad para hacerlo. Constituyen la regla general en el ámbito del Derecho Privado, en donde rige el principio de la Autonomía de la voluntad. En virtud de este las parte pueden fijar el contenido y efecto de los actos y contratos. En Derecho Privado la regla general en entonces el carácter supletivo o declarativo de las normas.

b) Leyes imperativas (y prohibitivas).

Son aquellas que no pueden ser derogadas por voluntad de las partes y cuya omisión acarrea sanciones, como la inexistencia o la nulidad absoluta o relativa del contrato respectivo. Así por ejemplo, es una disposición imperativa el artículo 1445 del Código Civil, el que enumera los requisitos que debe cumplir todo contrato para nacer a la vida jurídica. En materia de arbitraje son normas prohibitivas las referidas a arbitraje prohibido, es decir, se señala que ciertas materias no pueden ser sometidas a arbitraje, como por ejemplo, las causas que versen sobre alimentos, causas penales, etc.

c) Leyes dispositivas.

Son aquellas que el legislador dicta para resolver conflictos de intereses entre personas que no han contratado entre sí. De lo recientemente expuesto puede desprenderse que la ley es un límite a la voluntad de las partes tan sólo en lo que se refiere a las normas imperativas. Las partes, ni aun con su consentimiento mutuo, pueden alterar lo establecido por estas normas, y la omisión de alguna de ellas produce sanciones jurídicas. Esto tiene especial importancia ya que no toda materia es arbitrable ya sea por mandato expreso de la ley o porque vulnera el orden público. Sin embargo, lo anterior es la excepción, la regla general por tanto será, en el ámbito privado, la autonomía de las partes para regular sus propios intereses y de esta forma decidir libremente si acceder a un medio alternativo para resolver sus conflictos o acudir derechamente a la justicia estatal.

### **3.1. La moral y las buenas costumbres.**

Ambos conceptos se encuentran íntimamente ligados entre sí no sólo por cuanto se refieren a ideas, concepciones, formas de entender la vida en comunidad sino también por cuanto ambos conceptos no se encuentran definidos en nuestra legislación precisamente porque no existe una definición concreta y precisa. En este sentido existen numerosas disposiciones que se refieren a ellas <sup>43</sup> pero solo para efectos de nombrarlas.

Podemos decir que se trata de aquellos usos y costumbres que la sociedad considera en un espacio de tiempo determinado como normas básicas de convivencia social con el objeto de hacer más placentera la vida en comunidad. Por lo tanto, se trata de normas distintas para cada sociedad ya sea porque conviven en diferente país o simplemente en diversa localidad dentro de una misma región.

### **3.2. El Orden Público.**

Similar a los conceptos anteriores en cuanto a su estado y conceptualización se encuentra el Orden Público, difuso, existente en nuestro ordenamiento por referirse a él diversas normas y sin habersele definido ya que, al igual que en los casos anteriores, se trata de una idea difícil de abordar cuyo concepto es escurridizo.

Ahora bien, para no eludir aspectos claves de este concepto citaremos a don Eduardo Albónico quien señala, en un sentido amplio, que orden público es la organización estimada necesaria en un país

---

<sup>43</sup> Artículo 19 de la Constitución de 1980 números 6, 11, 15, 16, 21. Código Civil artículos 548, 1.461, 1.467, 1.475 y 1.717, entre otros.

determinado para el correcto y normal funcionamiento de la sociedad<sup>44</sup>. Observamos que se trata de un concepto que abarca toda la sociedad y los estamentos organizacionales del Estado y que su objeto es resguardar el correcto funcionamiento en un país determinado, esto por cuanto una de sus características esenciales es la mutabilidad dado las diversas costumbres existentes al interior de un país.

No obstante la vaguedad e imprecisión de cualquier concepto que podamos entregar enumeraremos, a continuación, los valores y principios que el orden público intenta salvaguardar:

- a) La soberanía nacional, con todo lo que implica en lo político, social y económico.
- b) El orden social y jurídico del Estado.
- c) El fin social que inspira determinadas leyes, o la acción protectora de determinadas instituciones y de políticas sociales.
- d) El esquema institucional e ideológico del Estado.
- e) Los supremos principios del derecho natural y de la justicia.
- f) Los intereses esenciales y constitutivos del estatuto del ciudadano.<sup>45</sup>

Y es que existe un interés de la sociedad comprometido que el orden público se presenta como un límite de especial relevancia en el Derecho Privado en donde puede hacerse todo aquello que no esté expresamente

---

<sup>44</sup> E. Picand Albónico citado por Diego Guzmán Latorre en Tratado de Derecho Internacional Privado, Santiago, 1989, p. 366.

<sup>45</sup> D. Guzmán Latorre. Tratado de Derecho..., op. cit., p. 367.

prohibido por cuanto se trataría de normas prohibitivas inderogables por las partes en tanto obedecen o encuentran su fundamento, en corriente, en el interés general de la nación. Por esta razón es que en materia de arbitraje, si bien se reconoce la autonomía de la voluntad como la piedra angular del mismo, no es posible someter indistintamente cualquier asunto a la resolución de un árbitro. Existen por tanto, materias que son inarbitrables o también conocido como arbitraje prohibido en donde el legislador establece la prohibición de que determinadas materias sean sometidas a arbitraje. Precisamente esto último encuentra sus raíces en la existencia de un interés público comprometido que tiene por objeto que el Estado no pierda su función jurisdiccional frente a asuntos sensibles, de pactarse arbitraje referido a materias inarbitrables hay autores que plantean esta limitación como un elemento de validez del acuerdo arbitral y otros que abogan por analizarlo en forma separada del acuerdo debido al principio de independencia del mismo. Por otra parte, dicho punto encuentra una segunda oportunidad de revisión y es mediante la impugnación del laudo y al momento de ejecución de este. En este sentido en el ámbito interno proceden los recursos ordinarios y extraordinarios en contra de la sentencia arbitral como la apelación y casación, y en el ámbito externo la LACI contempla en forma clara en su artículo 34 b) i, ii, referido a la impugnación del laudo y en su artículo 36 b) i, ii, referido a la ejecución del laudo.<sup>46</sup>

### **3.3. Legítimos derechos de terceros.**

La cuarta limitación en el ejercicio de la autonomía de la voluntad lo constituyen los derechos de terceros. Ya el artículo 12 del Código Civil, uno de los fundamentos de la autonomía privada, establece este límite por cuanto señala que pueden renunciarse los derechos, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, por consiguiente no podrán

---

<sup>46</sup> Ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional.

renunciarse aquellos en los cuales intervenga intereses ajenos. El art. 582 define el dominio (propiedad) como el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. Como sabemos el dominio o el derecho de propiedad no sólo se aplica a cosas corporales sino también a las incorporales, los derechos por lo que su campo de aplicación es bastante amplio.

Resulta primordial a su vez entender el concepto de legítimo, la calidad de legitimidad o ilegitimidad se encuentra íntimamente ligada al principio de buena fe, esto es, si el afectado tiene conocimiento o no de la situación antijurídica que puede desenvolverse en su contra<sup>47</sup>. Así, entre variados ejemplos, uno de los más claros corresponde al ejercicio de la acción reivindicatoria, según el art. 1490 no procede la acción reivindicatoria respecto a cosas muebles contra terceros poseedores de buena fe. En el caso de inmuebles, según el art. 1491, no procederá sino cuando conste la condición, es decir, la buena fe depende del conocimiento de la existencia de la condición en el título respectivo.

La protección de derechos de terceros tiene como fundamentos diversos principios jurídicos que convergen entre sí, tales son, la prohibición del abuso de derecho, el enriquecimiento sin causa, la buena fe, entre otros. Por lo tanto resulta relevante no sólo para terceras personas que sus intereses se encuentren protegidos sino también para la sociedad que requiere de un estado de certeza y seguridad jurídica con miras al logro del bien común.

---

<sup>47</sup> C. Ducci Claro. Derecho Civil, Parte General, Santiago, p. 34.



#### **4. Límites a la autonomía de la voluntad en el arbitraje.**

Sin perjuicio de la importancia que le hemos otorgado a la libertad y en especial a la autonomía de la voluntad, esta debe tener ciertos límites – como todo en un Estado de Derecho- los cuales vienen a resguardar los derechos y los intereses de las demás personas, en tal orden de cosas es necesario que existan limitaciones que tengan por objetivo la protección de intereses sociales. Es por esto que el legislador establece 2 tipos de límites a la autonomía arbitral sin perjuicio de las limitaciones generales a la autonomía de la voluntad:

a) Límites de forma. Por cuanto los diversos actos deben ajustarse a los procedimientos y solemnidades dispuestas por la ley. Un ejemplo de esto es que el convenio arbitral debe constar por escrito.

b) Límites de fondo. Dicen relación con las materias susceptibles de someter a arbitraje. Ejemplo de esto serían asuntos sobre determinados delitos en donde existe un interés público comprometido o ciertos asuntos de familia en los cuales existen principios que prevalecen sobre otros.

Resulta entonces que la libertad de las partes no es arbitraria y que por medio de esta no es posible atropellar hechos y derechos que el ordenamiento intenta proteger. Así, según hemos expuesto la autonomía de la voluntad supone que se ejerza con respeto a las formalidades que imponen las normas y también a los derechos de terceros. Los límites de forma revisten una menor complejidad dado que ellos generalmente se encuentran en normas imperativas. Sin embargo la complejidad aumenta cuando estamos en presencia de límites de fondo ya que involucran en muchos casos conceptos amplios o imprecisos que implican discusiones entre la doctrina y jurisprudencia.

La delimitación en materia de arbitraje viene dada, en consecuencia, en una gran medida por la arbitrabilidad de las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje. El criterio mayormente aceptado es la comparación con el contrato de transacción. Esto por cuanto se ha entendido que el arbitraje es un método alternativo que funciona en base a la autonomía de la voluntad<sup>48</sup>, base del derecho privado. En este sentido ambas figuras presentan especiales similitudes, mas no se debe confundir al punto de tratarlas como iguales puesto que no lo son. En algunos países se señala expresamente que pueden someterse a arbitraje aquellas materias susceptibles de transacción, en nuestro país sin embargo no existe tal tratamiento y la norma que sirve de fundamento para poder trazar un límite en tal sentido es el artículo 12 del C.C. por cuanto establece la libertad para renunciar a derechos bajo dos condiciones, primero que sólo miren el interés individual y segundo, que no esté prohibida su renuncia. Por consiguiente el punto de partida lo encontramos en normas prohibitivas y en segundo término, ya que sólo deben mirar al interés particular del renunciante, a contrario sensu, tenemos que no deben afectar los intereses de terceros en sentido amplio por lo que conlleva incluir el interés público.

Lo relevante es entender que no se trata de materias arbitrables o inarbitrables a secas, por cuanto lo que se busca proteger en cualquier caso es el derecho vinculado a una u otra materia y que se quiere someter a la decisión de un árbitro. En este sentido es erróneo hablar de materias inarbitrables como por ejemplo en Derecho de familia, ya que si bien en general se trata de un ámbito en donde priman intereses públicos existen derechos en particular que si podrían ser objeto de arbitraje al caer dentro de la esfera de libre disposición como podría ser una compensación económica.

---

<sup>48</sup> M. F. Vásquez Palma. Arbitraje en Chile..., op. cit. p. 455.

## 5. Rol en la Institución arbitral.

La autonomía de la voluntad cumple un rol fundamental, esencial en el arbitraje, toda vez que, como hemos señalado reiteradamente, esta institución es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos el cual nace incluso antes que la justicia tal y cual conocemos hoy en día. La resolución de estas disputas se encargaba a un tercero imparcial por parte de personas que veían trabas en sus relaciones, principalmente económicas<sup>49</sup>.

Es por esto que el ejercicio de la voluntad con miras a configurar esta institución es primordial, de ahí que se señale que la autonomía de la voluntad es la piedra angular del arbitraje<sup>50</sup>, en este sentido decimos que la voluntad de las partes litigantes es el elemento predominante y característico del arbitraje desde su inicio hasta su finalización<sup>51</sup>.

Ahora bien, nos referimos a la autonomía de la voluntad como la piedra angular y es por cuanto en virtud de ella es que se configura y comienza a operar esta máquina denominada arbitraje, pues el motor que le da inicio es el llamado Convenio Arbitral<sup>52</sup>, mediante este acuerdo las partes sustraen el conocimiento de determinado asunto de los tribunales ordinarios o especial de justicia a la justicia arbitral, es decir, ya no será un Juez integrante del Poder Judicial quien resolverá el conflicto sino un Juez Árbitro. Dicho acuerdo constituye un contrato, así lo ha entendido la

---

<sup>49</sup> Recordemos que el arbitraje como tal nace en el comercio, asociaciones gremiales y comerciantes que veían trabas en sus relaciones producto de sus numerosas transacciones.

<sup>50</sup> En este sentido se pronuncia en forma unánime la doctrina. Víd J.C. Fernández Rozas, Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de justicia, Madrid, 2005, p. 59; J. D. González Campos, Sobre el convenio de arbitraje en el derecho internacional privado español, Navarra, 1975, p. 7; M. F. Vásquez Palma, Arbitraje en Chile... op. cit., p. 131.

<sup>51</sup> R. Caivano. Arbitraje. Su eficacia..., op. cit, p. 79.

<sup>52</sup> Se tratará con más detalle a propósito del rol de la autonomía de la voluntad en el arbitraje.

doctrina comparada y no existe discusión en cuanto a que el origen del arbitraje es eminentemente contractual lo que conlleva a establecer que los principios de libertad y autonomía, como hemos venido sosteniendo, constituyen requisitos sine qua non del mismo<sup>53</sup>.

Nos toca preguntar: ¿Por qué las personas, partes en un conflicto, pueden libremente resolver dicho conflicto sin acudir a la justicia estatal? Pues bien, su fundamento lo encontramos en la concepción liberal de la sociedad la cual rige prácticamente en todo el mundo moderno, bajo esta dimensión el individuo prima por sobre la sociedad, lo que es de toda lógica ya que sin personas no hay sociedad. En este sentido la persona haciendo uso de su libertad puede hacer o no hacer lo que le plazca, dentro de un marco establecido como veremos más adelante, esto es, adquirir, modificar o renunciar derechos que miren a su interés particular. Al respecto el artículo 12 del Código Civil es esencial para entender cómo opera la autonomía de la voluntad, este establece lo siguiente: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”<sup>54</sup>

Si agregamos que, en un intento por parte del legislador de aminorar los efectos restrictivos a la libertad del arbitraje forzoso, el inciso séptimo del artículo 227 el COT señala: “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...”<sup>55</sup> Pues la conclusión es obvia, toda persona en el ejercicio de sus derechos subjetivos privados puede resolver sus conflictos de la forma que les parezca más idónea-base

---

<sup>53</sup> En este sentido el convenio o acuerdo arbitral reviste un carácter híbrido cuyo origen es contractual. Vid. J. C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry, Tratado de derecho..., op. cit., p. 746.

<sup>54</sup> Artículo 12 Código Civil.

<sup>55</sup> Artículo 227 COT.

del negocio jurídico-<sup>56</sup> siempre que se respeten los límites mínimos que impone el Derecho, y a contrario sensu, no se puede obligar a las personas a recurrir a una justicia distinta a la estatal o pública, he ahí el motor del instituto arbitral que se plasma a través del convenio o acuerdo arbitral.

Para graficar aún más lo anterior y dada su calidad y claridad transcribiremos la explicación del profesor Eduardo Jequier Lehuedé:

“En este sentido entonces, los principios de subsidiariedad del Estado en materia económica y de autonomía de los grupos sociales intermedios constituyen, a fin de cuentas, dos caras de esta misma medalla denominada “libertad individual”. Así como la Constitución le reconoce a tales grupos la autonomía y la libertad de autorregularse para el logro de sus fines propios, así también –y consecuentemente– debe el Estado –y los grupos sociales mayores– abstenerse de irrumpir en el ámbito de actividad de los cuerpos sociales inferiores y, en último término, del individuo mismo. Dicho en otros términos, esta concepción de la sociedad implica que las organizaciones sociales mayores y el propio Estado deben dar paso a la libertad y a la autonomía del individuo y de los grupos sociales intermedios, en la medida que éstos puedan llegar por sí solos al logro de sus objetivos particulares. El principio de subsidiariedad deriva y depende así del reconocimiento de la libertad del individuo y se funda, en último término, en el concepto de bien común (que no es sino la derivación o el producto de la obra de todos quienes interactúan para lograrlo, llámense particulares, cuerpos sociales intermedios, sociedades mayores o el Estado mismo), por lo que el Estado debe abstenerse de desplazar a los

---

<sup>56</sup> En este sentido Federico De Castro y Bravo define el negocio jurídico como la declaración o acuerdo de voluntades, con que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela, sea en base sólo a dicha declaración o acuerdo, sea completado con otros hechos o actos. *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1985, p. 34.

particulares o cuerpos intermedios en la consecución de sus iniciativas y asegurar, por el contrario, que el individuo y los demás grupos sociales cuenten con los derechos y garantías que resultan inherentes a su propio desarrollo.

En síntesis, y planteado lo anterior en el ámbito de solución de las controversias jurídicas, debe concluirse que si las partes son realmente titulares de sus derechos subjetivos disponibles, libres en consecuencia para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en torno a ellos e incluso para renunciar a los mismos en conformidad a la ley, nada impide que sean ellas también, con igual libertad, quienes decidan resolver sus conflictos por medios distintos a los establecidos orgánicamente y de manera permanente por el Estado.”<sup>57</sup>

Lo anterior se produce como consecuencia de la concepción liberal de la sociedad, situación que recoge nuestra Constitución y diversos cuerpos legales de nuestro ordenamiento jurídico<sup>58</sup>, en este sentido actúa el principio de subsidiariedad del Estado en donde este promueve el bien común creando una serie de condiciones para que cada persona o individuo pueda alcanzar su propio bienestar e interviniendo en aquellas actividades en las cuales los particulares no puedan o no quieran promover o bien, cuando exista comprometido un interés colectivo. Debemos entonces distinguir entre el principio de necesidad y el de oportunidad.

Cuando el interés comprometido es colectivo opera el principio de necesidad pues este debe imponerse necesariamente por sobre el individual, constituye entonces la excepción, en la cual el Estado en esos

---

<sup>57</sup> E. Jequier Lehedé. El Arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno), Talca, 2011, p. 457.

<sup>58</sup> Cfr. con artículo 1 de la Constitución política de la República.

casos<sup>59</sup> debe intervenir y activar todos sus mecanismos con el objeto de resguardar los intereses de la sociedad. Sin embargo, cuando el interés comprometido es individual entonces el resguardo de dicho interés le corresponde a cada persona en particular dado que en el contexto de la libertad y autonomía reconocida a las personas cada quien determinará si ejerce o no las acciones correspondientes en orden a proteger sus derechos. Así las cosas, si determinado individuo opta por no ejercer sus derechos en orden a resguardar sus intereses particulares, con mayor razón podrá optar por resolver determinado asunto por medios alternativos de resolución de conflictos como el arbitraje y el Estado no puede limitar dicha facultad de acción de las personas pues sería inconstitucional.

Una vez que el sujeto decide someterse a arbitraje es fundamental el ejercicio de la autonomía de la voluntad, observamos la libertad como principio inspirador del mismo en todo su esplendor, desde el inicio hasta la finalización del proceso. En este sentido vemos que la libertad no sólo se ejerce en el pacto arbitral como señalan principalmente autores simpatizantes de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje<sup>60</sup> sino en diversos aspectos del mismo, a saber:

a) Pacto sobre competencia. A través del convenio arbitral se crea la competencia del tribunal arbitral<sup>61</sup> siempre que aquello no esté prohibido o existan normas de competencia absoluta respecto a la materia objeto del juicio.

b) Designación de los jueces. Son las partes las que de común acuerdo elijen el o los jueces que conocerán del asunto a su entero arbitrio.

---

<sup>59</sup> Así, a modo de ejemplo, en el ámbito penal donde existe un interés público comprometido en la comisión de delitos corresponde al Estado resguardar la seguridad de la sociedad.

<sup>60</sup> Cfr. con Teoría jurisdiccional. Cap. I.

<sup>61</sup> M.F. Vásquez Palma. Arbitraje en Chile..., op. cit. p. 370.

c) Tipo de árbitro. El que puede ser arbitrador, de derecho o mixto conforme lo estimen las partes más convenientemente.

d) Pacto sobre el procedimiento. Pueden establecerse reglas relativas a las notificaciones o prueba pudiendo ampliarlas y/o limitarlas en su forma.

e) Lugar o sede del juicio. Donde se va a llevar a cabo el juicio.

f) Plazos. Pudiendo ampliar o generalmente acotando los plazos con el objeto de que resulte más expedito el proceso.

g) Recursos procesales. Las partes pueden establecer o renunciar a determinados recursos procedentes en contra del fallo o laudo arbitral.

h) Revocación del arbitraje o árbitro. De común acuerdo las partes pueden revocar el nombramiento del árbitro o designar uno distinto si el proceso ya ha comenzado.

De esta forma la disposición de los justiciables en orden a resolver al conflicto no solo se manifiesta al inicio del proceso, esto es, al decidir someterse al procedimiento arbitral sino también en el proceso mismo. Así, uno de los argumentos esgrimidos por quienes defienden la tesis jurisdiccional es que la autonomía de la voluntad sólo se observa en el acuerdo arbitral, sin embargo hemos señalado que lo anterior no es así y que la autonomía de las partes se refleja en todo el proceso, de ahí que se sostenga que constituye el eje del arbitraje. Tal relevancia se manifiesta no sólo en el proceso mismo sino también en las materias que se someten a arbitraje por cuanto uno de los criterios –el cual compartimos- es que para someterse a arbitraje debe tratarse de derechos de libre disposición situación que contrasta en perfecta armonía con lo que se da en la práctica.



Según cifras del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago – principal sede de arbitraje en Chile- demuestran que las causas de término de los arbitrajes mediante avenimiento y transacción son mayores porcentualmente a las terminadas mediante sentencia definitiva<sup>62</sup> lo que refuerza la idea de que, el arbitraje forzoso es una contradicción a la libertad de las partes, la autonomía de la voluntad se presenta en todo el proceso y que, la arbitrabilidad tiene mucha relación con la disponibilidad de derechos.

Así las cosas, según hemos venido insistiendo la autonomía de la voluntad no es sino el eje sobre el cual se construye esta máquina llamada arbitraje, es así que decimos que la libertad resulta ser el principio base del mismo, en esta sentido la libertad y autonomía a las cuales nos hemos venido refiriendo se manifiestan en cuatro aspectos claves y precisos que a continuación abordaremos de forma sucinta en la institución arbitral: El acuerdo arbitral; La independencia del contrato arbitral; La autonomía del árbitro para conocer de su competencia; y La autonomía del árbitro en su accionar.

## **5.1 El Acuerdo Arbitral.**

Constituye la piedra angular del arbitraje<sup>63</sup> a través del cual las partes deciden, en pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad, someter determinado asunto a la jurisdicción de un juez árbitro para que sea este y no la judicatura estatal quien resuelva el asunto en conflicto. En este sentido, existe por una parte una renuncia a la jurisdicción ordinaria o

---

<sup>62</sup> Estadísticas obtenidas muestran que entre las causales de término de los arbitrajes realizados entre 1992- 2012 en un 33% es por sentencia definitiva, 29% por avenimiento, 9% transacción, 5% desistimiento, 13% abandono y 11% otras. En este sentido si sumamos las causales que obedecen a acuerdo entre las partes, avenimiento y transacción, nos da un 38%, cinco puntos por encima de las terminadas por sentencia definitiva.

<sup>63</sup> M. F. Vásquez Palma, Arbitraje en..., op. cit. p. 281.

especial y por otra, el sometimiento a una jurisdicción privada como lo es el arbitraje. De ahí que se sostenga que el acuerdo arbitral tiene un efecto negativo y uno positivo<sup>64</sup>.

### **5.1.1. Concepto.**

Gran parte de la doctrina nacional, al igual que nuestra legislación interna, distingue entre compromiso y cláusula compromisoria<sup>65</sup>, sin embargo actualmente la tendencia moderna en forma uniforme apunta hacia no realizar tal distinción debido a que se refieren a una misma cosa, de esta forma simplemente se habla de Acuerdo, Convenio o Pacto Arbitral. La Ley 19.971 sobre arbitraje comercial internacional aprobada en Chile el año 2004 define el acuerdo arbitral en los siguientes términos:

“El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> En virtud del efecto positivo se generan dos aspectos distintos, por un lado las partes se obligan a que una vez que haya surgido el conflicto éstas acudirán al árbitro designado o bien, procederán a su nombramiento, corresponde a una obligación contractual, por otro lado tiene el efecto de atribuir competencia al tribunal arbitral para que conozca de la controversia. El efecto negativo se genera al excluir la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, este sentido si alguno de los interesados concurre a un tribunal estatal este debiera declarar su incompetencia previo a verificar la validez del acuerdo arbitral.

<sup>65</sup> P. Aylwin Azócar, *El juicio...*, op. cit., p. 213 y ss. ; R. Abeliuk Manasevich, *Estudios de arbitraje*, p. 42 y ss.

<sup>66</sup> Artículo 7 Ley 19.971.

La distinción efectuada por parte de la doctrina encuentra su principal fundamento en que por medio de la cláusula compromisoria se señala que se someterá la eventual controversia a arbitraje por lo que requiere de un acuerdo posterior, en tanto, el compromiso es precisamente dicho acuerdo posterior en el cual se designan los árbitros, fija el reglamento, ley aplicable, etc. En estos casos algunos autores hablan de “acuerdo preliminar” y “acuerdo definitivo”<sup>67</sup>.

El problema se genera, dado en gran parte por la desatinada regulación por parte del legislador, cuando existe la denominada cláusula compromisoria la que por sí sola no genera un arbitraje sino más bien un deseo de arbitraje si es que acaso en el futuro se suscita un conflicto, y esto dado su contenido que no regula mayores detalles, y también, por la inexistencia de normas en la legislación interna que regulen dicha situación. De esta forma podría darse la paradójica situación en que una de las partes intente desconocer este deseo de someterse a arbitraje negándose a celebrar el compromiso-ya habiendo manifestado su deseo de que el conflicto lo resolviera un árbitro-y la otra intentando en sede ordinaria –a la cual se había renunciado dando paso al arbitraje- que se condene al demandado a que dicha controversia sea resuelta por medio de arbitraje.

### **5.1.2. Requisitos del acuerdo arbitral.**

#### **a) Requisitos comunes.**

El acuerdo arbitral emana de la voluntad de las partes, como hemos venido sosteniendo, por lo que tiene origen contractual al cual se le aplican

---

<sup>67</sup> J. C. Fernández Rozas. Estudios de Arbitraje, El Convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino, Santiago, 2006, p. 706.

las reglas generales como acto civil que es, en este sentido se aplican reglas de consentimiento, capacidad, objeto, causa y solemnidades.

b) Manifestación inequívoca.

Un requisito esencial para la que el acuerdo arbitral pueda dar lugar al arbitraje es que las partes hayan manifestado de forma clara e inequívoca su intención de que una vez haya surgido un conflicto dentro de una relación jurídica esta va a ser resuelta por árbitros. El ejemplo clásico en el donde las partes no realizan lo antes indicado es cuando se pacta una cláusula facultativa, esto es, cuando en el convenio se señala que una vez originada la controversia esta “podrá” ser resuelta por árbitros. Claramente lo anterior da pie para que una de las partes someta el conflicto en sede estatal por lo que el arbitraje se torna en una solución inservible.

c) Constar por escrito.

Este es un requisito formal del convenio, ya sea que adopte la forma de un contrato independiente o la de una cláusula inserta en el negocio principal, el acuerdo arbitral debe constar por escrito. Así lo señala en forma expresa la Ley 19.971 (Art. 7)<sup>68</sup>.

### **5.1.3. Funciones del Acuerdo Arbitral.**

Estamos en presencia de un acto jurídico que goza de una naturaleza híbrida por cuanto nace de la voluntad de las partes quienes deciden someterse a arbitraje y por cuanto tiene por objeto la renuncia de la competencia de los tribunales ordinarios y su posterior atribución a jueces árbitros. Se suele afirmar entonces que el acuerdo arbitral tiene un origen

---

<sup>68</sup> Ley 19.971 artículo 7 número 2.

contractual, el cual es un acto civil, y además tiene efectos en la competencia de los tribunales, el cual es procesal<sup>69</sup>.

Por tanto se trata de un acto con fines específicos y complejos, pero entre sus principales funciones podemos señalar las siguientes:

- a) Producir efectos vinculantes entre las partes;
- b) Permitir la exclusión de la intervención de los tribunales ordinarios cuando surja un conflicto;
- c) Otorgar a los árbitros atribuciones para solucionar las posibles controversias, y
- d) Permitir poner en marcha procedimientos conducentes al pronunciamiento de una sentencia ejecutable conforme a derecho<sup>70</sup>.

## **5.2. Independencia del Acuerdo Arbitral.**

Como dijimos en pasajes anteriores el acuerdo arbitral puede adoptar dos formas, la de un contrato separado e independiente o la de una cláusula inserta en el contrato principal. En cualquiera de sus formas el acuerdo tiene un solo objeto y por tanto sus efectos son similares, esto en el ámbito internacional y en el derecho moderno, ya que en el ámbito interno dada la precariedad de normas que regulen esta institución se ha distinguido entre compromiso y cláusula compromisoria, con efectos dispares, sin perjuicio de perseguir un mismo fin.

---

<sup>69</sup> J. C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry. Tratado de derecho..., op. cit., p. 770.

<sup>70</sup> Guerrero, Roberto, Estudios de arbitraje, Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular, Santiago, 2006, p. 630.

La relevancia de este principio del acuerdo arbitral radica en que no obstante el contrato o negocio principal objeto de arbitraje sufra de problemas de anulabilidad por defectos de forma o fondo esto no afecta al convenio por cuanto es independiente del contrato principal, incluso en aquellos casos en que se haya incluido como cláusula del mismo. No se aplica en este caso el aforismo que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, precisamente porque el pacto arbitral no es una cuestión accesorio o anexa. La relación entre ambos es simplemente material u objetiva<sup>71</sup>.

Lo anterior significa que una vez se haya cumplido con los requisitos generales y específicos de existencia y validez del acuerdo arbitral este tiene vida propia, independiente, y que, si se suscitan conflictos relativos a la nulidad y validez del contrato principal es competente para conocer el juez árbitro incluso sobre su propia competencia como veremos a continuación.

### **5.3. La autonomía del árbitro para conocer de su competencia.**

También denominado el principio Competencia-Competencia (Kompetenz-Kompetenz) por su origen alemán- en materia arbitral. Como señalamos previamente el acuerdo arbitral goza de vida propia, autonomía e independencia respecto del contrato del cual forme parte, es por esto que la nulidad del contrato no conlleva la del acuerdo arbitral inserto en el mismo. En este sentido el principio competencia-competencia implica que el árbitro es el llamado a conocer no solo de las cuestiones que se susciten a propósito del negocio principal sino también sobre las cuestiones

---

<sup>71</sup> M. F. Vásquez Palma. Arbitraje en Chile..., op. cit., p. 351.

derivadas del propio convenio arbitral inclusive las alegaciones sobre la nulidad tanto del contrato principal como del propio convenio<sup>72</sup>.

El fundamento de este principio radica en la voluntad de las partes ya que a través del acuerdo arbitral el objetivo de estas es excluir la competencia de los tribunales estatales y radicarla precisamente en tribunales arbitrales, por tanto lo que se busca es que cualquier conflicto que se pudiera suscitar sea conocido y resuelto por árbitros. En este sentido siendo el acuerdo válido o eficaz supone la instauración del tribunal arbitral y una vez aceptado el cargo de árbitro es deber del mismo conocer de las controversias que surjan entre las partes, incluida la que surja sobre su propia competencia, sin perjuicio de que pueda ser objeto de revisión a través de los recursos procedentes en contra del laudo.

Lo contrario implicaría restarle eficacia a la validez del acuerdo arbitral<sup>73</sup> toda vez que resultaría demasiado fácil obviar la justicia arbitral por una de las partes tan solo reclamando la nulidad del acuerdo ante la justicia ordinaria. Es por esto que si se alegare la nulidad o invalidez del convenio en sede estatal lo que corresponde es que esta verifique la existencia de un acuerdo válido cuyo objeto sea la constitución del arbitraje antes de derivar el asunto al tribunal arbitral<sup>74</sup>.

La doctrina nacional tiene opiniones dispares sobre la materia en el sentido de distinguir entre dos problemáticas. Primero, respecto de la nulidad o invalidez del contrato, en este punto la doctrina entiende que se trata de un conflicto derivado del negocio jurídico en sí, por lo que la manifestación inequívoca de las partes de someterse a la jurisdicción

---

<sup>72</sup> El artículo 16 número de la Ley 19.971 establece, en el capítulo IV sobre la competencia del tribunal arbitral, que este está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones o a la validez del acuerdo de arbitraje.

<sup>73</sup> J. C. Fernández Rozas y E. Artuch Iriberry. Tratado de derecho..., op. cit. p. 760.

<sup>74</sup> M. F. Vásquez Palma. Comprensión del principio "Competencia-competencia" y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral, Santiago, 2010, p. 186.

arbitral actúa con plena validez precisamente porque ese es el objetivo buscado por las mismas. Sin embargo, una opinión diferente se tiene cuando se trata de de la nulidad o invalidez del propio convenio arbitral ya que se sostiene que el árbitro no puede decidir sobre su propia competencia, esto es, cuando se pone en duda su propia jurisdicción pues podría conducir al absurdo de resolver una cuestión respecto de la cual no goza de competencia para conocer conllevando a la nulidad de dicha resolución<sup>75</sup>.

La problemática acerca de este principio se encuentra zanjada en materia internacional, la LACI establece expresamente en su artículo 16 la competencia del árbitro para conocer de su propia competencia. El enigma se plantea, una vez más, en el ámbito interno. Y es que la escasa legislación en la materia no permite arribar a una posición concluyente, cuestión que da para que la doctrina y la jurisprudencia tengan opiniones dispares. Resulta necesario entonces revisar la normativa doméstica y adecuarla a los criterios internacionales con el objeto de terminar con esta dualidad legislativa existente.

#### **5.4. La autonomía del árbitro en su accionar.**

La autonomía se expresa aquí en la libertad que goza el árbitro como juez que es al constituirse el juicio arbitral. En este el juez tiene absoluta libertad, conforme a las reglas que hayan pactado las partes, en la sustanciación del juicio. Los principios de independencia e imparcialidad son fundamentales, ya sea al momento de la elección del árbitro por las partes o al momento en que dicha elección se entregue a una institución.

La LACI se refiere en este punto en el art. 5 al establecer la no intervención de ningún tribunal en los asuntos regidos por dicha ley, salvo

---

<sup>75</sup> P. Aylwin Azócar. El juicio..., op.cit., p. 401.



disposición en contrario<sup>76</sup>. Esto nos da un ejemplo de la visión que existe respecto del arbitraje en el ámbito internacional y que se refuerza en el momento en que existe solo una forma de impugnación del laudo arbitral, el recurso de nulidad.

En el ámbito interno, al no reconocerse con toda su fuerza el principio de la autonomía de la voluntad en el arbitraje y al no establecerse expresamente en la normativa interna, se presentan algunas contradicciones.

Primero, en lo relativo a posición que ostenta la justicia arbitral, se sostiene por aquellos adeptos de la tesis jurisdiccional, que los árbitros son jueces de la República integrantes del Poder Judicial y por tanto afectos a las normas que rigen a los jueces estatales. Sin embargo, principios básicos derivados de la función jurisdiccional no son aplicables a los árbitros ya que como hemos señalado estos no forman parte del Poder Judicial<sup>77</sup>, una de las tantas razones es la no aplicación a estos de los principios de inamovilidad y permanencia fundamentales en la organización estatal. La razón radica en que los tribunales arbitrales no tienen el carácter de permanencia, solo se constituyen para resolver el asunto determinado sometido a su conocimiento, una vez dictado el laudo y su posterior ejecución este desaparece puesto que se trata de un método privado de resolución de conflictos.

Segundo, existe una situación que tiene directa relación con la clasificación del árbitro en el derecho interno. Éstos se clasifican en árbitros de derecho, arbitradores y mixtos. Pues bien, la autonomía de la voluntad cumple un rol fundamental en la materia ya que es esta una de las fuentes de la independencia del árbitro en su actuar. Por medio de esta

---

<sup>76</sup> Ley N° 19.971.

<sup>77</sup> Cfr. Cap. II sobre la naturaleza jurídica del arbitraje.

autonomía las partes pueden establecer las reglas del procedimiento e incluso la forma de apreciación del juez, sin embargo esta distinción resulta contradictoria con la naturaleza misma del arbitraje atendidas sus funciones y objeto. El árbitro debiera tener absoluta libertad e independencia en su actuar derivado de la voluntad de las partes, cuestión que no se cumple al existir el árbitro de derecho, quien debe ceñirse estrictamente por las normas legales aplicables a los jueces ordinarios, lo mismo sucede con el árbitro mixto en lo relativo a la dictación de la sentencia.

Es importante para la institución arbitral que el árbitro goce de autonomía y se rija estrictamente por las reglas que las propias partes hayan establecido en el contrato o por aquellas que hayan aceptado tratándose de arbitraje institucional con el fin del correcto funcionamiento del arbitraje teniendo en habida consideración el objeto para el cual se ha constituido.

Finalmente, otra cuestión que produce contradicciones de fondo al hablar de la independencia del árbitro dice relación a la dictación del laudo y su posterior impugnación ya que actualmente se establecen demasiados recursos en su contra lo que atenta contra uno de los objetivos buscados por las partes como es la celeridad del juicio arbitral. Asimismo se produce la intervención innecesaria del Poder Judicial en la decisión adoptada por el árbitro cuestión que podría afectar en exceso la independencia de este al tener dos posibles instancias que funcionen como revisoras de la sentencia dictada por el juez.

Tratándose de árbitros arbitradores existe la mayor libertad, sin embargo el régimen de recursos procedentes es el de queja, casación en la forma y apelación siempre que se haya acordado por las partes, expresando que se reservan dicho recurso para ante otro árbitro del mismo

carácter y siempre que lo hayan designado en el acuerdo. En cuanto a los árbitros de derecho y mixto se debe añadir la casación en el fondo y aquí la apelación no requiere mención expresa para que sea procedente en contra del laudo. Todo lo anterior, esto es, cualquiera sea el tipo de árbitro siempre son procedentes la reposición y la aclaración, rectificación o enmienda.

Se puede observar el extenso régimen de recursos en contra del laudo arbitral, situación que produce precisamente el efecto inverso al querido por las partes<sup>78</sup>, el cual es contar con una resolución rápida y eficaz que resuelva la controversia surgido entre estas. Esto por cuanto toda la celeridad que se pueda haber logrado en el procedimiento arbitral se ve ralentizada por el procedimiento ante la jurisdicción ordinaria como son la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

Lo más conveniente, con el objeto de resguardar los intereses de las personas que buscan un procedimiento alternativo más rápido y que se ajuste mejor a sus necesidades, es establecer un único recurso. Es lo que ha seguido la legislación internacional y en particular la LACI al regular como única vía de impugnación del laudo el recurso de nulidad el cual es procedente por seis causales específicas y taxativas. De esta forma se resguarda la voluntad de las partes y el pleno cumplimiento de las normas procesales atendidas las garantías constitucionales del debido proceso.

---

<sup>78</sup> A. Romero Seguel. Nociones generales sobre la justicia arbitral, Santiago, 1999, p. 425.

## **CAPÍTULO TERCERO: EL ARBITRAJE FORZOSO Y SUS PRINCIPALES ASPECTOS CONTRADICTORIOS Y CONFLICTIVOS**

### **1. Concepto.**

Es aquel sistema en el cual es el legislador quien determina que ciertas materias, establecidas por ley, van a ser resueltas a través de arbitraje y no por los tribunales ordinarios o especiales de justicia. No existe aquí acuerdo arbitral entre las partes, no es la autonomía de la voluntad la que da vida al arbitraje sino la voluntad del legislador quien impone el conocimiento de determinados asuntos a la justicia arbitral. En este sentido la fuente del arbitraje es la ley y no el acuerdo o convenio arbitral.

### **2. Características.**

- a) Constituye una excepción en la institución del arbitraje.

La regla general en materia de arbitraje ya que es el denominado arbitraje voluntario, el no es más que la institución arbitral en sí. Hemos señalado a lo largo de este trabajo que el arbitraje nace como un mecanismo en donde prima la voluntad de las partes, en especial para decidir resolver ciertos conflictos a través de un tercero imparcial designado por ellas mismas. El arbitraje forzoso u obligatorio emerge como una figura que transgrede con los principios fundantes de esta institución toda vez que atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes para resolver controversias como mejor lo estimen-recordemos que se trata de

bienes jurídicos disponibles- y que además constituye norma de competencia absoluta por lo que quien no cuente con los medio para contratar árbitros no podrá ver resuelto su problema, cuestión que es inconstitucional como veremos más adelante.

b) Es obligatorio.

Deja ser voluntario el arbitraje, como tradicionalmente lo es, y las partes pierden la autonomía para acudir a este método alternativo de resolución de conflictos. Resulta que la única vía para dirimir las controversias del art. 227 es mediante árbitros, sin perjuicio de que como señalan algunos también se les concede a las partes la libertad de resolver por ellas mismas estos asuntos, lo cierto es, que si no hay acuerdo entre ellas para resolverlos el camino es solo uno, el arbitraje.

c) Las materias se encuentran señaladas en forma taxativa por el legislador.

Sin perjuicio de que las principales materias se encuentran señaladas en el artículo 227 del COT, este no es taxativo, al establecer el número 5º de dicho artículo las demás que determinen las leyes. Se encuentran por tanto otras materias distintas de las indicadas en el artículo en comento como por ejemplo la establecida en el art. 244 del Código de Aguas referido a la repartición de aguas o ejercicio de derechos que surjan entre comuneros, el caso del art. 355 inc.2º del Código del Trabajo referido a la negociación colectiva o la del art. 40 de la Ley N° 19.281 en relación al arrendamiento con promesa de compraventa, entre otras.

### **3. Materias de arbitraje forzoso.**

No obstante encontrarse consagrado el principio de la autonomía de la voluntad en nuestro ordenamiento jurídico, esto no ha sido óbice para limitarlo sin fundamento jurídico alguno. Si bien existe libertad para someterse a arbitraje, nombrar o designar al tribunal arbitral, terminar el compromiso y/o renunciar a ciertos recursos, esta libertad se ve gravemente limitada al establecer el legislador ciertas materias objeto de arbitraje forzoso. Se encuentran enumeradas, principalmente<sup>79</sup>, en el artículo 227 del COT, son las siguientes:

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

2º La partición de bienes;

3º 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;

4º 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;

5º Los demás que determinen las leyes<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Otros casos de arbitraje forzoso se encuentran, a modo de ejemplo en art. 244 del Código de Aguas; art. 355 inc. 2º del Código del Trabajo; art. 40 de la Ley N° 19.281.

<sup>80</sup> Art. 227 del Código Orgánico de Tribunales.

La legislación en materia de arbitraje se ha mantenido intacta desde la promulgación y publicación de la Ley de organización y atribuciones de los tribunales en 1875 lo que ha impedido su desarrollo. Sin embargo ha habido un intento de modificación precisamente en el gobierno de don Patricio Aylwin, específicamente en el año 1992<sup>81</sup>.

Es importante mencionar este único intento de modificación de la institución arbitral por cuanto nos permite sumar a nuestro favor la hipótesis de que el legislador nacional ha errado desde sus inicios en el entendimiento del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos y que, como consecuencia de esto último, es que hasta en la actualidad la normativa vigente, en el ámbito arbitral interno, presenta profundas contradicciones. El proyecto en comento buscaba otorgar mayor preponderancia a la justicia arbitral estableciendo una lista de árbitros sujetos a control de la Corte de Apelaciones, designación de árbitro por terceros, intentaba resolver el problema de las medidas prejudiciales precautorias, etc. Sin embargo, particular relevancia tiene la intención de aumentar las materias de arbitraje forzoso<sup>82</sup>. Lo interesante es que los argumentos esgrimidos en la discusión parlamentaria que se dio en la

---

<sup>81</sup> Boletín N° 857-07.

<sup>82</sup> El proyecto buscaba ampliar el artículo 227 del COT estableciendo: "Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:

1.- La partición de comunidades de bienes, cualquiera sea la causa que las haya generado, entre ellas las hereditarias y las originadas en la disolución de la sociedad conyugal, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.325 del Código Civil.

2.- Las cuestiones que se suscitaren sobre la existencia o la exigibilidad de la obligación de rendir una cuenta y aquellas a que diere lugar su presentación y, en general, todos los juicios sobre cuentas.

3.- Las diferencias que ocurran entre los asociados, socios o accionistas de una sociedad de cualquier tipo, o entre aquéllos y la sociedad o sus administradores, durante la vigencia de la

Cámara del Senado atendían más a criterios políticos-administrativos que a criterios jurídicos. En este sentido el representante del Ministerio de Justicia, en ese entonces, el señor Raúl Tavolari defendía el proyecto y en particular la ampliación de materias del 227 del COT fundado en tres criterios, estos eran, la carencia de tiempo, el exceso de trabajo y la falta de especialización de los tribunales ordinarios de justicia<sup>83</sup>. Resulta evidente el desconocimiento del arbitraje en relación a los principios y fundamentos del mismo, para nada se habló del rol de la autonomía de la

---

sociedad o durante su liquidación, incluyéndose las sociedades de hecho y las asociaciones o cuentas en participación.

4.- Las controversias cuya cuantía sea susceptible de determinación pecuniaria y exceda de 1.000 unidades tributarias mensuales, que versen sobre los derechos y obligaciones, el cumplimiento o incumplimiento, la validez o nulidad y la interpretación de los siguientes actos y contratos:

- a) Compraventa, permuta, suministro, prestación de servicios, mandato, comisión y corretaje, siempre que al menos para una de las partes el respectivo acto tenga carácter mercantil;
- b) Representación o agencia mercantiles, distribución, concesión comercial y contrato sobre uso de franquicias;
- c) Transporte terrestre, marítimo y aéreo, incluido el contrato de pasaje;
- d) Seguros y reaseguros;
- e) Cuenta corriente y demás operaciones bancarias y financieras;
- f) Actos y contratos sobre cuentas corrientes mercantiles; cesiones de crédito de cartera de los mismos, con o sin obligación de cobro; depósitos y préstamos, siempre que, al menos para una de las partes, el respectivo acto tenga carácter mercantil;
- g) Actos y contratos sobre transferencia de tecnología, de marcas, patentes de invención, modelos industriales y los contratos de licencia para el uso y goce de estos bienes y servicios;
- h) Acuerdos entre empresarios cuyo giro sea comercial, industrial, agrícola o minero, que versen sobre explotación o comercio coordinados, asociaciones u otras formas de cooperación económica, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación para la defensa de la libre competencia;
- i) Arrendamiento con opción de compra, cuando, al menos para una de las partes, el contrato tenga carácter mercantil;

Sin embargo, los interesados pueden 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 1.325 del Código Civil."

<sup>83</sup> Discusión disponible en página del Congreso Nacional.  
<http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>



voluntad como eje de este sistema, de su naturaleza jurídica, de que se trata de un MARC y no de un medio descongestionante de los tribunales estatales ni de la profunda contradicción entre el arbitraje y el arbitraje forzoso, y aquellos que alzaron la voz en contra de la obligatoriedad de someter a árbitros determinadas materias no lograron modificar las normas ya existentes en el COT y en otros cuerpos legales, a pesar de existir opiniones de peso como la de la Corte Suprema de la época.

En este sentido la Excelentísima Corte había manifestado su opinión en contra de este proyecto fundado en criterios constitucionales de igualdad y acceso a la justicia, gratuidad y tutela judicial efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales estatales finalizando con que creía más conveniente entregar a la competencia de dicha Corte la facultad de dictar Autos Acordados que permitieran subsanar los posibles defectos que se observaran en el procedimiento arbitral<sup>84</sup>.

- 
- j) Actos y contratos sobre acciones, bonos y cualesquiera clase de títulos, valores o instrumentos de crédito, incluidas las operaciones de bolsa, aquellas en que intervengan agentes de valores y las que se refieran a fondos mutuos y almacenes generales de depósito;
  - k) De comercio marítimo, regulados en el Libro III del Código de Comercio;
  - l) De asesoría, consultoría comercial o técnica, proyectos de inversión, ingeniería e informática, y
  - m) De construcción.

Constituyen, asimismo, materia de arbitraje forzoso las controversias que se susciten con motivo de las promesas de celebrar contratos, de las que deriven de los actos preliminares o preparatorios de los mencionados en las letras que anteceden, incluyendo las ofertas, cierres de negocios y el contrato de opción.

Para estos efectos, se considerarán también mercantiles los actos preliminares si el acto o contrato definitivo que pueda derivar de ellos tiene tal carácter.

5.- Los demás que determinen las leyes.

<sup>84</sup> Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, sobre jueces árbitros y procedimiento arbitral. 1995.

En resumidas cuentas el proyecto de ley buscaba fortalecer el arbitraje forzoso cuyo argumento principal era el colapso de que sufrían los tribunales ordinarios de justicia y no el fortalecimiento del arbitraje en relación a sus principios fundamentales como la autonomía de la voluntad. Si bien estamos de acuerdo en que el arbitraje es una herramienta muy eficaz para la resolución de conflictos no lo estamos en el sentido de hacer de esta la regla general obligando a las partes a someterse a él<sup>85</sup>. Finalmente este proyecto fue aprobado en el Senado pero solo llegó hasta la instancia de la Cámara de Diputados y en el año 2002 fue archivado.

#### **4. Efectos.**

- a) No existe acuerdo arbitral.

La ley es la que crea el acuerdo arbitral en estos casos, las partes nada deciden someter a arbitraje pues de aquello ya se encargó el legislador, en este sentido una vez que haya surgido el conflicto objeto de arbitraje forzoso las partes simplemente se deben limitar a designar de común acuerdo al árbitro y a establecer las cuestiones accesorias relativas a la tramitación del juicio. Este resulta ser un importante punto de conflicto entre la autonomía de la voluntad y arbitraje forzoso ya que el acuerdo arbitral es la piedra angular sobre la cual discurre esta institución, es el convenio de las partes el que da vida al arbitraje, por lo que la obligatoriedad se presenta más que como un límite como una contradicción, cuestión que analizaremos en el próximo capítulo.

---

<sup>85</sup> El profesor Gonzalo Figueroa estaba por la idea de hacer del arbitraje el principal medio de resolución de conflictos para lo cual proponía entre otros el aumento de materias de arbitraje forzoso. Estudios de arbitraje..., op. cit. p. 35.

- b) Constituyen normas de orden público.

Las normas sobre arbitraje forzoso atribuyen competencia para conocer de determinados asuntos a árbitros y por contrapartida excluyen de conocer dichos asuntos a los tribunales estatales, esto es, norma de competencia absoluta y como tal resultan irrenunciables para las partes –a diferencia de la competencia relativa- por corresponder al orden público. Es por esta razón que las materias de arbitraje obligatorio fuerzan a las partes<sup>86</sup> para que, una vez existente el conflicto, se sometan a arbitraje ya que si se demanda en sede ordinaria lo que corresponde es que el tribunal de oficio declare su incompetencia.

## **5. Aspectos contradictorios y conflictivos.**

Hemos revisado aspectos de la autonomía de la voluntad tan relevantes como su fundamento, conceptualización, elementos y rol que ésta cumple en la institución arbitral demostrando que constituye el eje sobre el cual gira el arbitraje en todas sus dimensiones y que se plasma, con toda su fuerza, a través del convenio o acuerdo arbitral por el cual las partes deciden de forma libre y espontánea someter asuntos con el carácter de disponibles a la decisión de un tercero imparcial denominado árbitro. Por otra parte, recorrimos los fundamentos y la evolución del arbitraje y en especial del arbitraje forzoso esbozando sus principales características y efectos. Lo anterior siempre teniendo en mente el objeto de este trabajo el cual es demostrar la vulneración de la autonomía de la

---

<sup>86</sup> Discrepa don Eduardo Picand A. en este sentido. Señala que no existe tal obligatoriedad ya que el inciso 7º del art. 227 faculta a los interesados resolver por sí mismos las materias de arbitraje forzoso teniendo la libre disposición de sus bienes y que, de resultar lo contrario, las partes son libres resolverlas, solo que tratándose de las materias establecidas en el 227 del COT el legislador les recuerda que deben resolverse por árbitros. Estudios de arbitraje..., op. cit. p. 144.

voluntad al establecerse el arbitraje obligatorio, todo esto en el contexto de la institución arbitral.

En este apartado se exponen los que a juicio de este autor son los principales puntos de conflicto en los cuales precisamente es donde se genera esta absoluta contradicción al interior de una misma institución como lo es el arbitraje. La existencia de un sistema de resolución de conflictos que se caracteriza por la voluntad y la autonomía de las partes de someterse a él se ve limitado por el establecimiento de materias que solo podrán ser resueltas por este mismo sistema. El legislador obliga a las partes a acudir a un sistema que en su esencia misma es voluntario.

Esta situación existente en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra prácticamente erradicada en los países desarrollados y en el ámbito del derecho internacional. Basta con observar lo que se ha hecho en la Ley Modelo de la CNUDMI la cual es tomada por nuestro país y aprobada en el año 2004 bajo la denominación de Ley 19.971 Sobre arbitraje comercial internacional (LACI).

Esta regulación tan dispar entre la normativa interna versus la externa produce lo que se ha denominado como la dualidad legislativa en materia de arbitraje en la cual existe un arbitraje a nivel doméstico con profundas contradicciones conceptuales y un arbitraje internacional moderno que verdaderamente representa lo que debiera entender nuestro legislador por arbitraje<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Vid. Elina Mereminskaya, Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía, Cap. 6. disponible en <http://www.camsantiago.cl>

En este contexto es que la legislación interna en materia de arbitraje es sinónimo de desconocimiento y obsolescencia razón por la cual se producen numerosos puntos de conflictos que van desde aspectos tan básicos como sucede con el acuerdo arbitral hasta aspectos tan relevantes y complejos como la inconstitucionalidad del arbitraje forzoso. A continuación una exposición de los principales puntos de conflicto entre la autonomía de la voluntad en materia arbitral y la figura del arbitraje forzoso u obligatorio y aspectos de inconstitucionalidad, razones suficientes que demuestran lo insostenible que es mantener esta figura obligatoria en nuestro ordenamiento.

### **5.1. Autonomía de la voluntad.**

Se ha demostrado que este es el principio sobre el cual discurre todo el proceso arbitral, desde sus inicios al momento que las partes deciden voluntariamente resolver sus controversias mediante arbitraje hasta la entera ejecución del laudo. Al establecer el legislador que ciertas materias sólo podrán ser resueltas por árbitros lo que hace es vulnerar la autonomía de la voluntad desde sus raíces, desde su fundamento mismo el cual es la libertad<sup>88</sup>. Este es el derecho de mayor trascendencia de la persona humana, reconocido universalmente por los Estados democráticos. La capacidad del humano para obrar según su propia voluntad sin otro límite más que el derecho ajeno. El arbitraje forzoso contraria este derecho fundamental en su esencia misma, es la oposición que se instaura en nuestro sistema sin fundamento plausible alguno.

---

<sup>88</sup> I. Kant. Fundamentación... op. cit. p. 55.

El diccionario de la RAE la define en su acepción 1º como la “facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”<sup>89</sup>Tiene especial relevancia el hecho de que se trata de una facultad natural del hombre por cuanto se entiende que es inherente a la persona humana. Es por esta razón que se encuentra consagrado como derecho fundamental desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, variados Tratados Internacionales ratificados por Chile hasta la Constitución de la República de 1980 vigente en la actualidad. En este sentido el legislador sólo podrá limitar la libertad de las personas cuando así lo exija el interés de la sociedad, es decir, por razones que hagan justificable de forma absoluta tal restricción al derecho más trascendental de la existencia humana.

Se plantea que entre uno de los límites a la autonomía de la voluntad se encuentra la propia ley por lo que resulta de toda lógica que, mediante el 227 del COT, se pueda limitar dicha autonomía con el objeto de que determinadas materias sólo sean resueltas por árbitros. Por otra parte se señala que tal limitación es tan solo relativa ya que el mismo artículo en cuestión faculta a las partes de forma expresa para resolver dichos asuntos por sí mismas, en este sentido la obligatoriedad de someterse a arbitraje no sería absoluta<sup>90</sup>.

Sin embargo tal afectación a la libertad, y en general a las demás garantías constitucionales, sólo puede hacerse en el marco de lo razonable, de modo tal que dicha afectación no constituya una arbitrariedad por parte del Estado. Justamente aquella es la razón del art. 20 de la Constitución que busca proteger el legítimo ejercicio de los derechos y

---

<sup>89</sup> RAE.

<sup>90</sup> E. Picand Albónico. Estudios de arbitraje..., op. cit., p.144.

garantías que allí se señalan<sup>91</sup>. En este sentido, se señala que se impide el libre ejercicio en aquellos casos en que el legislador somete al derecho a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica<sup>92</sup>. Es por este motivo que se plantea incluso la inconstitucionalidad de las normas sobre arbitraje forzoso más allá de los conflictos y contradicciones que presenta esta figura al interior del arbitraje y en especial con el eje del mismo cual es la voluntad de las partes.

La existencia del arbitraje obligatorio coarta la libertad de las personas para adquirir o renunciar ciertos derechos, para decidir libremente la forma como resolver sus propias controversias y para elegir voluntariamente el medio idóneo que resolverá sus propios asuntos. Recordemos que, y en esto hay que ser majadero, se trata de bienes jurídicos disponibles por las partes, objetos según el propio Código Orgánico de Tribunales de transacción. Veamos cada uno de los aspectos que se desprenden de la libertad y en particular de la autonomía de la voluntad en el arbitraje.

#### **5.1.1. Libertad para contratar.**

Como se señala en el capítulo segundo, este elemento de la autonomía de la voluntad es fundamental en el ámbito privado, razón que no es distinta a lo que ocurre en el arbitraje. Se ha expuesto que el instituto arbitral tiene origen contractual, en este sentido y en virtud de este elemento, las partes son libres de celebrar o no determinado contrato, en este caso, el convenio o acuerdo arbitral. Por su parte el ordenamiento

---

<sup>91</sup> El Recurso de Protección tiene por objeto el restablecimiento del derecho y la debida protección de los derechos enumerados en el art. 20.

<sup>92</sup> E. Jequier Lehedé. Arbitraje forzoso..., op. cit. p. 465.

jurídico debe asegurar a las personas las mayores libertades encontrando su único límite en el derecho ajeno<sup>93</sup>. Por consiguiente el legislador vulnera el principio de la autonomía de la voluntad en la institución arbitral al forzar a las partes a recurrir a este sistema el cual precisamente tiene como fundamento y encuentra su razón de ser en la voluntariedad.

### **5.1.2. Libertad contractual.**

Este elemento se refiere a la libertad que reconoce el ordenamiento para que las partes convengan las cláusulas o contenidos del contrato como mejor les plazcan<sup>94</sup>. En este orden de ideas el arbitraje forzoso limita dicha libertad ya que el nacimiento del arbitraje está condicionado a la existencia de un determinado conflicto por lo que el acuerdo de someterse a arbitraje ya sea en forma independiente o inserto en un contrato siempre va a depender de una relación jurídica principal. Sin embargo, cuando nos encontramos en alguno de los casos del 227 del COT resulta imposible regular libremente los contenidos de determinado acto ya que se obliga a las partes a que dichos casos sean resueltos exclusivamente por un juez árbitro. Podría decirse que se trata de una cláusula obligatoria de la naturaleza pues se entiende incorporada sin necesidad de expresa mención.

### **5.1.3. Convenio arbitral.**

Si la autonomía de la voluntad es el principio que inunda al arbitraje en todas sus fases la forma en la que este se plasma con toda su fuerza es a través del acuerdo o convenio arbitral. Es el acuerdo de las partes el que permite atribuir competencia al tribunal arbitral para que este conozca del asunto sometido a su conocimiento y que, por otra parte, excluye la

---

<sup>93</sup> J. López Santa María. Los contratos..., op. cit., p. 168.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 187.



competencia de los tribunales estatales para pronunciarse de dicho asunto. Se ha señalado que este es el motor de la institución arbitral<sup>95</sup>. Es por medio del acuerdo de las partes que el arbitraje encuentra su fundamento, la manifestación inequívoca y realizada de forma autónoma es la que permite dar paso a este método alternativo de resolución de conflictos.

De esta forma el arbitraje obligatorio no puede entenderse como verdadero arbitraje, toda vez que este no descansa sobre la base de un sistema convencional, eje del mismo, sino más bien se presenta como un procedimiento judicial de excepción que pugna con el libre acceso a la justicia.

Resulta evidente pues, la colisión entre el arbitraje obligatorio y el motor mismo del arbitraje como lo es el convenio arbitral en el momento que el legislador, desde una perspectiva errónea del concepto de arbitraje, establece la obligatoriedad al interior de un sistema en el cual debe primar la voluntariedad.

#### **5.1.4. Competencia.**

Las normas sobre arbitraje forzoso producen un efecto negativo en el sentido de que excluyen de conocer de dichos asuntos a los tribunales ordinarios o especiales de justicia y por otra parte un efecto positivo por el cual se atribuye competencia a los jueces árbitros para conocer de los mismos. Esto produce que estemos en presencia de normas de orden público por cuanto se refieren a la competencia absoluta de los tribunales, normas que son irrenunciables por las partes, de ahí que no sea posible la prórroga de la competencia y que, las materias señaladas en el 227 del COT únicamente puedan ser resueltas por árbitros, sin perjuicio de la

---

<sup>95</sup> Víd. Supra. Cap. II.

facultad de las partes de resolver dichos asuntos siempre y cuando tengan la libre disposición de sus bienes y se encuentren todos contestes en orden a poner fin al conflicto.

Esto último tiene relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, que abordaremos más adelante, por cuanto el Estado renuncia a su función jurisdiccional<sup>96</sup> dejándola relegada a una institución privada. La pugna se produce entonces al obligarse a las partes a recurrir a una justicia que es pagada, en contraposición a la gratuidad –principio fundamental en el marco del derecho a la tutela judicial- que debe existir en los tribunales estatales.

Por tanto podría darse la situación en que un determinado asunto de aquellos objeto de arbitraje obligatorio no pueda ser resuelto debido a que las condiciones económicas de las partes no permiten solventar esta figura privada y a que el establecimiento de dichas materias importa la exclusión de competencia, inderogables por las partes, no puedan, a su vez, ser resueltas por los tribunales ordinarios de justicia.

#### **5.1.5. Arbitrabilidad.**

Esto se refiere básicamente a una de las mayores problemáticas que presenta el estudio de la institución arbitral y que actualmente presenta variadas y discordantes posiciones. Tal disyuntiva encuentra su origen en una pregunta muy simple pero compleja a la vez, ¿Qué arbitrar?, es decir, que materias son susceptibles de someter a arbitraje y cuáles no.

La cuestión no se encuentra zanjada entre la doctrina especializada dada la complejidad de las normas que interactúan, la que es aún mayor si se habla en el plano internacional en donde puede suceder, y es muy

---

<sup>96</sup> A. Romero Seguel. Nociones..., op. cit. p. 414.

común que suceda, que determinado asunto sea conocido y resuelto por un árbitro de determinado país pero que la ejecución del respectivo laudo se solicite en otro país completamente diferente. Lo anterior derivado de las complejas relaciones internacionales producto del flujo comercial entre los diversos estados y entre empresas transnacionales. El problema surge por la colisión entre el orden público y la materia que se busca dirimir ya que pueden existir comprometidos derechos de carácter indisponibles por las partes o que digan relación con aspectos respecto de los cuales el árbitro no esté facultado para conocer.

A pesar de que existen distintos criterios en la actualidad para delimitar cuando se está en presencia de materias inarbitrables en Chile el asunto no es claro, una vez más. El criterio existente viene dado en forma tripartita por la normativa relativa a la clasificación de arbitraje en cuanto a su materia, esto es, arbitraje voluntario, prohibido y forzoso.

En particular, en cuanto a los conflictos y contradicciones que producen las normas sobre arbitraje forzoso, el problema se produce por cuanto existen dos normas que expresamente señalan materias de arbitraje prohibido, la primera se refiere al derecho de alimentos y la separación judicial, y la segunda a las causas criminales, de policía local, aquellas que se susciten entre representante legal y representado y en las que deba ser oído el fiscal judicial. Lo relevante es el inciso segundo de esta segunda norma, en específico el art. 230 que señala “Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227.” Es decir, que frente a las normas de arbitraje forzoso y prohibido deben prevalecer las primeras. Se produce un grave conflicto ya que entre las materias de arbitraje forzoso podría el árbitro encontrarse con materias vedadas al árbitro pero que sin embargo entre a conocer dada esta prevalencia que otorga el art. 230 y lo que es más desconcertante aún viene dado por cuanto las materias inarbitrables obedecen a criterios en donde se pueda afectar el interés

público, de ahí la prohibición de someterlas a un juicio privado. Así las cosas podría suceder que sometido un asunto al conocimiento del árbitro por mandato del art. 227 las partes renuncien a los recursos procedentes en contra del laudo resultando entonces que se dé la situación de que el árbitro –un juez privado- resuelva asuntos de orden público, que incluso puedan afectar a terceros, sin existir la revisión estatal del laudo a través de los tribunales superiores de justicia.

## **5.2. Inconstitucionalidad del arbitraje forzoso.**

Como último punto de conflicto he dejado lo que me parece la cuestión más grave. Se ha regulado esta institución en 21 artículos en el Código Orgánico de Tribunales y 16 artículos en el Código de Procedimiento Civil y lo ha hecho, según hemos demostrado, sin entender verdaderamente la función que cumple el arbitraje, esto es, ser un medio alternativo de resolución de conflictos en donde la voluntad de las partes lo es todo para que este tenga éxito como tal.

Sin embargo, el legislador ha tenido en mente una diversa concepción del arbitraje, llegando incluso a discutir un proyecto que tenía por objeto el robustecimiento del arbitraje forzoso planteando la ampliación de materias del 227 del COT<sup>97</sup>. Todo esto se suscita a propósito de la tesis jurisdiccional que se sostiene por parte de la doctrina nacional que parte de la base de que el juez árbitro ejerce la actividad jurisdiccional del Estado por lo que forma parte del Poder Judicial y por tanto es considerado un juez más cuya acción se encuentra sujeta a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Es en función de esta

---

<sup>97</sup> Cfr. Infra. a propósito de las materias de arbitraje forzoso.

errónea tesis que se ha tenido acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje que se ha mantenido inalterable la legislación en la materia y que permite que en especial lo relativo al arbitraje forzoso tenga una casi nula aplicación práctica y se presente más como un problema que como una solución efectiva.

La figura del arbitraje forzoso u obligatorio no sólo pugna contra la esencia misma del arbitraje por cuanto vulnera de manera ostensible el principio rector de esta institución como lo es la autonomía de la voluntad, sino también y cuestión más grave aún es que su inconstitucionalidad por una serie de razones que expondré a continuación.

### **5.2.1. Libertad.**

El artículo 1º de la CPR establece que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos<sup>98</sup>. Este es uno de los tantos artículos de nuestra Carta Magna que reconocen la libertad como un derecho fundamental de las personas<sup>99</sup>. Lo mismo hacen los Tratado Internacionales en la materia. Los artículos 9, 12, 18, 19, 21 y 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y art. 1, 7, 12, 13, 16 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconocen la libertad como derecho fundamental.

Resulta relevante recalcar tal y como se viera en el Capítulo I que la libertad, al igual que los demás derechos fundamentales, es inherente a la persona humana por tanto es anterior y superior al propio Estado. En este orden de ideas el legislador no crea los derechos fundamentales sino solo

---

<sup>98</sup> Constitución política de la República.

<sup>99</sup> Víd. Supra. Cap. II.

los reconoce y es deber del Estado garantizar y promover el libre ejercicio de estos y su debida protección a través de los diferentes Órganos Estatales creados para tales efectos.

Al reconocer la libertad el Estado reconoce la autonomía de las personas no solo para acudir libremente a los tribunales de justicia si así lo requieren sino también para resolver sus propios conflictos en la medida que se trate de asuntos que afecten bienes jurídicos disponibles, esto es, susceptibles de transacción. Sin embargo, con la instauración de la figura del arbitraje forzoso u obligatorio la libertad de las personas resulta doblemente afectada: a) En sentido positivo, por cuanto el Estado obliga a los particulares a recurrir a una justicia privada aún contra su propia voluntad no obstante tratarse de asuntos disponibles, es decir, renunciables conforme al art. 12 del C.C. por tratarse de derechos que miran al interés particular del renunciante y; b) En sentido negativo, por cuanto al establecer el legislador materias que deben ser resueltas únicamente a través de árbitros está negando el legítimo derecho de los ciudadanos a recurrir a los tribunales estatales afectando el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la Constitución y diversos Tratados Internacionales.

### **5.2.2. Igualdad ante la ley.**

Esto se basa en el legítimo derecho que tiene cada uno de los ciudadanos de la nación a recurrir a la justicia estatal cuando lo estime oportuno. De esta forma la instauración de un sistema de arbitraje obligatorio discrimina a aquellos que no pueden solventar los gastos de un proceso que es privado, el árbitro es un juez privado. Mucho se sostiene por parte de la doctrina que el arbitraje es un juez integrante del Poder Judicial, sin embargo a este no se le aplica el Estatuto administrativo del

Poder Judicial, se señala que ejerce la función jurisdiccional del Estado, sin embargo no corresponde a un tribunal permanente de la Nación. Pues bien, el juez árbitro es un personaje privado contratado por las partes que en la mayoría de los casos se trata de un abogado. En este sentido el árbitro hace lo que el Poder Judicial pero no es el Poder Judicial<sup>100</sup>.

Ahora bien, se sostiene que la discriminación como tal no es ilegal, la ley faculta al legislador para hacer diferencias toda vez que ello encuentre fundamento en el interés de la Nación. El conflicto se produce cuando se trata de una discriminación arbitraria, es decir, cuando no encuentra justificación suficiente que la haga legítima, he ahí una inconstitucionalidad.

Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 1 y 19 número 3º de la Constitución de la República. El primero de ellos se refiere a la igualdad de derechos de todos los habitantes de la República<sup>101</sup>, el segundo al debido proceso, en cuanto la CPR asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos<sup>102</sup>. Uno de los efectos que produce el arbitraje forzoso es la incompetencia absoluta de los tribunales estatales para conocer de las materias del 227 del COT, por tanto para poder acceder a un juez árbitro con el fin de que resuelva dichas controversias se requiere de recursos económicos por parte de los interesados ya que no existe gratuidad de ningún tipo por lo que existe un número importante de personas a las cuales se les discrimina impidiéndoles dicho acceso. En consecuencia, esta desigualdad derivada de cuestiones económicas produce un problema en el acceso a la justicia. En el fondo el Estado, tratándose de la justicia, nos está diciendo que determinados asuntos sólo podrán ser resueltos por un medio de resolución de conflictos el cual es privado. Como bien grafica el profesor Alejandro

---

<sup>100</sup> E. Jequier Lehedé. El arbitraje forzoso..., op. cit, p. 460.

<sup>101</sup> Constitución política de la República.

<sup>102</sup> Id.

Romero, es como si en materia de salud el Estado estableciera que ciertas enfermedades sólo serán tratadas en clínicas privadas y no en hospitales<sup>103</sup>, que dicho sea de paso, son precisamente los llamados a atender las necesidades de la sociedad.

### **5.2.3. Tutela judicial efectiva.**

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida<sup>104</sup>. Lo anterior se encuentra establecido en nuestra Carta Fundamental, esto es, el derecho garantizado que tiene cada persona, natural o jurídica, para recurrir a los tribunales estatales dotados de jurisdicción para la administración de justicia conforme las normas legales vigentes. Desde este punto de vista la tutela judicial efectiva no es tan sólo un principio sino un derecho fundamental por cuanto conlleva la perfecta armonía de una sociedad que basa sus intereses en el orden público, la paz social y el bien común. Aún más, este derecho se encuentra consagrado en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Tratados Internacionales aprobados y ratificados por Chile con la supremacía que se les reconoce por el art. 5 de la CPR.

Las normas antes citadas hacen alusión a dos caras de una misma moneda, por una parte el acceso a la justicia como derecho fundamental de

---

<sup>103</sup> En este sentido Alejandro Romero Seguel crítica con énfasis las pretensiones existentes en asegurar la gratuidad a la justicia cuando se obliga a los justiciables a recurrir a una justicia pagada. En la misma línea, continúa señalando que ello sería como si para reconocer efectividad al derecho a la salud se obligue a los enfermos a recurrir a clínicas privadas. *Nociones...*, op. cit., p. 414

<sup>104</sup> Art. 19 N° 3 inc. 2° CPR.



toda persona, es decir, el derecho a recurrir a los órganos establecidos por ley y de ser oído en los mismos; y por otra, al deber del Estado de garantizar tal derecho a través de la instauración de tribunales de justicia receptores de las pretensiones deducidas por las personas en el ejercicio de sus acciones. Esta garantía desaparece con el arbitraje obligatorio toda vez que al atribuir competencia exclusiva al juez árbitro excluye a los demás de conocer las materias propias de este tipo de arbitraje. En este sentido el Estado está renunciando al deber de tutelar los intereses de las personas por la autoridad jurisdiccional, cuestión que a todas luces resulta inconstitucional según las normas ya mencionadas.

Los defensores de la tesis jurisdiccional del arbitraje se defienden esgrimiendo una delegación de competencia efectuada por el legislador en el árbitro en la administración de justicia, toda vez que –según se sostiene– este es miembro integrante del Poder Judicial ya que sólo el Estado y no los particulares tiene la potestad jurisdiccional<sup>105</sup>. Sin embargo, como hemos demostrado, el árbitro no es un juez especial dependiente del Poder Judicial, es un particular cuya función y autoridad arranca de la ley al reconocer la autonomía de la voluntad de las partes para regular sus propios intereses poniendo término a conflictos en el marco de derechos renunciables.

Amén de lo anterior es necesario señalar que el acuerdo arbitral por el cual las partes deciden someter una determinada controversia ante un juez árbitro no importa una renuncia al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva<sup>106</sup>. Esto principalmente por cuanto la legislación nacional reconoce la existencia de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos

---

<sup>105</sup> Cfr. Cap. I sobre naturaleza jurídica del arbitraje.

<sup>106</sup> J. C. Fernández Rozas. Arbitraje y jurisdicción..., op. cit., p. 78.

(MARC) que tienen el mismo objeto que los tribunales de justicia, esto es, poner fin a dichos conflictos con un desgaste evidentemente menor al realizado en las Cortes, razón por la cual es cada vez mayor su aplicación, en especial en materias civiles y comerciales<sup>107</sup>. Es por esta razón que en caso de invalidez o ineficacia del convenio arbitral sigue viva la alternativa de recurrir a la vía judicial. De esta forma las normas citadas de la CPR y Tratados Internacionales no solo la protección de los derechos de las personas a través del sistema tradicional de acudir a los jueces ordinarios o especiales de justicia, sino también incluye el derecho para obtener esa misma protección o tutela mediante los métodos alternativos que proporciona la justicia privada.

---

<sup>107</sup> Víd. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile, Karin Helmlinger Casanova y Javier Cruz Tamburrino. Arbitraje y Mediación en las Américas. Cap. 7, disponible en [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/61\\_1\\_115-126.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/61_1_115-126.pdf)

## CONCLUSIONES

1. El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos mediante el cual las partes en el ejercicio de sus derechos disponibles y en virtud de la autonomía de la voluntad deciden someter un determinado conflicto a la decisión de un tercero imparcial llamado árbitro. En este sentido la competencia del tribunal arbitral le es otorgada por las partes al momento de celebrar el acuerdo o convenio arbitral toda vez que la propia ley faculta a las personas, al reconocer la libertad como un derecho natural, para regular y solucionar conflictos que afecten a sus intereses particulares de la forma que estimen más conveniente siempre que se respeten los derechos de terceros y el orden público.
2. La perspectiva jurisdiccional del arbitraje en cuanto a naturaleza jurídica del mismo que se instaló entre la doctrina más tradicional de nuestro país debe ser erradicada. Esto por cuanto conlleva a que el legislador aún continúe mirando esta institución como una especie de tribunal especial, dependiente del Poder Judicial cuando esto no es tal. Lo anterior trae consigo múltiples consecuencias negativas para el desarrollo del arbitraje interno por cuanto al tener esta mirada jurisdiccional se equipara al árbitro con un juez del estado lo que se corrobora con la discusión que se llevara a cabo en el senado a propósito de las modificaciones que buscó impulsar don Patricio Aylwin el año 1992 y que hemos citado en el Capítulo III. En dicha época se buscó fortalecer el arbitraje forzoso fundado en un argumento político-administrativo el cual era la descongestión de los tribunales ordinarios. Esta visión jurisdiccional del arbitraje se encuentra superada en países modernos y desarrollados al igual que la tesis contractual. Sin embargo y aunque variados autores se inclinan por una tesis mixta, lo cierto es que no termina de convencer por cuanto existen principios,

características que son propias del arbitraje y que no son posibles encasillarlos en una u otra tesis por lo que podemos decir que no se trata de una simple adición de elementos. En tal sentido nos parece más acertado comenzar a entender que se trata de una institución completamente autónoma e independiente con principios, características y objetivos que le son propios.

3. Desde los inicios del arbitraje este se presentó, principalmente en el comercio, como un sistema alternativo que permitía que dos o más personas encargaran la resolución de un conflicto a un tercero de su confianza el cual era elegido en base a sus habilidades, conocimientos y sabiduría. La autonomía de la voluntad, de esta forma, ha constituido el eje y la piedra angular del arbitraje desde sus orígenes hasta la actualidad, entenderlo desde una óptica distinta significa no comprender la finalidad y el objetivo de esta institución. Según expusimos la libertad, fundamento de la autonomía de la voluntad, se encuentra reconocida expresamente en todo nuestro ordenamiento jurídico y es este reconocimiento lo que permite a las personas someter a arbitraje conflictos que dicen relación con derechos disponibles. Ahora bien, esta autonomía presenta dos vertientes, una en relación a las partes, por la cual esta no sólo deciden someter una determinada controversia a arbitraje sino también participa de la designación del árbitro, tipo o calidad del árbitro, plazos, procedimiento, etc. Y por otra parte, en relación al arbitraje en sí, en donde ésta cumple un rol fundamental en aspectos de especial relevancia como el acuerdo arbitral, la independencia del acuerdo, autonomía del árbitro para conocer sobre su propia competencia y autonomía en su accionar. Todos estos elementos nos permiten concluir que la autonomía de la voluntad no es sino el eje y la piedra angular sobre la cual discurre todo el proceso arbitral.

4. El arbitraje forzoso es una figura en la que se obliga a recurrir a las partes por disposición legal expresa. Su instauración en nuestra legislación obedece a criterios que no dicen relación con los principios y características propias de esta institución, en este sentido el artículo que hace alusión a esta figura - 227 del COT- si perjuicio de existir otras normas en distintos cuerpos legales, no es sino una contradicción al principio más elemental en el arbitraje fundado precisamente en la libertad. De esta forma produce un efecto limitante a la autonomía arbitral derivado en gran medida de la visión jurisdiccional del arbitraje. Ello genera una serie de problemas que dicen relación con la inexistencia de un acuerdo arbitral ya que lo crea la ley forzosamente, la radicación de la competencia de dichos asuntos exclusivamente en árbitros excluyendo de esta forma a la justicia ordinaria, la confusión de principios básicos que existe entre la obligatoriedad de someter determinados asuntos a arbitraje cuando el criterio que debiera servir para construir el límite a la arbitrabilidad es la libre disposición de las partes y la peligrosa situación que pudiera darse cuando una materia de arbitraje obligatorio sea sometida a un árbitro conociendo y resolviendo respecto a derechos que involucren normas de orden público, como pudiera suceder en una partición, sin ser revisada en instancias superiores por los tribunales superiores de justicia ya que las partes podrían haber renunciado a los recursos procesales en contra del laudo.
  
5. Otro aspecto que hemos expuesto y que ha quedado demostrado es que el arbitraje forzoso u obligatorio es inconstitucional no solo por cuanto afecta sin argumento alguno la autonomía de las personas sino también por afectar garantías constitucionales tan elementales y básicas como la libertad, igualdad ante la ley y el derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto es posible concluir, en primer término, que las personas gozan de plena autonomía para resolver sus conflictos de

la forma que estimen más conveniente según sus propios intereses. Segundo, que la libertad es un derecho anterior al Estado por lo que este no hace más que reconocerlo en el ordenamiento y que sólo podrá afectarlo cuando aparezcan argumentos sólidos que obedezcan a necesidades de orden público. Que la discriminación arbitraria supone tratar en forma igual a los iguales y desigual a desiguales y no establecer criterios de acceso a la justicia que se funden en razones económicas por cuanto existirá un sector que, para resolver sus conflictos, no podrá afrontar los costos de una institución que es privada. En último término se presenta la inconstitucionalidad en el momento en que el Estado renuncia a su función jurisdiccional de ser la última vía de resolución de conflictos dando paso a una justicia pagada, esto por cuanto el Estado debe garantizar el acceso a la justicia mediante tribunales permanentes y gratuitos que permitan satisfacer la necesidad de justicia de los habitantes de la República.

6. Existe actualmente una dualidad legislativa en materia de arbitraje que resulta insostenible en el tiempo y que es necesario modificar. Por una parte tenemos una ley moderna y actual como es la LACI 19.971 que recoge prácticamente en su integridad principios y elementos básicos del arbitraje como son la autonomía de la voluntad como eje de la institución, normas expresas que hacen alusión al carácter autónomo del árbitro, regulación del acuerdo o convenio arbitral, del principio competencia-competencia, adopción de medidas cautelares y causales de impugnación y denegación del laudo, entre otras. Por otro lado en el ámbito interno existe una legislación anticuada y obsoleta que data del año 1875 y que se ha mantenido inalterable a la fecha y que es capaz de cumplir con las expectativas y necesidades del mundo actual. Esta disparidad crea una serie de confusiones en la práctica tanto en el proceso arbitral como en la ejecución de la sentencia arbitral por lo que

resulta menester superar y equiparar los criterios con el objeto de obtener una normativa moderna que apunte hacia una misma dirección.

7. Finalmente y como corolario es necesario realizar una revisión de la legislación en materia arbitral especialmente en lo referente al arbitraje forzoso con el objeto de modificar la normativa existente producto de sus múltiples deficiencias. Para lo anterior es requisito sine qua non comprender que el arbitraje es un método alternativo y no integrante del Poder Judicial en donde la autonomía de la voluntad debe ser el principio que inspire esta institución. Una vez que comprendemos esto nos daremos cuenta que el arbitraje obligatorio no debe existir y que si observamos lo que sucede en países desarrollados veremos que también los cambios apuntan en esa dirección. Por último no se debe confundir la autonomía de que debiera gozar el arbitraje con absoluta libertad pues aunque no ejerzan jurisdicción por carecer de imperio sí administran justicia, por tal razón es imprescindible entender que debe existir una relación entre el arbitraje y el Poder Judicial que debe ser de interacción, a través de la instauración de un recurso de nulidad tal como lo hace la LACI, y de cooperación, en la ejecución compulsiva de sentencias dictadas por el árbitro a través de los tribunales ordinarios de justicia.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALESSANDRI Rodríguez, Arturo. De los contratos. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. 223p.

AQUINO, Santo Tomás de. Suma de teología. 2ª ed. Madrid: Biblioteca de autores cristianos, 1995. 3v.

ARISTÓTELES. Política. 13ª ed. México: Porrúa S.A., 1992. 319p.

ARISTÓTELES. Ética Nicomaquea. 13ª ed. México: Porrúa S.A., 1992. 319p.

AYLWIN Azócar, Patricio. El juicio arbitral. 5ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. 519p.

BARCIA Lehmann, Rodrigo. Lecciones de derecho civil chileno. De las fuentes de las obligaciones. Santiago: Jurídica de Chile, 2007. 4v.

CAIVANO, Roque. Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 1992. 410p.

CASTILLO Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo. Arbitraje. El juicio privado. Lima: Palestra, 2006. 2v.

CASTILLO Freyre, Mario. Orígenes del arbitraje. Boletín jurídico. 2(3). Centro de conciliación y arbitraje nacional e internacional de la Cámara de comercio de Lima [12 de Enero 2014]. Disponible en <[http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen\\_del\\_arbitraje.pdf](http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf)>



CASTRO Y BRAVO, Federico de. El negocio jurídico. 2ª ed. Madrid: Civitas S.A., 1985. 539p.

CÓDIGO Civil. Santiago: Jurídica de Chile, 2008. 426p.

CÓDIGO de Procedimiento Civil. Santiago: Jurídica de Chile, 2008. 178p.

CÓDIGO Orgánico de Tribunales. Santiago: Jurídica de Chile, 2008. 166p.

CONSTITUCIÓN Política de la República. Santiago: Jurídica de Chile. 2007. 130p.

CONSTITUCIÓN Política del Estado de Chile de 1822 [en línea] Chile [16 de Abril 2014]. Disponible en:

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005168>>

CONSTITUCIÓN Política del Estado de Chile de 1823 [en línea] Chile [16 de Abril 2014]. Disponible en

<<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1005202>>

CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Santiago: Jurídica de Chile. 2007. 130p.

CORDÓN Moreno, Faustino. Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas. Madrid: Civitas S.A., 2010. 290p.

DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil, Parte general. Santiago: Jurídica de Chile, 1980. 595p.

FERNÁNDEZ Rozas, José Carlos y ARTUCH Iriberry, Elena. Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En: SOTO Coaguila, Carlos.

Tratado de Derecho arbitral. El convenio arbitral, Bogotá: Grupo Ibáñez, 2011. pp. 745-786.

FERNÁNDEZ Rozas, José Carlos. Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de justicia, Revista de Derecho Privado y Constitución, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 13(19):55-91, 2005.

FIGUEROA Yáñez, Gonzalo. El arbitraje como regla general de solución de conflictos en los contratos civiles y comerciales. En: PICAND Albónico, Eduardo. Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin. Santiago: Jurídica de Chile, 2007. pp. 35-39.

GUERRERO DEL RÍO, Roberto. Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular. En: PICAND Albónico, Eduardo. Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin. Santiago: Jurídica de Chile, 2007. pp. 629-636.

GUZMÁN Latorre, Diego. Tratado de derecho internacional privado, Santiago: Jurídica de Chile, 1989. 656p.

HELMLINGER Casanova, Karin y TAMBURRINO Cruz, Javier. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. Arbitraje y mediación en las Américas, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Chile y Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México, 2006 [17 de Febrero 2014]. Disponible en <[http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/61\\_1\\_115-126.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/61_1_115-126.pdf)>

JEQUIER Lehuedé, Eduardo. El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno), Estudios Constitucionales, 9(2): 453-498, 2011.

KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres: Crítica de la razón práctica: La paz perpetua. 11ª ed. México: Porrúa, 1998. 254p.

Ley N° 19.971. CHILE. Sobre arbitraje comercial internacional. Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, Septiembre de 2004. 10p.

LÓPEZ Santa María, Jorge. Los contratos. Parte general. 2ª ed. Santiago: Jurídica de Chile, 1995. 2v.

MEREMINSKAYA, Elina. Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía. Arbitraje y mediación en las Américas, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2006, pp. 96-111 [23 de Febrero 2014]. Disponible en:  
<[http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/61\\_1\\_97-114.pdf](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/61_1_97-114.pdf)>

PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Santiago: Jurídica de Chile. 2007. 130p.

PACTO Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Santiago: Jurídica de Chile. 2007. 130p.

PICAND Albónico, Eduardo. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral. En su: Estudios de arbitraje: libro homenaje al profesor Patricio Aylwin. Santiago: Jurídica de Chile, 2007. pp. 193-210.

REDFERN, Alan, “et al”. Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. 4ª ed. Buenos Aires: La ley S.A.E., 2007. 908p.

ROMERO Seguel, Alejandro. Nociones generales sobre la justicia arbitral. Revista chilena de derecho, 26(2): 405-430, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. El contrato social. Santiago: Ercilla S.A., 1988. 157p.

SANDOVAL López, Ricardo. Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: análisis de la ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional. Santiago: Jurídica de Chile, 2005. 259p.

SCHILLING Fuenzalida, Mario. Métodos alternativos de resolución de conflictos. Santiago: ConoSur Ltda., 1999: 276p.

SIETE Partidas de Alfonso X, Rey de Castilla y de León. Santiago: Andrés Bello, 1982. 188p.

VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Arbitraje en Chile: análisis crítico de su normativa y jurisprudencia. Santiago: Legal Publishing, 2009. 667p.

VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Comprensión del principio “Competencia-competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. Revista chilena de Derecho privado (1): 181-196, 2010.

VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. La Arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. Revista Ius Et Praxis, 12(1): 181-213, 2006.

WILLIAMS Benavente, Jaime. Lecciones de introducción al derecho.  
Santiago: Fundación de Ciencias Humanas, 1994. 2v.

## **ANEXO**

### **1. LEY 19.971 SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.**

#### CAPITULO I. Disposiciones generales.

##### Artículo 1º.- 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 8º, 9º, 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.

#### Artículo 2º.- Definiciones y reglas de interpretación.

Para los efectos de esta ley:

a) "arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo.

b) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.

c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país.

d) Cuando una disposición de esta ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión.

e) Cuando una disposición de esta ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.

f) Cuando una disposición de esta ley, excepto la letra a) del artículo 25 y la letra a) del numeral 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

g) La expresión "comercial" debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato

comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

#### Artículo 3º.- Recepción de comunicaciones escritas.

##### 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:

a) Se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega.

b) La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.

2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

#### Artículo 4º.- Renuncia al derecho de objetar.

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de esta ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un



plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Artículo 5º.- Alcance de la intervención del tribunal.

En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

Artículo 6º.- Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.

Las funciones a que se refieren los artículos 11, numerales 3) y 4); 13, numeral 3); 14 y 16, numeral 3), serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo 34, numeral 2), será desempeñada por la respectiva Corte de Apelaciones.

## CAPITULO II. Acuerdo de arbitraje.

Artículo 7º.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en

un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Artículo 8º.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal.

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el numeral 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Artículo 9º.- Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal.

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

### CAPITULO III. Composición del tribunal arbitral.

#### Artículo 10.- Número de árbitros.

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

#### Artículo 11.- Nombramiento de los árbitros.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 4) y 5) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

3) A falta de tal acuerdo:

a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.

b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes: a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) Las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) Un tercero, incluida una

institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los numerales 3) ó 4) de este artículo al Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

#### Artículo 12.- Motivos de recusación.

1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.

2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

### Artículo 13.- Procedimiento de recusación.

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 3) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el numeral 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del numeral 2) de este artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

### Artículo 14.- Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.

1) Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el

arbitraje una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

2) Si, conforme a lo dispuesto en este artículo o en el numeral 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en este artículo o en el numeral 2) del artículo 12.

#### Artículo 15.- Nombramiento de un árbitro sustituto.

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

#### CAPITULO IV. Competencia del tribunal arbitral.

Artículo 16.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las

partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el numeral 2) de este artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Artículo 17.- Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

## CAPITULO V. Sustanciación de las actuaciones arbitrales.

Artículo 18.- Trato equitativo de las partes.

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

#### Artículo 19.- Determinación del procedimiento.

1) Con sujeción a las disposiciones de esta ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

#### Artículo 20.- Lugar del arbitraje.

1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

#### Artículo 21.- Iniciación de las actuaciones arbitrales.

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.



#### Artículo 22.- Idioma.

1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

#### Artículo 23.- Demanda y contestación.

1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los planteamientos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

#### Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito.

1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.

2) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo, deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

#### Artículo 25.- Rebeldía de una de las partes.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente: a) El demandante no presente su demanda con arreglo al numeral 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones.

b) El demandado no presente su contestación con arreglo al numeral 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.

c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

#### Artículo 26.- Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral.

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral:
  - a) Podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral.
  - b) Podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

Artículo 27.- Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

CAPITULO VI. Pronunciamiento del laudo y terminación de las Actuaciones.

Artículo 28.- Normas aplicables al fondo del litigio.

1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se

entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

3) El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

#### Artículo 29.- Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro.

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

#### Artículo 30.- Transacción.

1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.

2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo.

Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

#### Artículo 31.- Forma y contenido del laudo.

1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.

3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.

4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el numeral 1) de este artículo.

#### Artículo 32.- Terminación de las actuaciones.

1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el numeral 2) de este artículo.

2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:

a) El demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio.

b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.

c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.

3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el numeral 4) del artículo 34.

#### Artículo 33.- Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional.

1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

a) Cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar.

b) Si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.

Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.

2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en la letra a) del numeral 1) de este artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.

4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los numerales 1) ó 3) de este artículo.

5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

## CAPITULO VII. Impugnación del laudo.

Artículo 34.- La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:

a) La parte que interpone la petición pruebe:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7º estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o

ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o

iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas, o

iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o

b) El tribunal compruebe:

i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o

ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile.

3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

5) Las Cortes de Apelaciones colocarán las peticiones de nulidad de inmediato en tabla y gozarán de preferencia para su vista y fallo.

## CAPITULO VIII. Reconocimiento y ejecución de los laudos.

### Artículo 35.- Reconocimiento y ejecución.

1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.

2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7º o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile,



la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.

Artículo 36.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7º estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo, o

ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o

iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras, o

iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje, o

v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo, o

b) Cuando el tribunal compruebe:

i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o

ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.

2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) de este artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas."