BIBLIOTECA NACIONAL
0362358

BIBLIOTECA NACIONAL
DE CHILE

Volúmenes de esta obra.. 1
Sala en que se encuentra. 11
Tabla en que se halla.... 261
Orden que en ella tiene.. 3

Imp. Universitaria

PATRICIO AYLWIN AZOCAR

El Juicio Arbitral

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE — LA UNIVERSIDAD DE CHILE —

IMPRENTA EL IMPARCIAL
San Diego 75
SANTIAGO DE CHILE
1943

PATRICIO AYLWIN AZOCAR

El Juicio Arbitral

MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES DE — LA UNIVERSIDAD DE CHILE —

6810

IMPRENTA EL IMPARCIAL
San Diego 75
SANTIAGO DE CHILE
1943

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION CHILENA

INFORME DE DON LUIS BARRIGA ERRAZURIZ, DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO

SEÑOR DECANO:

Informando la Memoria presentada por don Patricio Aylwin Azócar, titulada: "El Juicio Arbitral", puedo manifestar lo siguiente:

El arbitraje desempeña un rol preponderante en la vida jurídica. Cuando la ley lo hace obligatorio, substrae diversas cuestiones del conocimiento de los tribunales comunes o bien, elimina su intervención en las actuaciones necesarias para poner término a situaciones legales, generalmente de gran alconce patrimonial, como sucede con la liquidación de sociedades, herencias o comunidades. En su aspecto voluntario, se traduce en la facultad otorgada a los particulares para que puedan someter los litigios a jueces de su confianza y, a veces, no sujetos al rigorismo de los preceptos substantivos o procesales.

Si a lo importante de la institución se agrega la circunstancia de ofrecer numerosos problemas de índole doctrinal y práctica, aparece de manifiesto el interés que presenta como tema de un estudio jurídico y se justifica la iniciativa del señor Aylwin que, con el ánimo de llevar a cabo un trabajo de aliento, emprendió la difícil y laboriosa investigación que encierra la obra de que vamos a ocuparnos.

El Título I está dedicado a conceptos fundamentales. En el Capítulo I, después de precisar la noción del juicio arbitral y de distinguirlo de otras instituciones análogas, como la transacción, el peritaje, la conciliación, se examina su naturaleza jurídica, problema que tiene importancia teórica y práctica, pues de su solución depende la que deba darse a numerosas cuestiones, tales como la capacidad para ser árbitro, naturaleza y efectos de la sentencia arbitral, procedencia en su contra de la acción ordinaria de nulidad, etc. Se exponen las diversas doctrinas que sobre el particular se han formulado y luego de hacerse un estudio crítico de ellas, se llega a la conclusión de que en el arbitraje VOLUNTARIO es preciso distinguir entre el juicio arbitral propiamente dicho y las convenciones que le dan origen: el primero importa una jurisdicción extraordinaria de carácter público que el Estado franquea a los particulares al lado de las ordinarias y, las segundas, son simples acuerdos que tienen por objeto poner en ejercicio esa jurisdicción, constituyendo el tribunal. El análisis de la ley chilena y de la jurisprudencia de nuestros tribunales, induce a pensar que es ésta la doctrina más conforme con nuestro sistema.

En cuanto al arbitraje FORZOSO dispuesto por la ley, se le estima, fuera de dudas, de naturalzea jurisdiccional y, respecto de los llamados arbitrajes ESPECIALES, que el legislador establece en ciertos casos instituyendo el tribunal, no se les considera verdaderos arbitrajes, puesto que ni tienen origen contractual ni los jueces son elegidos por los interesados. Más bien que árbitros, son verdaderos tribunales especiales, que tienen vida permanente y no transitoria y la asimilación que la ley hace de ellos a los árbitros, se refiere únicamente al procedimiento.

En el Capítulo II, consagrado a los árbitros, se consideran sus diversas categorías, se analizan los requisitos de capacidad de aquéllos, sus inhabilidades y prohibiciones, sus atribuciones, deberes y responsabilidad. Merece destacarse la aplicación que se hace a los árbitros de ciertas reglas relativas a los jueces permanentes en cuanto a sus atribuciones, deberes, prohibiciones y responsabilidad por actos ministeriales.

La constitución del tribunal arbitral, materia compleja y difícil, aparece tratada con especial acierto en el Título II, que es, sin duda, el más importante de la obra.

En el origen del arbitraje hay siempre una disposición de la ley que lo impone como forzoso o un acuerdo de las partes para someterse a él. Hay, además, un nombramiento de árbitros y un convenio entre las partes y el árbitro por el cual éste se obliga a desempeñar las funciones de tal. Pero, la ley contiene escasas disposiciones al respecto, de modo que se suscitan numerosas dudas que no tienen solución legal. Corresponde al intérprete buscarles solución, de acuerdo con los principios doctrinarios y la conveniencia práctica y teniendo siempre en vista el espíritu de la ley manifestado en los pocos artículos relativos a la materia.

El estudio de estas cuestiones aparece dividido en cinco Capítulos, con el siguiente contenido: 1) Fuentes del arbitraje; 2) El compromiso; 3) La Cláusula compromisoria; 4) El nombramiento de árbitros; y 5) La aceptación y juramento de los árbitros. Se estudian en ellos, sistemáticamente, las diversas etapas o partes que pueden distinguirse en la constitución del tribunal arbitral, abordando minuciosamente cada una de las cuestiones que le son propias.

Cuando el arbitraje es voluntario, la primera gran cuestión que se plantea es la de saber qué formas debe adoptar el acuerdo de las partes para someterse a él: ¿pueden someter en general todos sus asuntos a arbitraje o sólo pueden someter un asunto determinado y concreto? ¿pueden referirse a litigios futuros y eventuales o solamente a dificultades ya producidas?, ¿necesitan someterse al fallo de árbitros determinados o pueden pactar en general el arbitraje obligándose a nombrar árbitros en un acto posterior?

El Capítulo I de este Título II está destinado fundamentalmente a hacer un estudio doctrinario sobre esta cuestión, que se analiza primeramente en legislación comparada y luego, a través de la ley, la doctrina y la jurisprudencia chilenas, con el objeto de establecer algunos principios básicos.

Generalmente se ha estimado, entre nosotros, que el único medio legal de constituir el arbitraje voluntario es el nombramiento de árbitros, que reglamenta el art. 183 de la Ley Orgánica de Tribunales y se ha considerado que para que este acto valga debe contener, además de la designación de

árbitros, la determinación de los litigios ACTUALES que se someten a juicio arbitral; es lo que se ha dado en llamar "compromiso". Se ha discutido, en cambio, si las partes pueden someter a arbitraje controversias futuras y eventuales y si, en caso afirmativo, el acto en que lo hacen necesita contener o no designación de árbitros; corrientemente se piensa que ello es posible y que el acuerdo pertinente, a que llaman "cláusula compromisoria", no está sujeto a los preceptos del art. 183 citado; puede contener o no la designación de árbitros y no da lugar directamente al arbitraje sino una vez que las partes lo cumplen, cuando el litigio se produce, celebrando el correspondiente compromiso: sería una promesa de comprometer. Quienes así opinan lo hacen influenciados de manera decisiva por las doctrinas que prevalecen en Francia y en Italia.

El análisis comparado de las legislaciones extranjeras y la nuestra, conduce al autor a repudiar esa doctrina y a establecer, fundándose principalmente en las decisiones de nuestros tribunales, las bases de la verdadera teoría acerca de la convención de arbitraje en Chile. El intento lo había realizado ya don Osvaldo Vargas B., en su trabajo sobre "La cláusula compromisoria". El autor, aprovechando este estudio, ahonda más en la cuestión, precisa algunos conceptos, corrige otros y llega a conclusiones semejantes.

Según él, caben entre nosotros, dos formas válidas e independientes de convención de arbitraje: una que contiene nombramiento de árbitros y debe sujetarse, por tanto, a las disposiciones del art. 183 de la Ley Orgánica de Tribunales; y otra, que no contiene dicho nombramiento, sino que importa un acuerdo de las partes para someterse de un modo general a arbitraje, obligándose a designar compromisarios en un acto posterior. El primero es el compromiso; el segundo, la cláusula compromisoria. Uno y otro, pueden referirse tanto a litigios ya nacidos como a controversias futuras y eventuales; la ley no exige que el asunto comprometido sea una cuestión pendiente. En todo caso, este asunto debe ser determinado; pero, como esta determinación no tiene por objeto incoar el litigio, crear la relación procesal, sino tan sólo determinar la competencia del tribunal arbitral, no debe necesariamente hacerse mediante la expresión detallada de cada una de las cuestiones, sino que basta con que se designe y circunscriba de modo genérico el objeto del arbitraje.

Lo que diferencia el compromiso de la cláusula compromisoria es que en esta última, las partes no se someten al fallo de determinados árbitros, sino en general a arbitraje, quedando obligadas a nombrar árbitros tantas veces cuantas sean necesarias para el fallo del asunto que comprometen. Esto es lícito porque ninguna ley lo prohibe y las partes pueden acordarlo en virtud del principio de la libertad contractual.

El compromiso y la cláusula compromisoria aparecen así como dos actos con individualidad propia e independiente. No debe decirse que la cláusula es promesa de comprometer, porque en ella se compromete lo mismo que en el compromiso. La cláusula no necesita, por tanto, sujetarse a las reglas del art. 1554 del Código Civil.

De acuerdo con estos principios, se estudia detalladamente el compromiso y la cláusula compromisoria. En efecto, en los Capítulos II y III, se les caracteriza en su doble aspecto de convenio civil y de pacto procesal, se analizan sus requisitos y sus efectos. Entre las materias de mayor interés tratadas en estos Capítulos, pueden mencionarse la forma de determinar el tribu-

nal arbitral en el compromiso y las dificultades que se suscitan cuando se designa el árbitro indicando la función o cargo que desempeña y en los casos en que se pacta en general arbitraje y además se designan árbitros; la manera cómo debe precisarse el asunto sometido a arbitraje; las cláusulas de amigable composición y de renuncia de recursos legales contra el árbitro; los efectos procesales del compromiso y de la cláusula compromisoria, en cuanto derogan las jurisdicciones ordinarias y someten a las partes a jurisdicción arbitral, obligándose, en el caso de la cláusula, a designar compromisarios cuantas veces sea preciso para el fin perseguido por ellas al comprometer.

El Capítulo IV se ocupa del nombramiento de árbitros, que tiene lugar como acto independiente cuando la ley hace forzoso el arbitraje y cuando las partes lo han convenido en una cláusula compromisoria. Las reglas sobre nombramiento judicial; la naturaleza procesal de la gestión respectiva; el procedimiento, especialmente en caso de haber oposición al nombramiento; las facultades del tribunal, sobre todo cuando hay desacuerdo tácito, son tópicos que revisten utilidad práctica y han sido estudiados utilizando abundante jurisprudencia.

El Capítulo V, se refiere a la aceptación y juramento de los árbitros. La primera da lugar al contrato de compromisario, entre las partes y el árbitro, por el cual éste se obliga a desempeñar las funciones de tal y aquéllas, generalmente, a remunerarle sus servicios con un honorario. La falta de fuentes y la circunstancia de no haberse hecho con anterioridad un estudio de dicho contrato, hacen de esta parte un aporte original y novedoso.

En cuanto al juramento de los árbitros, se le considera como una formalidad instalatoria del tribunal arbitral, lo que lleva a la conclusión de que su falta importa un vicio procesal de incompetencia.

El Título III, versa sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. Determina el autor en el Capítulo I, los límites de la competencia arbitral, en cuanto a las personas, en cuanto a la materia, en cuanto a las facultades del compromisario y en cuanto al tiempo, estableciendo principios generales y desarrollando sus más importantes consecuencias. En el Capítulo II se estudian las cuestiones de jurisdicción y competencia, las implicancias y recusaciones.

El Título IV trata del procedimiento arbitral. En los Capítulos I y II, se distingue entre el juicio seguido ante árbitros de derecho y el que se sigue ante arbitradores y árbitros mixtos. Lo más importante de estos Capítulos es el estudio acerca de la procedencia de la acción ordinaria de nulidad civil como vía de impugnación del arbitraje. Se establecen al respecto, los principios que rigen la materia, de acuerdo con la naturaleza del arbitraje, que siendo un juicio, tiene origen generalmente convencional y se sigue ante un tribunal de investidura privada. El Capítulo III, con que termina el trabajo, está dedicado a la sentencia arbitral.

La exposición que antecede permite darse cuenta de la estructura de la obra, del cuadro de materias y de las principales cuestiones tratadas.

A través del detalle de su desarrollo, puede apreciarse el esfuerzo de investigación realizado, tanto en los tratados como en los repertorios de jurisprudencia, de cuya consulta dan testimonio innumerables citas. No se ha limitado el señor Aylwin a transcribir opiniones y fallos para ilustrar su exposición, sino que ha utilizado con espíritu crítico la bibliografía y la jurispru-

dencia, lo que reviste al trabajo de eficiencia y de interés teórico y práctico.

No ha esquivado tampoco el autor las cuestiones difíciles, sino que, por el contrario, se ha esforzado en tratarlas con esmero, demostrando indiscutible capacidad, maduro criterio y sólida preparación jurídica.

Podemos pues, afirmar que ha aportado una valiosa colaboración a nuestra bibliografía, superando todo lo escrito, entre nosotros, sobre el tema, con una obra que encierra un verdadero Tratado del arbitraje en general.

En consecuencia, el infrascrito aprueba esta Memoria, declarándola DE MERITO SOBRESALIENTE.

LUIS BARRIGA ERRAZURIZ,
Director del Seminario de Derecho Privado.

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION CHILENA

INFORME DE DON DARIO BENAVENTE G., PROFESOR DE DERECHO PROCESAL

SEÑOR DECANO:

En cumplimiento a lo ordenado por el señor Decano, paso a informar la Memoria intitulada "El Juicio Arbitral", de que es autor don Patricio Aylwin Azócar, candidato a licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.

No es la Memoria del señor Aylwin el primer trabajo que conozco sobre un tema de tanto interés teórico y práctico como el arbitraje, pero el trabajo es de tal mérito, que supera a todo cuanto hasta ahora se ha escrito en Chile sobre el particular. Más que una simple Memoria de Prueba, es un verdadero tratado, y bien completo, sobre el juicio arbitral, que viene a constituir un valioso aporte a nuestra literatura jurídica.

Un simple examen del Indice de esta Memoria nos bastará para comprobar que el autor ha agotado la materia, profundizándola y desarrollándola en forma clara y metódica, y dando una solución siempre acertada y concordante con nuestra legislación positiva a cada uno de los problemas a que puede dar lugar el estudio del juicio arbitral. El señor Aylwin caracteriza el arbitraje como un juicio generalmente de origen contractual, a cargo de un juez investido de sus poderes en forma privada, lo cual lo lleva a plantear el interesante problema de determinar si el arbitraje es una institución de carácter jurisdiccional o simplemente contractual, cuestión que tiene importancia teórica y práctica, ya que de su solución depende la que deba darse a las numerosas dificultades que se originan. Es de interés también el estudio que hace el señor Aylwin sobre la aplicación a los árbitros de ciertas reglas relativas a los jueces permanentes, en cuanto a sus atribuciones, deberes, prohibiciones y responsabilidades por actos ministeriales, y en la Memoria se intenta un análisis acerca de la aplicabilidad a los árbitros de las normas que gobiernan a los jueces ordinarios establecidos por la Ley Orgánica de Tribunales.

Pero, sin lugar a dudas, el título más completo e importante de la Memoria es el que trata de la constitución del tribunal arbitral, materia que es la más compleja de todas las que se presentan respecto al arbitraje y la que ofrece las mayores dificultades, correspondiendo al intérprete buscarles una

solución de acuerdo con los principios doctrinarios y la conveniencia práctica y teniendo siempre en vista el espíritu de la ley patria, manifestado en los pocos artículos que a ella se refieren.

Es, también, digno de especial consideración el título 3.o, que versa sobre la jurisdicción del tribunal arbitral, materia que antes no había sido tratada de manera sistemática, sobre la cual en la Memoria se hace un estudio metódico, determinando los límites de la competencia arbitral en cuanto a las personas, en cuanto a la materia, en cuanto a las facultades del compromisario y en cuanto al tiempo, estableciéndose en cada uno de estos tópicos principios generales y discrecionales y desarrollando sus más importantes consecuencias.

Finalmente, debemos mencionar también el título 4.o, que trata del procedimiento arbitral, capítulo cuyo punto principal es el estudio que se hace acerca de la procedencia de la acción ordinaria de nulidad civil como medio de impugnar el arbitraje, estableciéndose al respecto los principios fundamentales que rigen la materia, de acuerdo con la naturaleza del arbitraje, que siendo un juicio, tiene origen generalmente convencional y se sigue ante un tribunal de investidura privada.

En general, el trabajo del señor Aylwin denota un profundo estudio, no sólo de nuestra legislación positiva, la que el autor domina, sino también de los principales tratadistas nacionales y extranjeros y de la jurisprudencia de nuestros tribunales, material que el autor ha sabido aprovechar con talento al sentar las conclusiones a que arriba en su Memoria, conclusiones que siempre afirma en una sólida argumentación, fruto de su claro sentido jurídico

A lo anterior es preciso agregar la corrección de este trabajo en cuanto a su forma externa y la manera metódica en que el autor ha distribuído la materia y desarrollado el tema, lo cual facilita la consulta de esta obra en la que, quienquiera que la revise, puede estar cierto de encontrar una solución acertada para los numerosos problemas a que da origen entre nosotros el compromiso, la cláusula compromisaria y el procedimiento arbitral, lo cual permite recomendarla como una obra acabada de consulta.

En síntesis, después de lo dicho, el subscrito se complace en aprobar la Memoria del señor Aylwin con DISTINCION MAXIMA.

DARIO BENAVENTE G.,
Profesor de Derecho Procesal.

TITULO PRIMERO

Conceptos fundamentales

Capítulo I

DEL ARBITRAJE EN GENERAL

§ *I.— Concepto*

1. *Definición.*—Juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones. (1).

Definimos el arbitraje como institución procesal de Derecho Privado. También existe, con los mismos caracteres esenciales, en el Derecho Internacional Público y en el Derecho Obrero o del Trabajo.

Para el primero, el arbitraje es un medio de dar solución jurídica a los conflictos entre los Estados, por el cual éstos encargan convencionalmente la decisión del litigio que los separa a jueces por ellos elegidos y se comprometen de antemano a ejecutar su sentencia de buena fe.

Para el segundo el arbitraje es un medio de solucionar los conflictos colectivos del trabajo, sometiéndose las partes interesadas al fallo de un juez que designan de común acuerdo.

En nuestro estudio sólo comprenderemos el juicio arbitral de Derecho Privado.

---

(1) Todos los tratadistas convienen en señalar los mismos caracteres esenciales. Para Mongalvy "el arbitraje es una jurisdicción que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias, siempre que no sean de aquéllas que por su naturaleza no pueden someterse a compromiso". ("Traité de L'arbitrage en matière civile et commerciale", Deuxième édition. Tomo 1.o, París, 1852, N.o 1).

Glasson, Tissier et Morel lo definen como "el juzgamiento de una controversia por simples particulares que las partes toman como jueces". (Traité Théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile", Troisième édition, París, Tome cinquième, 1936, N.o 1801).

Miranda lo define como "una contienda entre partes sometida voluntaria o forzosamente al conocimiento y resolución de terceros elegidos por ellos o por la autoridad judicial en subsidio". ("El juicio arbitral", Montevideo, 1916, N.o 12).

2. *Fundamento*.—La función de administrar justicia es de las más importantes en el Estado Moderno. Su desempeño corresponde a uno de los tres Poderes Públicos fundamentales, el Judicial, constituído por Tribunales permanentes establecidos por la ley. A estos Tribunales pertenece, de manera exclusiva, la atribución de resolver todos los litigios que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio del Estado. Los propios textos constitucionales lo consagran así, otorgándoles privativamente la "facultad de administrar justicia": poder de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado; es lo que se llama *jurisdicción* (2).

La jurisdicción —del latín jurisdictio, jus dicere: decir el derecho— importa, primariamente, en materia contenciosa, la facultad de definir las controversias declarando cuál es el derecho o la justicia —actividad intelectiva de conocimiento y juzgamiento— y en segundo término, la facultad de hacer cumplir lo juzgado con auxilio de la fuerza si es preciso —actividad de ejecución o imperio.

Así concebida, la jurisdicción aparece como un atributo exclusivo del Poder Soberano; el Estado la acapara en sí. Se prohibe a los individuos hacerse justicia por sí mismos y no se admite que instituciones o personas privadas constituyan jueces. (3).

Es que la tarea de juzgar tiene tal trascendencia que interesa a la colectividad entera: la forma como se efectúa puede determinar el respeto o el quebrantamiento de las normas sociales. Es misión de los tribunales hacer justicia igual para todos y velar porque se cumpla rectamente la ley. La multiplicidad de jurisdicciones instituídas al margen de la autoridad pública ocasionaría desigualdad en la justicia y frecuente burla de la ley y permitiría aún que se crearan dentro del Estado otros poderes lesivos a su soberanía.

Sólo el Estado puede administrar justicia. Y para asegurar el sano ejercicio de esta función —que desempeñada torcidamente puede ser causa de los mayores abusos y arbitrariedades— la encarga a un Poder autónomo e independiente; aparte de los tribunales establecidos por la ley, nadie, ni particular ni autoridad pública, puede ejercer funciones judiciales. (4).

Sin embargo, si el juzgamiento de los litigios, en general, tiene importancia colectiva y, por consiguiente, carácter público, la mayoría de las controversias sólo afecta a los individuos entre los cuales se producen. En cada caso particular en que esto ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados las facultades que poseen de disponer libremente de sus derechos y someterlos a jueces que les merezcan amplia confianza. Si una persona, por actos de propia voluntad, puede renunciar un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza. Y si en el hecho dos litigantes así lo hacen y, en ejer-

(2) Constitución Política de la República de Chile, Art. 80, L. O. T., arts. 1 y 5.

(3) Chiovenda, José: "Principios de Derecho Procesal Civil", traducción española de José Casais y Santoló, Madrid, 1922, T. 1, Pág. 340.

(4) Constitución Política de la República de Chile, arts. 12 y 80.

cicio de su libertad de contratar, acuerdan someter la controversia que los divide al fallo de un individuo cualquiera por ellos elegido, no hay motivo alguno para que el Poder Público desconozca la ley de este contrato (5). Toda persona tiene derecho de ser juzgada por un tribunal que goce de su confianza (6) y la jurisdicción no importa una facultad en favor del Estado para resolver todos los litigios (7), sino que constituye una función establecida en utilidad social, que debe desempeñarse de oficio cuando un interés público está comprometido, pero que en los demás casos sólo puede ejercerse a petición de parte. (L. O. T. art. 9).

La ley reconoce las razones expuestas y en mérito de ellas otorga a los particulares el derecho de sustraer sus litigios a los tribunales permanentes y someterlos a jueces de su libre elección llamados árbitros, cuya existencia autoriza en forma expresa. Concede, además, la facultad de dar poder a esos árbitros para que fallen las contiendas sin sujeción a la ley sino observando únicamente los dictados de la equidad.

Tales derechos, sin embargo, en razón de su propia naturaleza y fundamento, sufren una doble restricción. Por una parte, no pueden someterse a juicio de árbitros los litigios en que esté comprometido algún interés público; por otra, los árbitros sólo tienen facultad para conocer y juzgar las controversias, pero no para ejecutar lo juzgado: carecen de imperio, ya que el empleo de la fuerza para imponer una resolución compromete siempre el interés público y la ley lo permite únicamente a determinadas autoridades.

A la inversa, por la naturaleza de ciertos litigios el legislador encuentra que la manera más adecuada de juzgarlos es el arbitraje y ordena, en consecuencia, que sean sometidos necesariamente a árbitros.

3. *Caracteres.*—El arbitraje es una forma de decidir las controversias entre partes que se distingue de los demás juicios por su origen generalmente contractual y por la investidura privada del tribunal llamado a sentenciar. Tres son, pues, los caracteres fundamentales del arbitraje, que precisan su fisonomía jurídica:

1.o Es un juicio, esto es, una contienda actual entre partes sometida a la resolución de un tribunal. Concurren en él todos los elementos constitutivos del juicio:

a) Controversia o litigio actualmente existente que exige definición jurídica por un tribunal;

b) Partes entre las cuales la contienda tiene lugar, y

c) Tribunal facultado para resolver esa disputa mediante una decisión obligatoria para las partes. No otra cosa son los árbitros. (8).

(5) E. Garsonnet et Ch. Cézar-Bru, "Traité théorique et pratique de Procédure Civile et Commerciale", París 1925, Tomo VIII, N.o 220; Luis Mattirolo: "Tratado de Derecho Judicial Civil", traducción española de Eduardo Ovejero y Maury, Madrid, 1930, Tomo I, N.o 730.

(6) Arminio Borjas, "Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano", Caracas, 1924, Tomo V, N.o 484.

(7) Miranda, ob. cit., N.o 24.

(8) Miranda, ob. cit. N.o 12; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., T. VIII, N.o 228; Mattirolo, ob. cit., T. I, N.os 47 y 49.

2.o Origen generalmente contractual. Este juicio supone un convenio previo entre las partes para substraer la controversia que las divide a la competencia de los tribunales permanentes y someterla a la resolución de un tribunal arbitral.

En los juicios comunes basta que una parte comparezca ante tribunal competente para que la otra se vea en la precisión de someterse a él, so riesgo de que se siga el proceso en su rebeldía y lo obligue la sentencia que se dicte aún cuando no se le haya oído. En el arbitraje es necesario que haya acuerdo de ambas partes para concurrir ante el árbitro. Dicho acuerdo, comúnmente llamado *compromiso*, sujeta a las partes a la jurisdicción arbitral y las obliga a acatar la sentencia del compromisario.

Excepcionalmente no se requiere convención alguna cuando la ley manda por sí misma que un asunto se someta a juicio de árbitros; así ocurre en los casos de arbitraje forzoso, cuyo origen no está en la voluntad de las partes, sino en el precepto legal.

Consecuencia de este origen generalmente contractual del arbitraje es que los poderes del árbitro sólo afectan a las partes que subscribieron el compromiso, únicas personas que por ese acto quedaron ligadas, siendo inoponibles a terceros.

3.o Investidura privada del tribunal arbitral. El arbitraje supone, además, la creación de un tribunal arbitral. Este no existe; la ley sólo autoriza su existencia, pero no lo tiene instituído permanentemente, como a los tribunales públicos. Es preciso crearlo para cada caso, lo cual se hace por un acuerdo de voluntades entre los litigantes que designan árbitro, por una parte, y la persona designada que acepta desempeñar la función de árbitro, por otra. Este acuerdo es un contrato en virtud del cual se produce una relación jurídica privada entre las partes y el árbitro, que hace de éste un tribunal y lo obliga a cumplir la misión de juez y que causa para aquéllas el deber jurídico de remunerarle sus servicios; es el *receptum arbitrii* de los romanos (9) que denominaremos aquí *contrato de compromisario* (10).

La voluntad de las partes puede en este contrato ser substituída por la autoridad judicial, cuando ellas no convienen en la persona del árbitro y toca al juez designarlo; puede también ser la de un tercero que los obliga, como ocurre en el caso especial del art. 1324 del Código Civil.

Excepcionalmente hay ciertos arbitrajes especiales en que el tribunal no es instituído de la manera privada que indicamos, sino por disposición de la propia ley. Esta circunstancia hace muy dudoso que su verdadera calificación jurídica sea la de juicios arbitrales (11).

Consecuencia precisa de esta investidura privada de los árbitros es el hecho de que la ley les niegue el imperio, esto es, el poder de hacer ejecutar lo juzgado, y prohiba que se someta a ellos una serie de negocios en que está comprometido el interés público.

---

(9) Rodolfo Sohm, "Instituciones de Derecho Privado Romano"; 17.a edición, trad. de W. Roces, Madrid, 1928, pág. 415.

(10) W. Kisch, "Elementos de Derecho Procesal Civil", traducción de L. Prieto Castro, Madrid, 1932, pág. 413 y 414.

(11) Véase N.o 26.

4. *Diferencias con otras instituciones.*—Los caracteres indicados permiten diferenciar el arbitraje de otras instituciones con las cuales presenta alguna semejanza.

5. *Arbitraje y transacción.*— La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual (C. C. art. 2446). Arbitraje y transacción, pues, son medios de terminar una controversia sin intervención de los tribunales ordinarios de justicia.

Difieren, sin embargo, en los siguientes aspectos fundamentales:

a) La transacción termina contractualmente el litigio, sin juicio, concluyendo el que se ha iniciado o evitando el que se pueda iniciar, mediante un arreglo de las partes. En ella no puede haber juicio, puesto que falta el tribunal. El arbitraje, en cambio, es precisamente un juicio que tiene por objeto resolver el litigio mediante la decisión de un tribunal. (12).

b) La transacción puede recaer sobre litigio actual o eventual; el juicio arbitral —como todo juicio—requiere esencialmente un litigio actual (13).

c) En la transacción se elimina la incertidumbre de la relación jurídica mediante concesiones recíprocas de cualquier clase que se hacen las partes; en el arbitraje no hay recíprocas concesiones, puesto que el árbitro debe fallar el litigio conforme a derecho o a equidad y puede, en consecuencia, acoger totalmente las peticiones de una parte y rechazar en absoluto las de la contraria. (14).

d) En la transacción las partes conocen —como que actúan por sí mismas— los sacrificios y ventajas que les significa la conclusión del litigio; en el arbitraje entregan la suerte de sus derechos al fallo imprevisible de un tercero. La situación es, por tanto, distinta; de aquí que la ley disponga que el poder para transigir no comprende el para comprometer y vice versa. (C. C., art. 2141) (15).

6. *Caso especial.*—A pesar de la claridad de la distinción indicada, se presentan en la práctica situaciones especiales en que es difícil determinar si se trata de arbitraje o transacción. Ha sido materia de controversia el siguiente caso: "dos litigantes envían a un tercero un documento firmado en blanco y lo autorizan para llenarlo del modo que él crea más acertado para terminar el diferendo que los divide".

Los tratadistas modernos ven en este medio de poner fin a la contienda una simple transacción por mandatario y no un arbitraje, puesto que falta, para que haya esto último, la institución de un Tribunal. (16).

---

(12) Miranda, ob. cit., N.o 17; José María Manresa y Navarro, "Comentario al Código Civil Español", Tomo 12, Madrid, 1907, pág. 141; Corte Talca, Gaceta 1926, T. II, N.o 116, pág. 520.

(13) Miranda, ob. cit., N.o 17.

(14) Miranda, ob. cit., No 17; Mattirolo, ob. cit., T. I, N.o 738, en nota; Manresa y Navarro, ob. cit., T. 12, págs. 141 y 142; Margueritte Landrau, "L'arbitrage dans le Droit Anglais et Français comparés", París 1932, pág. 28.

(15) Arminio Borjas, ob. cit. T. V, N.o 485, págs. 18 y 19; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., T. VIII, N.o 224.

(16) Garsonnet et Cézar-Bru, ob cit., T. VIII, N.o 225; Mattirolo, ob. cit., t. 1, N.o 758. En sentido contrario, Alfred Bernard, "L'Arbitrage Volontaire en Droit Privé", 1937, N.o 26.

De esta calificación jurídica se siguen importantes consecuencias: el encargo que de las partes recibe el tercero sólo deviene definitivo cuando lo ha cumplido y antes cada parte puede revocárselo, ya que se trata de un mandato; las cláusulas que el tercero inserte sobre las firmas en blanco de los interesados producen cosa juzgada entre éstos como toda transacción y tienen fuerza ejecutiva sin necesidad del exequatur de los tribunales que, en algunos países, la sentencia arbitral requiere; dicha transacción puede ser anulada de la manera que los contratos y no por medio de los recursos que proceden contra las resoluciones judiciales. (17).

7. *Arbitraje y peritaje.*— El peritaje es una operación que tiene por objeto ilustrar a un tribunal o a los interesados en determinado asunto, acerca de hechos más o menos técnicos, mediante el informe de una persona especialmente preparada en la materia, que se llama perito. Puede ser judicial o extrajudicial. Lo primero ocurre cuando se practica dentro de un juicio, por resolución del tribunal o a petición de parte, como medio de prueba para esclarecer al juez algún punto del litigio. Lo segundo cuando se verifica al margen de todo procedimiento ante tribunales, por encargo de una o más personas que tienen interés en adquirir un claro y cabal conocimiento sobre ciertos hechos, sea para solucionar un diferendo o con otro propósito cualquiera.

El peritaje cumple su fin a través de un informe que evacua un perito. Tal informe no importa resolución alguna; sólo contiene una opinión, autorizada por la competencia técnica de quien la da y por los fundamentos en que se apoya, que persigue —como el nombre lo dice— "informar", esto es, dar noticia e instrucción sobre alguna cosa, con la mira de producir el convencimiento del Juez o del o los interesados. El informe de peritos carece de la más mínima fuerza obligatoria y deja a la persona o personas que lo pidieron en absoluta libertad para aceptar sus conclusiones o rechazarlas. Cuando se produce en juicio, la ley dispone que los tribunales apreciarán soberanamente su fuerza probatoria, en conformidad a las reglas de la sana crítica. (C. P. C., art. 427).

Lo dicho basta para diferenciar el peritaje del arbitraje. Cuando el primero es extrajudicial, tienen de común el origen generalmente voluntario y la investidura privada de la persona designada. Pero trátese de peritaje judicial o extrajudicial, nunca constituye un juicio porque jamás hay tribunal y aun no es de su esencia que haya litigio. (18).

Falta, desde luego, la existencia de una controversia, cuando recurre a él una sola persona que desea ser ilustrada acerca de una situación que le importa, y también cuando los interesados son dos o más y no media entre ellos ningún conflicto que requiera definición jurídica por un juez.

Y falta siempre el tribunal. El perito no lo es, porque no está llamado a resolver una controversia ni tiene facultad para imponer una decisión obligatoria a los interesados; sólo puede dar una opinión o dictamen; carece

(17) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 225.

(18) Jean Robert, "Traité de L'Arbitrage Civil et Commercial en Droit Interne", París, 1937, N.o 4.

de jurisdicción. Esta circunstancia es la que fundamentalmente determina el criterio para distinguir una institución de otra. (19).

En caso de duda, hay que atenerse a ella. No importa cómo califiquen las partes a la persona designada, si de perito o de árbitro. Lo decisivo es la naturaleza de la función que a esa persona corresponde desempeñar: si resolver un juicio mediante una sentencia obligatoria para las partes o si dar una opinión a través de un informe que pueden aceptar o rechazar libremente. (20).

La jurisprudencia francesa, aplicando este criterio, ha resuelto que no hay arbitraje si se nombran expertos para dar un informe sobre un proceso (21), y que, en cambio, lo hay, aunque las partes hablen de peritos, en los siguientes casos: si en una transacción se dice que expertos procederán a efectuar sin ulterior recurso las operaciones de una partición; si las partes declaran someterse al juicio que sobre un diferendo den ciertos peritos, autorizándolos para resolver sin apelación; si se encarga a expertos la determinación soberana del valor de ciertas construcciones y la fijación de las indemnizaciones que las partes pueden deberse; si se nombra perito dispensado de seguir las formas ordinarias del procedimiento para determinar los estragos causados por un incendio; si en una cláusula de un compromiso se estipula que las cuestiones de derecho que surjan en el curso del arbitraje serán sometidas a abogados, etc. (22).

Los tribunales chilenos han aplicado el mismo criterio declarando que si a un perito se concede la facultad de resolver como juez la cuestión sometida a su examen, al usar dicha atribución ejerce el cargo de árbitro, debe sujetarse a las reglas de tal y el acto por el cual se le otorga debe cumplir los requisitos del compromiso (23); que la valorización por perito de los perjuicios sufridos por las mercaderías aseguradas, de acuerdo con lo establecido en la póliza, no puede considerarse como el medio de prueba de que trata el título 10 del Libro II del C. P. C., que se produce por informes y cuya fuerza probatoria se aprecia por los tribunales en conformidad a las reglas de la sana crítica; sino que por su naturaleza y por constituir en sí el juzgamiento mismo, reviste el carácter de juicio arbitral y debe sujetarse en su procedimiento a las disposiciones establecidas por la ley al respecto (24); que el convenio por el cual se encomienda a un tercero la operación de determinar el daño causado por el incendio, no puede calificarse de simple peritaje, en razón de que allí expresan los interesados que designan perito al nombrado, sino que debe estimársele por lo que es en sí, o sea, un verdadero arbitraje, puesto que atendidos la naturaleza y el objeto propio del mandato conferido, reúne los requisitos de esta institución (25); que si se nombra a un tercero

(19) Landrau, ob. cit., pág. 29; Robert, ob. cit., N.o 4.

(20) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 225; Bernard, ob. cit., N.o 23.

(21) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 223, en nota.

(22) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 225, nota 2.

(23) Corte Santiago, Gaceta 1886, sent. 1977.

(24) Corte Valparaíso, Revista, T. III, Sec. II, pág. 159.

(25) Corte Suprema, Revista, t. XXII, Sec. I, pág. 205.

para que proceda a determinar y asignar la parte de las aguas comunes que debe corresponder a cada hijuela de un fundo recién dividido, y a constituir la servidumbre de acueducto necesaria para conducir las aguas así divididas, agregándose que el tercero deberá reducir a escritura pública la distribución que practique, escritura que se tendrá como complementaria de la división y adjudicación del fundo, dicho tercero obra en calidad de árbitro y no de perito (26); y que convenido por las partes que un perito informaría sobre el peso en quintales correspondientes a las cargas de leña que el demandado debía pagar conforme a una sentencia, dejando establecido que cumplía entregando la cantidad de leña correspondiente al peso total que fijara dicho perito, el cual fallaría "sin ulterior recurso", dicho acuerdo importa la constitución de un arbitraje, aunque se hable impropiamente de perito (27).

En resumen, puede establecerse, con Glasson, Tissier y Morel, la siguiente regla: "Allí donde no hay litigio, o donde la persona escogida para ocuparse de él no está encargada de resolverlo, no hay arbitraje ni árbitros; si hay litigio, y un tercero es designado para juzgarlo, ese tercero es un árbitro aún si se le ha calificado de perito" (28).

Y es tan notable la diferencia entre el peritaje y el juicio arbitral, que dentro de este último puede perfectamente tener lugar al primero.

En todo caso, corresponde al Tribunal de fondo decidir soberanamente, fundándose en la común intención de las partes, si la misión confiada al tercero es arbitraje o peritaje. (29).

8. *Juicios prácticos.*—En la historia de la legislación chilena hay una circunstancia que confirma plenamente el criterio diferencial que sostenemos entre arbitraje y peritaje y que dió ocasión para que nuestros tribunales lo aplicaran de manera uniforme.

La Constitución Política de 1823 y el Reglamento para la Administración de Justicia de 1824, instituyeron ciertos juicios prácticos a cargo de peritos, para una serie de cuestiones preferentemente de hecho cuya resolución exige conocimientos especiales. El C. C. y el C. de C. consagraron esta situación en diversas disposiciones, preceptuando en determinados asuntos la intervención de peritos a quienes concedieron la facultad de pronunciarse sobre ellos con decisión obligatoria para las partes (C. C., arts. 848, 1943, 1997, 1998, 2002, etc., y C. de C., arts. 209, 534, 867, 966, 1010, 1154, 1223, 1262, 1264, etc.). Estos llamados peritos eran sin embargo, árbitros, puesto que tenían calidad de jueces (30), y los juicios prácticos constituían verdaderos arbitrajes. De aquí que el C. C. no contemplara el informe de peritos como medio de prueba.

La Ley Orgánica de Tribunales, al disponer que fuera de los casos establecidos en su artículo 176, nadie podría ser obligado a someterse a com-

(26) Corte Santiago, Revista, t. XXV, Sec. II, pág. 34; comentario de Jorge González von Marées.

(27) Corte Suprema, Revista, t. XXVI, Sec. I, pág. 46.

(28) Ob. cit., N.o 1801.

(29) Bernard, ob. cit., N.o 22.

(30) Manuel E. Ballesteros; "La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile", t. II, Stgo., 1890, N.o 1652.

promiso (art. 177), suprimió tácitamente, como veremos al tratar del arbitraje forzoso, los mencionados juicios prácticos. Así lo entendieron los tribunales, que aplicando el artículo 177 de dicha ley, se negaron en reiteradas oportunidades a admitir la constitución de juicios prácticos y declararon que los asuntos que hasta entonces habían sido materia de ellos, debían resolverse por los jueces ordinarios oyendo el dictamen de peritos. (31).

El C. de P. C. ratificó posteriormente esta doctrina al preceptuar que cuando la ley ordene que se resuelva un asunto en juicio práctico, o previo informe de peritos, se entenderán cumplidas estas disposiciones agregando el reconocimiento o dictamen pericial al procedimiento que corresponda usar según la naturaleza de la acción deducida (art. 412).

9. *Arbitraje y determinación por terceros de un elemento de una convención.*—El art. 1809 del C. C. establece que en la compraventa pueden los contratantes dejar la determinación del precio al arbitrio de un tercero, y si el tercero no lo determina, podrá hacerlo por él cualquiera otra persona en que se convinieren los contratantes; en caso de no convenirse, no habrá venta. Y aunque la ley no lo dice expresamente, es indudable que en otras convenciones pueden también las partes entregar la fijación de alguno de sus elementos a una persona por ellas designada. Esta operación tiene notables similitudes con el arbitraje y con el peritaje. ¿Constituye una u otra cosa?

La cuestión ha sido igualmente planteada en otros países. Según el artículo 1592 del C. C. francés, puede el precio de la venta ser dejado al arbitraje de un tercero y si éste no quiere o no puede hacer la estimación, no hay venta. Se encuentran en la redacción de este precepto elementos en favor de una y otra tesis. "En favor del peritaje el hecho de que no hay litigio propiamente hablando y que el propio texto dice que se trata de una "estimación" por hacer. En favor del arbitraje es preciso considerar, por una parte, que el texto contiene la palabra "arbitraje" y, sobre todo, que la decisión tomada por el tercero es obligatoria para las dos partes, en el sentido de que, habiéndose determinado el precio, la venta es cierta y la tradición como el pago deben ser efectuados". (32).

En realidad, esta determinación por un tercero de un elemento de una convención no es arbitraje ni peritaje.

No puede ser arbitraje, como algunos autores lo estiman (33), porque cualesquiera que sean los términos que la ley emplee, no es un juicio, ya que falta en él la existencia de una controversia, elemento esencial de todo juicio (34). No hay entre las partes dificultad que resolver; ellas, por el contrario, están de acuerdo. El hecho de que comisionen a un tercero para fijar el precio de la compraventa no significa que haya un litigio; significa que se ha convenido en un determinado precio: el que señale la persona designada

(31) Citados por Ballesteros, ob cit., N.os 1649, XIX y XXI y 1657.
(32) Jean Robert, ob. cit., N.o 5.
(33) Dalloz; "Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence"; tomo IV; París, 1894; "Arbitrage", N.o 49.
(34) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 110.

(35). En el peor de los casos, podría importar un principio de litigio; pero, como observa Miranda, "para que haya juicio arbitral se requiere que una contienda exista realmente; no basta que pueda existir con más o menos remotas posibilidades". (36).

Chiovenda precisa esta diferencia observando que dicho tercero no está llamado a conocer y fallar una relación litigiosa, sino "a determinar en una relación jurídica pacífica en sí misma un elemento no definido por las partes" (37). Su misión es indicar a las partes "cual deba ser su voluntad"; la del árbitro es señalarles "cuál es la voluntad de la ley que regula su relación". (38).

No es tampoco un peritaje, como otros (39) lo sostienen, porque los peritos son llamados a dar una opinión que las partes no están obligadas a seguir, en tanto que la fijación del precio que hagan los terceros es obligatoria para ellos. (40).

Esta circunstancia ha llevado a los tribunales franceses a considerar la operación que analizamos como un acto mixto entre arbitraje y peritaje. La Cámara de Requêtes resolvió en 1862 que la misión confiada a ese tercero "no consiste en emitir un informe sino en dar una decisión que es ley para las partes, y que no puede asimilársele a un perito, sino más bien a árbitros amigables componedores dispensados de seguir las reglas de derecho". Se llega así a la conclusión de que hay que combinar las reglas del arbitraje y del peritaje para resolver las dificultades a que dicha operación pueda dar lugar (41).

Creemos erróneo este criterio. La determinación de un elemento de un contrato por un tercero distinto de las partes importa evidentemente la ejecución de un acto jurídico por intermedio de mandatario. Cuando los contratantes encargan a otra persona que fije el precio de la compraventa, le otorgan un mandato para que en nombre de ellos complete y perfeccione dicho contrato; cuando el tercero señala el precio, se supone que son las voluntades acordes de vendedor y comprador las que actúan y concurren al acto. Como mandatario que es, deriva sus poderes de las partes, debe ceñirse estrictamente a sus instrucciones y no puede extralimitarse de ellas so pena de no obligar a los contratantes (42). Estos deben aceptar el precio que el tercero fije y no pueden impugnarlo judicialmente sino en los casos en que les sería permi-

---

(35) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 112.
(36) Miranda, ob. cit., N.o 18.
(37) Chiovenda, ob. cit., t. I, pág. 132.
(38) Chiovenda, ob. cit., t. I, pág. 128, en nota.
(39) Robert, ob. cit., N.o 5; Osvaldo Vargas Barros, "La Cláusula Compromisoria", Memoria, 1938, N.o 33.
(40) Marcel Planiol, "Traité elementaire de Droit Civil", 8.a Ed., París, 1912, t. II, N.o 1383; Bernard, ob. cit., N.o 25.
(41) Suplement au Repertoire méthodique et alphabetique de législation, de doctrine et de jurisprudence de MM. Dalloz, París, 1887, T. I, "Arbitrage", N.o 9; en el mismo sentido Bernard, ob. cit., N.o 25.
(42) Arturo Alessandri Rodríguez, "De la Compraventa y de la promesa de venta", Santiago, 1917, T. I, N.o 334.

tido hacerlo si ellos mismos lo hubieren fijado, conforme a las reglas generales de los contratos. (43).

10. *Arbitraje y Conciliación.*—Se entiende por conciliación un procedimiento que tiene por objeto solucionar buenamente las dificultades que median entre partes y evitar de este modo un pleito, mediante la intervención de un tercero —llamado conciliador— que procura producir un avenimiento o arreglo. Como en el arbitraje, hay en la conciliación una persona distinta de los tribunales comunes y de las propias partes que interviene en un litigio con la mira de concluirlo. Puede ocurrir también que esa intervención tenga origen en la propia voluntad de las partes y que el conciliador sea designado por ellas mismas.

Pero arbitraje y conciliación difieren radicalmente por la naturaleza de la tarea que toca cumplir a los árbitros y a los conciliadores.

El árbitro es un tribunal llamado a resolver la contienda con una decisión obligatoria para las partes; tiene poder de juzgar; esto es esencial en él (44). El conciliador carece de esta facultad; lo que se desarrolla ante él no es un verdadero juicio, ni él actúa propiamente como juez ni ejerce jurisdicción; su función se traduce en tratar de avenir a las partes buenamente, proporcionándoles condiciones de arreglo que ellas son libres de aceptar o no. El conciliador no resuelve nada; sólo aconseja (45). La jurisprudencia francesa ha consagrado claramente esta distinción. (46).

§ II.—NATURALEZA JURIDICA

11. *Planteamiento de la cuestión.*— No hay acuerdo entre los tratadistas para apreciar la naturaleza jurídica del juicio arbitral. Se trata, en verdad, de una materia no exenta de complejidades.

Hemos definido y caracterizado al arbitraje como un juicio, vale decir, una discusión legítima que dos o más partes hacen de una controversia ante un tribunal que tiene poder para resolverla (47). Esto induce a considerarlo como un medio de administrar justicia, que importa, en consecuencia, una *especie de jurisdicción*, ya que involucra la existencia de un tribunal con facultad para juzgar un litigio.

Pero también anotamos, como los otros caracteres distintivos de la institución en estudio, su origen generalmente contractual y la investidura privada de los árbitros. Estos aspectos obran para que se conciba al arbitraje como una forma extrajudicial y puramente convencional de terminar las dificultades entre particulares, no por el ejercicio de una jurisdicción, sino por el solo acuerdo de los interesados; sería una *institución contractual.*

Según sea, de este modo, el elemento a que se otorgue mayor importan-

(43) Arturo Alessandri R., ob. cit., t. I, N.o 337. En el mismo sentido: Francisco Ricci, "Derecho Civil Teórico y Práctico", Madrid, T. IV, N.o 115; Mongalvy, ob. cit., tomo I, N.o 110 y 112; Borjas, ob. cit., T. V, N.o 485, pág. 20.

(44) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., T. VIII, N.o 226.

(45) Miranda, ob. cit., N.o 22.

(46) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., T. VIII, N.o 226.

(47) Mattirolo, ob. cit., T. I, N.o 47.

cia y se haga prevalecer, se sostiene la naturaleza jurisdiccional o la naturaleza contractual del arbitraje.

En estrecha relación con la antedicha controversia, se discute si el arbitraje tiene carácter público o meramente privado; si el árbitro es en algún modo un funcionario público, un verdadero juez, o sólo un particular que deriva de las partes todos sus poderes, un mandatario o algo parecido.

Ambos problemas constituyen, a nuestro juicio, una sola cuestión. Si el arbitraje importa una especie de jurisdicción, debe necesariamente tener carácter público, ya que la facultad de administrar justicia es atributo exclusivo del Poder Soberano y sólo de éste pueden arrancarla los árbitros. Si se admite, en cambio, la naturaleza contractual del arbitraje, debe considerársele de carácter enteramente privado y al árbitro como un simple particular designado por las partes para hacer lo que ellas por sí mismas podrían efectuar: un arreglo convencional de la diferencia que las divide.

12. *Importancia de su estudio.*— El estudio de esta cuestión no sólo tiene importancia doctrinaria, sino también práctica; de la manera cómo se la resuelva depende el criterio que deberá aplicarse a la solución de muchas dificultades que a diario ocurren en los juicios de compromiso. Merece observarse a este respecto que la controversia teórica en torno al arbitraje se ha suscitado en Francia por la necesidad de establecer cuál es la capacidad necesaria para desempeñar las funciones de árbitro, cuáles son los efectos de la sentencia arbitral y qué requisitos debe cumplir la que se dicta en el extranjero para producir en Francia consecuencias jurídicas. Se trata de problemas prácticos de gran interés que la ley omite considerar; para solucionarlos ha sido preciso buscar los principios directrices que rigen la institución (48), vale decir, averiguar si la naturaleza jurídica del arbitraje es jurisdiccional o contractual.

13 *División de la materia.*—Para dar mayor claridad y precisión al análisis sobre la naturaleza jurídica del juicio arbitral, creemos conveniente distinguir entre el arbitraje voluntario que se verifica por el solo acuerdo de las partes, el arbitraje forzoso que es impuesto por el legislador y los arbitrajes especiales en que la propia ley instituye el tribunal. En cada uno de ellos el problema se presenta en diverso grado y con distintos caracteres.

a) Arbitraje voluntario

14. *Doctrina contractual.*—Llamaremos así a la que, hallando en la intervención que en el arbitraje cabe a la voluntad de las partes para constituirlo y designar árbitros el elemento determinante de su naturaleza jurídica, lo asimila a un contrato y afirma su carácter privado.

Admite esta doctrina diversos matices; pero su rasgo distintivo está en que considera al árbitro como un simple *mandatario de las partes*, que sólo

(48) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.os 1821 y 1840; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 263; Robert, ob. cit., N.o 191.

actúa en virtud del poder que éstas le confieren en el compromiso, a cuyos términos debe ajustarse rigurosamente. Para quienes esto sostienen, el árbitro difiere fundamentalmente de los demás magistrados, porque no deriva su autoridad del Poder Público, sino de la sola voluntad de las partes: es un simple individuo privado y no un funcionario. Consecuencialmente, estiman que la decisión arbitral no es una verdadera sentencia, sino tan sólo la ejecución del mandato por el compromisario: un contrato que las partes suscriben por intermedio del árbitro y cuya única fuerza reside en el compromiso que le da origen.

Sostienen categóricamente esta tesis los jurisconsultos franceses *Merlin* (49), *Fuzier-Herman* (50), *Weiss* (51) y *Brachet* (52), los cuales concluyen de ella que para ser árbitro basta la capacidad necesaria para desempeñar un mandato y que las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero no requieren para cumplirse en Francia la revisión de fondo que la ley prescribe para la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. *Escriche* (53), en España, adhiere ampliamente a esta doctrina, que es también la que, con particularidades propias a la organización del arbitraje en Inglaterra, consagra la jurisprudencia de los *tribunales ingleses* (54).

15. *Doctrina jurisdiccional.*—Con criterio diametralmente opuesto a la anterior, atendiendo al caracter de juicio que tiene el arbitraje, esta doctrina le atribuye naturaleza jurisdiccional y niega que sea un contrato o algo parecido.

Laurent la sostuvo en el pasado siglo, haciendo hincapié en que los árbitros "*son jueces,* desempeñan un ministerio social... están investidos de uno de los grandes poderes a título de delegados de la soberanía nacional... y no pueden, por consiguiente, ser mandatarios de las partes" (55). Casi lo mismo afirman los procesalistas modernos *Glasson, Tissier et Morel* (56). Para ellos, si es cierto que el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes, lo que lo asimila al mandatario, no es menos efectivo que desempeña oficio de juez y como tal goza de autoridad personal e independiente, no toma en sus manos sino los intereses de la justicia, no debe cuenta sino a su conciencia y dicta decisiones que se imponen a las partes. No es un funcionario público permanente, ni tiene facultad de otorgar por sí mismo a sus fallos fuerza ejecutiva —en Francia la sentencia arbitral se somete al exequatur del Presidente del Tribunal ordinario, quien la provee de fórmula ejecuto-

(49) Merlin, "Recueil Alphabetique des Questions de Droit", París, 4.a Ed., t. I, "Arbitros", XIV, art. II.

(50) Fuzier-Herman, "Repertoire General Alphabetique de Droit Français", París, 1888, "Arbitrage", números 348, 349, 350 y 352.

(51) V. Weiss, "De l'execution des sentences arbitrales étrangeres en France", citado por Robert, ob. cit., N.o 192, y por Landrau, ob. cit. págs. 127 y siguientes.

(52) Brachet, "l'execution internationale des sentences arbitrales", citado por Robert, ob cit., N.o 192, y por Landrau, ob. cit., pág. 195.

(53) Joaquín Escriche, "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", París, 1869, págs. 209 y 210.

(54) M. Landrau, ob. cit., págs. 54, 55, 56, 133, 178 y 179.

(55) Citado por Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1741.

(56) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, números 1821 y 1840.

ria—; pero la verdad es que desempeña una *especie de función pública temporal* y sus sentencias son actos auténticos y causan el efecto de cosa juzgada independientemente de toda intervención de los tribunales ordinarios. No puede alegarse en contrario que se trata de un simple particular designado por otros particulares; es preciso no olvidar que *el arbitraje no existe sino por voluntad y consentimiento del legislador*, es la ley quien lo instituye y si así no fuera, los particulares no podrían recurrir a él. Concluyen que sólo pueden ser árbitros las personas capaces de desempeñar funciones públicas y que las resoluciones de los árbitros son verdaderas sentencias judiciales.

Opiniones muy semejantes, susceptibles de englobarse dentro de la doctrina jurisdiccional, son sostenidas por *Manresa* (57) en España, y en Italia por *Fedozzi, Mortara, Ghirardini* y *Galgano* (58).

16. *Doctrina mixta.*—Vacilando entre la doctrina contractual y la jurisdiccional, sin decidirse ni por una ni por otra, hay quienes optan por afirmar la naturaleza mixta del arbitraje o patrocinan soluciones más o menos intermedias. Tal es la posición, entre otros, de Dalloz, Mongalvy, Garsonnet et Cézar-Bru, Alfred Bernard, Jean Robert y Julián Miranda.

Dalloz (59) y *Mongalvy* (60) definen el arbitraje como una jurisdicción y califican a los árbitros de jueces. Sin embargo, el primero estima que las relaciones entre el compromisario y las partes reunidas constituyen una especie de mandato (61) y el segundo piensa que el compromiso "participa del mandato", que "los árbitros pueden ser asimilados a los mandatarios" y que sus funciones tienen a la vez algo de las de los mandatarios y de los jueces, repitiendo en reiteradas ocasiones que "el compromiso no es, en sus relaciones con el árbitro, sino un mandato". (62).

Garsonnet et Cézar-Bru afirman que para ser árbitro no basta la capacidad suficiente para ser mandatario, porque el árbitro es un juez y desempeña una función pública (63). Acto seguido, sin embargo, estudiando los poderes de los árbitros, estiman que ellos no pueden derivar sino de un contrato de las partes y tal contrato no puede ser otro que un mandato (64), y agregan textualmente: "los árbitros son encargados de juzgar un litigio. Las operaciones que tienen lugar ante ellos son de carácter judicial, puesto que conducen a una sentencia que revestida del exequatur, tendrá el valor y producirá los efectos de un fallo. Pero los árbitros no son magistrados, pues les falta el carácter oficial. La autoridad de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva que de su sentencia nacen, se refieren menos a esa sentencia que a la voluntad de las partes en virtud de la cual se dictó. Es una consecuencia del principio de que las convenciones legalmente celebradas son una ley para las

(57) José María Manresa y Navarro, "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", 4.a Ed., t. IV, Madrid, 1920, pág. 6.
(58) Citados por Chiovenda, ob. cit., t. I, pág. 128, en nota.
(59) Dalloz, "Repertoire", t. IV, "Arbitrage", N.os 45 y 958.
(60) Mongalvy, ob. cit., N.os 1, 131, en nota y 454.
(61) Dalloz, ob. cit., N.os 616 y 758.
(62) Mongalvy, ob. cit., N.os 131, en nota, 454, 118, 121 y 122.
(63) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 263.
(64) Ob. cit., t. VIII, N.o 265.

partes''. De lo cual concluyen ''que los árbitros, simples mandatarios de las partes, no tienen ninguno de los poderes reservados a los tribunales constituídos''. (65).

Para *Alfred Bernard*, autor belga, la función arbitral, ''de naturaleza convencional en su origen y su organización, concierne, conservando siempre su carácter privado, a la administración de justicia''. Una relación contractual liga al árbitro con las partes, pero no se trata de un mandato sino de una convención sui generis. (66).

Para el francés *Jean Robert* (67) y el uruguayo *Julián Miranda* (68), es indudable que los árbitros son jueces y no mandatarios y que sus fallos constituyen verdaderas sentencias judiciales y no son meras convenciones. Pero uno y otro, fundándose en el origen convencional de los poderes del árbitro, le niegan todo carácter público.

Más claro y precisos, *Margueritte Landrau* (69) y *Louis Cremieu* (70) encuentran, dentro de esta doctrina mixta, una verdadera solución al asunto, que esbozan, por separado, sin desarrollarla. Según ellos, el nudo del problema reside en la distinción entre la investidura del árbitro y el ejercicio de sus funciones o atribuciones. La investidura tiene carácter privado, puesto que los árbitros no son encargados de juzgar un litigio por el Estado, sino por los particulares que los nombran. Pero una vez investidos de su calidad de árbitros, sus atribuciones son las de verdaderos jueces y el ejercicio de sus funciones es un acto público de jurisdicción.

La jurisprudencia de los tribunales franceses, que en un principio se pronunciaba en favor de la doctrina jurisdiccional (71) y luego adhirió categóricamente a la contractual (72), parece estar inclinándose hacia esta tesis. (73).

17. *Doctrina de Chiovenda.*—El procesalista italiano Chiovenda estudia el problema desde un punto de vista diverso de los que acabamos de exponer. El reconoce en el arbitraje algo ''afín al proceso en su figura lógica: una definición de controversias mediante un juicio ajeno'' (74) y

(65) Ob. cit., t. VIII, N.os 266, 294 y 295.

(66) Bernard, Ob. cit., N.o 247.

(67) Robert, ob. cit., N.os 191, 192 y 193; y ''La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage'', París, 1929, págs. 38 y siguientes

(68) Miranda, ob. cit., N.o 12.

(69) Landrau, ob. cit., pág. 128.

(70) L. Cremieu, Recueil Periodique Dalloz, 1928, 1, pág. 173.

(71) Véase: Robert, ob. cit. N.os 192 y 193, en notas.

(72) La Corte de Casación, en su primera sentencia sobre el problema, de 9 de Julio de 1928, declaró de manera absoluta que ''en caso de arbitraje voluntario, la sentencia arbitral tiene, como el compromiso, un carácter contractual''. Recueil Periodique Dalloz, 1928, pág. 173. En el mismo sentido, véase fallos citados por Robert, ob. cit., N.os 193 y 195, en notas.

(73) La misma Corte de Casación, en sentencia de 12 de Diciembre de 1932, habla del ''mandato dado a una persona para constituirse juez de la dificultad'', expresiones contradictorias que parecen admitir ambas doctrinas, a menos que se entienda que la palabra mandato está empleada en el sentido de misión o encargo. Citada por Robert, ob. cit., N.o 193.

(74) Chiovenda, ob. cit., t. I, pág. 127.

niega que la sentencia arbitral o laudo sea una simple convención o integre la voluntad de las partes. (75).

Sin embargo, el arbitraje no es para él un verdadero juicio ni el laudo una sentencia de verdad.

"Es característica del proceso la presencia de un órgano público" llamado a declarar y actuar la voluntad de la ley en un caso concreto sometido a su decisión. "La sentencia obliga como un acto de voluntad pública, independientemente de su justicia intrínseca y del consentimiento de las partes" (76). Esto en virtud de la jurisdicción, atributo exclusivo del Estado (77) que entraña un poder para obrar en lugar de otros.

Ahora bien, "el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción ni propia ni delegada, no actúa la ley, no obra; sus facultades se derivan de la voluntad de las partes expresadas en conformidad a la ley; su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva. El Estado hace ejecutivo el laudo mediante un acto de un órgano jurisdiccional (78); este acto de jurisdicción respeta la naturaleza privada del laudo en sus orígenes y en su ejecutoriedad, pero asume su contenido como fundamento; con esto, el laudo ya ejecutivo es equiparado al acto jurisdiccional" (79).

La función del árbitro sólo consiste en *preparar la materia lógica de una sentencia,* tarea que por sí misma *no es jurisdiccional,* puesto que no implica el ejercicio de ningún poder. La ley no concede a los árbitros poderes jurisdiccionales; sólo consiente en tomar del trabajo lógico realizado por un particular "sin uso de poderes jurisdiccionales" la materia prima de una sentencia. Sólo cuando el laudo "deviene ejecutivo es elevado al nivel de acto jurisdiccional".

Admite Chiovenda que puede haber legislaciones en que el arbitraje tenga carácter jurisdiccional; pero no basta, a su juicio, para ello, con que la ley no exija decreto de ejecutoriedad del laudo y lo haga ejecutivo por sí mismo (como ocurre en Suiza), sino que es preciso que conceda a los árbitros poderes jurisdiccionales. (80).

18. *Nuestra opinión.*—La diversidad de los elementos que constituyen el juicio arbitral introduce confusión en el estudio de su naturaleza jurídica. Sólo así se explica la notable disconformidad que hay entre los principales tratadistas de la materia y las frecuentes contradicciones y vacilaciones en que incurren muchos de ellos.

Evidentemente, los orígenes del juicio arbitral son del todo convencionales y privados, ya que en su base tiene, no sólo uno, sino dos contratos: el de compromiso entre las partes, y el de compromisario entre ellas y el árbitro. Pero tales contratos no constituyen por sí mismos el arbitraje; sólo son su causa o antecedente: ponen en movimiento la jurisdicción

(75) Ob. cit., pág. 128, en nota.
(76) Ob. cit., pág. 85.
(77) Ob. cit., págs. 84 y 340.
(78) Debe tenerse presente que en Italia, como en Francia, la sentencia arbitral, para ser ejecutiva, requiere el exequatur del Tribunal ordinario.
(79) Ob. cit., págs. 127 y siguientes.
(80) Chiovenda, ob. cit., t. I, págs. 128 y siguientes, en nota.

arbitral y determinan quien va a ser su titular, sobre quienes se va a ejercer y a que materias va a referirse. Pero aquí termina su actuación; fuera de éstas, ninguna función desempeñan en el arbitraje, y no hay razones valederas para que le comuniquen su naturaleza.

El arbitraje, en sí mismo, nada tiene de contrato. El litigio no es resuelto por un acuerdo de voluntades entre las partes sino por la *decisión de un tribunal*. La idea del mandato a que recurren para explicar esto los prosélitos de la doctrina contractual está lejos de ser satisfactoria. Decir que el árbitro es mandatario de las partes; que éstas le delegan el poder de juzgar su controversia; que su misión se reduce a efectuar, en lugar de las partes, lo que ellas mismas podrían hacer, y que su sentencia no es otra cosa que la voluntad de ellas expresada por boca de un tercero, no es más que una ficción a todas luces errónea.

Desde luego, tales términos llevan envuelta la idea de la "representación"; no en otra cosa consistiría el hecho de que los litigantes "dieran poder" al árbitro para solucionar la controversia, obligándose a acatar su fallo, y que este fallo fuera precisamente el fin perseguido por las partes, al cual llegaran mediante la actuación del árbitro como podrían hacerlo por sí mismas. Se trataría de un medio empleado por los contendientes para producir, sirviéndose de la voluntad de un tercero, los mismos efectos que si actuaran personalmente (81). Y tanto es así que los sostenedores de la doctrina contractual, siguiendo la teoría de la ficción como explicativa del fenómeno de la representación, dicen expresamente o dan a entender que la sentencia expedida por el árbitro debe reputarse como un acto de la voluntad de los propios litigantes. (82).

Sin embargo, es requisito característico e inomisible de la representación que el representante actúe *en nombre* del representado (83), que el acto que celebra en virtud del poder se efectúe *"contemplatione domine"*. Si falta este elemento no hay representación (84).

Ahora bien, *el árbitro no actúa en nombre de las partes* a quienes juzga; por el contrario, *obra en nombre propio,* en el sólo interés de la justicia (85). Su tarea de juzgar a los litigantes es incompatible con el oficio de representarlos, ya que exige con respecto a ellos *independencia* y *autoridad* (86) y el representante en cambio, debe subordinarse a la voluntad de sus

(81) De este modo definen la representación Planiol y Ripert. (Citados por David Stichkin, "La representación de los actos jurídicos", Memoria, Santiago, 1936, pág. 66).

(82) Véase: N.o 14.

(83) El art. 1448 del C. C. dice: "Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiera contratado él mismo".

Stitchkin define el concepto moderno de representación diciendo que "es una institución por la cual una persona, que está facultada para ello, afecta el patrimonio de otra al cumplimiento y demás consecuencias jurídicas del acto que celebra en nombre y por cuenta de esta última". (Ob. cit., pág. 7).

(84) Stitchkin, ob. cit., págs. 110 a 120.

(85) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 751.

(86) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1821; Robert, ob. cit., N.o 193; Miranda, ob. cit., N.o 16.

representados. Como observa Chiovenda, la misión del árbitro no es expresar la voluntad de las partes, sino que declarar "cual es la *voluntad de la ley* que regula su relación" (87). Tan poco representa el árbitro a las partes que en la mayoría de los casos su decisión es absolutamente contraria a lo querido por una de ellas. No creemos que pueda estimarse efectuado en nombre de una persona, como si lo hubiera realizado ella misma, un acto respecto del cual ella manifiesta expresamente su voluntad contraria, interponiendo recursos para modificarlo o dejarlo sin efectos. Y esto es lo que ocurre en el juicio arbitral, como en todo juicio.

Tampoco puede verse en el arbitraje un caso de mandato sin representación. El mandatario que obra en nombre propio no tiene facultad alguna para substituirse al mandante y obligarlo directa e inmediatamente a las consecuencias del acto que efectúa en virtud del mandato. Sólo cuando el mandatario actúa como representante tiene *poder* para afectar el patrimonio de su mandante por el acto representativo (88). Respecto de los actos que el mandatario realiza a nombre propio, el mandante es un extraño (89), que no queda obligado por ellos sino en razón de un acto posterior; esto sin perjuicio de las obligaciones que para con el mandatario tiene contraídas (90).

Si el árbitro, en consecuencia, fuese un mandatario sin representación, carecería de *poder* para obligar a las partes por su sola actuación y su sentencia no las afectaría inmediata y directamente como ocurre.

Por lo demás, representante o no, el mandatario no puede tener nunca facultades superiores a las de sus mandantes, pues derivándolas de ellos, está siempre sometido a su dependencia y debe ceñirse a sus instrucciones. El árbitro, en cambio, ejerce precisamente un *poder sobre las partes*, está por encima de ellas, y aunque ellas lo nombran, desde que entra en funciones deviene independiente y autónomo y tiene atribuciones de que ellas carecen (91).

De aquí provienen las contradicciones en que incurren los sostenedores de la doctrina mixta. El nombramiento convencional del árbitro los induce a calificarlo como mandatario de las partes; pero no pueden desconocer que la naturaleza del oficio que desempeña es muy diversa del de un simple mandatario. La antítesis se extrema en Garsonnet et Cézar-Bru, que se ven obligados a admitir en la tarea del árbitro, por sus caracteres, una verdadera *función pública*, cuyo desempeño exige capacidad política, y que, sin embargo, lo consideran luego como *mandatario* y resuelven que los efectos de su sentencia se refieren menos a ella que a la "voluntad de las partes en virtud de la cual se dictó". Oscilando entre ambas ideas, solucionan las dificul-

(87) Chiovenda, ob cit., t. I, pág. 128, en nota.
(88) Stitchkin, ob. cit., págs. 75 y 76.
(89) Ricci, Francisco, "Derecho Civil Teórico y Práctico", Tomo XIII, pág. 132.
(90) Stitchkin, ob. cit., págs. 81 y 82.
(91) En comentario a sentencia de la Corte de Santiago, Jorge González von Marées dice al respecto: "El hecho de que el mandatario pueda constituirse en juez de los intereses de su mandante, pugna abiertamente con la naturaleza misma del mandato. El mandatario puede contraer obligaciones en representación del mandante, lo que es cosa muy diversa de declararlas imperativamente, papel éste reservado exclusivamente al juez". (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXV, 2.a parte, Sec. 2.a, pág. 34).

tades que se presentan haciendo prevalecer una u otra, más o menos caprichosamente. Igual ocurre a los tribunales franceses.

Más consecuente con la lógica, Chiovenda niega que haya en el arbitraje un mandato de las partes al compromisario y precisa la tarea que en él se cumple como una "definición de controversias mediante un juicio ajeno", algo análogo al proceso, que no tiene nada de mandato. Sin embargo, influído, sin duda, por la idea del nombramiento voluntario de los árbitros, afirma que carecen de jurisdicción y sostiene la naturaleza privada del juicio arbitral, fundándose en que no interviene en él ningún *órgano público*. Por esto limita la misión de los árbitros a "preparar la materia lógica de una sentencia", ya que ésta, como acto jurisdiccional, sólo puede ser obra de un funcionario del Estado.

La argumentación es seria. Como todo ¿por qué negar que el árbitro es un órgano público? A juicio de Chiovenda, porque la ley no le *otorga poderes jurisdiccionales;* pero debemos pensar que no se los concede porque no es órgano público. Se cae así en un círculo vicioso. ¿Es cierto que el árbitro carece de jurisdicción? ¿No tiene acaso facultad para dictar una sentencia y no es esta por definición un acto jurisdiccional? Para Chiovenda el fallo del árbitro no es sentencia ni acto jurisdiccional porque no tiene fuerza ejecutoria; sólo pasa a serlo cuando el funcionario del Estado lo hace ejecutivo. Puede, sin duda, admitirse este criterio en los países cuya legislación exige el exequatur de los tribunales para que la sentencia del árbitro tenga mérito ejecutivo, Hasta aquí, la tesis de Chiovenda, aunque discutible, es razonable. No cabe decir lo mismo desde el instante en que afirma que aun donde la ley no exija una sentencia o decreto de ejecutoriedad del laudo, éste y el arbitraje no tienen ningún carácter jurisdiccional a menos que los árbitros gocen de poderes jurisdiccionales.

No es éste el lugar para discutir la doctrina de Chiovenda sobre la jurisdicción y el imperio, que sirve de fundamento a su interpretación del arbitraje; pero creemos que en ningún caso puede negarse el carácter de *"poder jurisdiccional"* a la facultad de dictar una sentencia que tiene fuerza ejecutiva.

Más aún; en nuestra opinión, la facultad de resolver un litigio declarando el derecho o la justicia con decisión obligatoria para los contendientes, importa precisamente un *poder jurisdiccional* que no puede derivarse en ningún caso de la simple voluntad de las partes, porque ellas no la tienen, sino que sólo del Estado a través de la ley.

19. *Distinción necesaria.*—Pensamos, con Margueritte Landrau y Louis Grémieu, que para determinar la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje, debe distinguirse entre la investidura del árbitro y el ejercicio de sus funciones, entre el juicio arbitral propiamente dicho y las convenciones de compromiso y de compromisario que le dan origen, precisando con rigor los conceptos de uno y otros. Las confusiones en que sobre la materia se incurre con tanta frecuencia, provienen en su mayoría de la inadecuada deli-

mitación del rol que a cada uno de estos elementos se asigna en el mecanismo de la institución.

El arbitraje tiene una individualidad única, pero compleja. Es necesario descomponerlo en sus diversas partes para llegar a una acabada comprensión de su funcionamiento. Una cosa es, en efecto, el convenio por el cual los litigantes someten una controversia a la resolución de una persona que designan como árbitro; otra cosa es el contrato en virtud del cual la persona nombrada se obliga a cumplir las funciones de árbitro, y otra, en fin, los actos que a consecuencia de esos contratos se verifican ante el árbitro y por él para obtener la decisión del litigio. Cada uno de estos elementos cumple una tarea propia, con fisonomía independiente y límites exactos. Sin reconocer este hecho y determinar precisamente esa tarea, esa fisonomía y esos límites, no es posible adquirir claro concepto de la naturaleza del arbitraje.

El juicio arbitral, como todo juicio, tiene por objeto resolver un litigio mediante la decisión de un tribunal y se traduce en una serie de actos que importan el ejercicio de una función de carácter judicial. Las convenciones de compromiso y de compromisario, en cambio, sólo son antecedentes previos de ese juicio, que lo originan, lo ponen en movimiento y fijan sus contornos, pero que no alteran su naturaleza de verdadero juicio.

En los números siguientes precisamos la distinción indicada.

20. *Primero: 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. Estos, por sí solos, no pueden otorgar a nadie el poder de juzgar un litigio, puesto que ellos mismos carecen de dicho poder. Si los árbitros tienen esa facultad, como ocurre, no la derivan, pues, de las partes que a ellos se someten y que los han nombrado, porque esas partes son incapaces de concedérsela; la arrancan de la ley. Como observa Borjas, "la ley y no las partes es la que inviste a los árbitros de la autoridad necesaria para ejercer la función de sentenciar, que es un acto de soberanía" (92).

Si la ley no instituyera a los árbitros con el carácter de tribunales, los litigantes que quisieran resolver extrajudicialmente una controversia podrían, sin duda, someterla a la decisión de un tercero por ellos nombrado. Pero ese tercero sería un mandatario que cada uno de ellos podría revocar libremente en cualquier momento, aunque lo hubieran designado los dos juntos; tendría que sujetarse a las instrucciones que ellos le fueran dando a medida que desearan; no podría dirigir exhortos a los tribunales ni solicitar para sus actuaciones la cooperación de la justicia, y si bien estaría facultado para dictar una decisión, ésta sería, aunque no representara realmente el acuerdo de voluntades de los interesados, un contrato pasado por mandatario, que podría atacarse de la manera que los contratos por vicios de nulidad

(92) Borjas, ob. cit., t. V, N.o 484, pág. 14. Mortara expresa la misma idea diciendo: "El oficio de los árbitros saca autoridad y eficacia del reconocimiento de la ley, que les permite en cierta medida conveniente el ejercicio de la función jurisdiccional". (Citado por Miranda, ob. cit. N.o 79).

y que daría a cada parte el derecho de pedir su cumplimiento o *su resolución* en caso de mora de la otra parte. Como se trataría de un acto privado, para obtener su ejecución sería preciso seguir previamente un juicio ordinario que declarara las obligaciones que de tal contrato nacen, dando así título ejecutivo a la parte vencedora para conseguir la ejecución forzada.

Pero la ley instituye los árbitros como una de las categorías de tribunales por ella establecidos, los califica de jueces, los autoriza para conocer litigios, efectuar actos de instrucción, recibir pruebas, dictar resoluciones obligatorias para las partes a que llama sentencias, dirigir exhortos a otros tribunales y encargarles la práctica de ciertas actuaciones, y establece recursos judiciales ordinarios y extraordinarios para impugnar sus fallos, aun ante los tribunales comunes; en una palabra, les otorga poder de administrar justicia.

Cierto es que los árbitros no son tribunales establecidos de una manera permanente, pero esto no quita nada a su carácter ni altera la naturaleza de sus funciones. La ley reconoce el derecho de los individuos para ser juzgados por jueces que les merezcan amplia confianza y para hacer efectivo ese derecho, crea, a más de los tribunales permanentes y para el evento de que las partes no quieran someterse a ellos, otros tribunales que autoriza a las mismas partes para elegir en cada caso. Al nombrar árbitros, las partes no instituyen un tribunal ni conceden ningún poder, que esto ya lo ha hecho la propia ley; sólo designan el juez, eligen la persona que va a constituir o integrar ese tribunal y ejercer ese poder.

Cierto es también que los árbitros carecen de imperio; no pueden disponer la ejecución por la fuerza pública de sus resoluciones. Pero esto es sólo consecuencia de lo anterior. El Estado no puede conceder el manejo de la fuerza pública, que es suya, sino a autoridades que él mismo ha designado por alguno de sus órganos y que le merecen confianza; pero no a la que ha sido nombrada por simples particulares. Si autoriza que éstos señalen la persona que deba ejercer la autoridad de tribunal y fallar un litigio, es porque salvo casos excepcionales en que como consecuencia lo prohibe, no hay con ello ningún interés público contrapuesto; el empleo de la fuerza pública, del poder coactivo del Estado, en cambio, compromete siempre los intereses sociales, y por esto se otorga únicamente a autoridades no sólo instituídas por el Poder Público, sino también nombradas más o menos directamente por él; por lo general, órganos inmediatos del Jefe del Estado. El imperio, por lo demás, no es un atributo esencial de los tribunales y su falta no altera la naturaleza de tal que tienen los árbitros.

El arbitraje como institución jurídica independiente con fisonomía propia, debe su vida a la creación de la ley. La ley lo establece como un medio extraordinario de administrar justicia; la ley involucra en él una especie de jurisdicción: un poder para ciertas personas de ejercer oficio de tribunales, de juzgar litigios. Las funciones que en el arbitraje se cumplen por el árbitro constituyen el desempeño de una autoridad y tienen, por consiguiente, carácter público.

Así concebido, el arbitraje importa una jurisdicción extraordinaria, de excepción, que el Estado franquea a los individuos, al lado de las jurisdic-

ciones ordinarias, para cuando desean substraerse a éstas y someter sus litigios a tribunales de mayor confianza. Los árbitros son jueces transitorios nombrados por las partes para que en un caso determinado ejerzan esa jurisdicción. En virtud de tal nombramiento privado, carecen de imperio; pero esta circunstancia no les quita su carácter de tribunal público, instituído por la ley y titular de jurisdicción.

21. *Segundo: el compromiso es un convenio privado por el cual las partes substraen su litigio a las jurisdicciones ordinarias y lo someten a la extraordinaria de un árbitro que designan.*—La jurisdicción arbitral que la ley establece es de excepción; los particulares no están normalmente obligados a someter a ella sus controversias. Para hacerlo deben los contendientes manifestar su voluntad acorde de substraerse a las jurisdicciones ordinarias —únicas imperativas para ellos— y sujetarse a la extraordinaria de árbitros.

Pero como los tribunales arbitrales *instituídos* por la ley no están, sin embargo, *constituídos* por ella —la ley los crea pero no los organiza— corresponde a las partes que quieren de común acuerdo someterles su disputa la tarea de darles forma viviente, determinar su composición; deben, pues, designar el árbitro o los árbitros, señalarles sus facultades y el procedimiento a que habrán de ceñirse, fijar las instancias en que conocerán el asunto etc.

Tales son, fundamentalmente, los objetos de la *convención de arbitraje,* comúnmente llamada compromiso: por ella se pone en movimiento, para un caso concreto, la jurisdicción arbitral que la ley establece en abstracto, y se da vida real, para ese caso, al tribunal que en la ley existe en potencia.

El compromiso es un pacto para someterse a una jurisdicción reconocida por las leyes chilenas. Su naturaleza contractual y privada es, pues, en absoluto independiente de los caracteres que pueda tener el juicio a que da lugar; su único papel consiste en provocar la actuación de la jurisdicción arbitral, pero no influye en modo alguno en lo que ésta es.

Cuando comprometen, no transigen los litigantes su pleito; el compromiso no importa desde ningún aspecto una transacción (93); no causa cosa juzgada que excluya la intervención posterior de los tribunales permanentes. Si por cualquier motivo, aun siendo válido, no produce efectos o no consigue el fin buscado por las partes de solucionar el litigio, quedan éstas nuevamente sometidas a las jurisdicciones ordinarias a que por él se habían substraído, en el mismo estado en que se hallaban antes.

Al nombrar árbitros, las partes no otorgan, por sí, a un tercero, el poder de juzgar un litigio; no le confieren ningún mandato: sólo lo ponen en la posibilidad de desempeñar las funciones de árbitro y ejercer la jurisdicción aneja a tal cargo. La sentencia del compromisario no las afecta porque ellas contrajeran la obligación de acatarla, sino porque ha sido dictada en ejercicio de una jurisdicción legal a la cual están sometidas.

22. *Tercero: el contrato de compromisario crea una relación jurídica privada, independiente del juicio, que obliga al árbitro a desempeñar su*

(93) Véase: No 143

cargo y a las partes a remunerarlo.—En el compromiso las partes eligen una persona de su confianza para que cumpla la función de árbitro, acto análogo al nombramiento que hace el Poder Público para que un individuo ocupe el cargo de juez. Por dicho acto no se obliga a la persona designada, que es un tercero, a asumir la calidad de compromisario; sólo se la coloca en la posibilidad legal de desempeñarla. Para que ella quede obligada es preciso que acepte el nombramiento; pero desde que lo hace, manifestando su voluntad de ejercer las tareas de árbitro para el caso concreto, contrae frente a las partes el deber jurídico de ser su tribunal.

Tal es el contrato de *compromisario* o *receptum arbitrii*, que nada tiene que ver con la naturaleza del juicio arbitral, como el nombramiento de los jueces permanentes es asunto extraño a la clase de los negocios que ante ellos se ventilan. Ni las facultades ni los deberes judiciales del árbitro derivan de este contrato, que sólo le impone la obligación privada para con las partes de desempeñar el cargo y le otorga el derecho de exigir de ellas un honorario. Aquellas facultades y deberes arrancan del propio cargo, o más bien dicho, de la ley que los atribuye a los individuos que ejerzan la función de compromisario.

El contrato de compromisario crea así, entre el árbitro y los comprometentes, un vínculo jurídico privado, independiente de la relación de derecho público de juez a partes que hay entre los mismos por disposición de la ley.

Este vínculo privado es el que puede estimarse como un mandato, ya que importa un encargo de confianza que dos o más personas hacen a otra. Pensamos, sin embargo, que es más exacto considerarlo como un arrendamiento de servicios, ya que el rasgo distintivo del mandato en el derecho moderno: "la gestión de negocios ajenos", sólo muy difícilmente puede encontrarse en la misión del árbitro de resolver un juicio. En realidad, el lazo privado que une al compromisario con las partes es de la misma clase que el vínculo administrativo que ata al juez con el Estado al cual presta sus servicios.

23. *La cuestión en la ley chilena.*—En nuestro derecho, al menos, la única opinión aceptable acerca de la naturaleza del arbitraje es la que hemos sostenido.

La L. O. T. define a los árbitros como *jueces* (art. 172), como tales los trata en cada ocasión en que a ellos se refiere y en el art. 189 habla de la "jurisdicción" del compromisario. El C. P. C. habla del *juicio arbitral* y le hace aplicables muchas reglas establecidas para los que se siguen ante jueces ordinarios. Para ser árbitro se requiere una capacidad muy distinta que la necesaria para desempeñar un mandato (L. O. T. arts. 174 y 175, y Ley de 11 de Enero de 1883, art. 5), y si no es la misma que se exige para ser magistrado es, sin duda, en atención al carácter de tribunales transitorios y de la confianza de las partes que los compromisarios tienen. Los árbitros son recusables por las mismas causas y en la misma forma que los jueces permanentes, salvo particularidades propias de su naturaleza y excepcio-

nes establecidas respecto de algunos de ellos, y la ley los equipara a los jueces letrados para regular la consignación que debe hacer la parte que los recuse (L. O. T., art. 191; C. P. C., arts. 130 N.o 1, 123). Les son aplicables los preceptos que reglan las cuestiones y las contiendas de competencia entre tribunales, y para los efectos de esas últimas, y de las implicancias, tienen como superior jerárquico a la respectiva Corte de Apelaciones (C. P. C., art. 111, L. O. T., art. 258). Pueden dirigir comunicaciones o exhortos a los tribunales ordinarios encargándoles la práctica de ciertas diligencias, de la misma manera que los demás jueces —de autoridad a autoridad— (C. C. P., arts. 790, 791 y 795), esto es, están facultados para delegar su competencia a tribunales permanentes, los cuales tienen la obligación de practicar o dar orden para que se practiquen en su territorio las actuaciones que en él deban ejecutarse y que un árbitro les encomiende (C. P. C., arts. 73 y 74). Las sentencias arbitrales son, por lo general, susceptibles de los mismos recursos que las de jueces ordinarios, aún del de casación en el fondo, y tienen comúnmente competencia para conocer de ellos las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema (L. O. T., art. 187 y C. P. C., art. 799). Su ejecución corresponde a los propios árbitros a menos que exija el empleo de procedimientos de apremio o medidas compulsivas, o que afecte a terceros extraños al compromiso, en cuyo caso debe ocurrirse para obtenerla a la justicia ordinaria, (C. C. P., arts. 792 y 800); pero salvo contadas excepciones (C. C. arts. 400 y 1342) no están sometidas al exequatur o revisión, ni de forma ni de fondo, por los tribunales comunes. Cuando han sido dictadas en el extranjero, su cumplimiento en Chile se rige por las mismas normas que las sentencias de los jueces oficiales (C. P. C., art. 243).

El Código Penal, por su parte, asimila los compromisarios a los jueces y les da carácter de funcionarios públicos, al disponer expresamente que pueden ser autores del delito de prevaricación (art. 227, N.o 3).

Todas estas características manifiestan inequívocamente que para la ley chilena el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública.

En vano se harán notar en contrario algunos antecedentes aislados de la historia del establecimiento de la ley. Hay, en efecto, unos pocos, de los cuales podría deducirse que el legislador concibió al arbitraje como un simple mandato. Así, en la sesión de 20 de Agosto de 1874, el señor Lira sostuvo en la Cámara de Diputados que no debía permitirse ser árbitro a los menores de veinticinco años, aunque fueran abogados, porque al *mandatario* menor de edad no puede demandársele como al que es mayor por el mal desempeño de su encargo, criterio que se aceptó a pesar de la réplica del señor Fabres, en el sentido de que el abogado es considerado mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional (94). En la sesión de la Cámara de 6 de Agosto del mismo año, el señor Fabres abogó porque se agregase entre las causales que eximen al árbitro de la obligación de desempeñar su encargo, las ocupaciones graves que pudieran sobrevenirle, ya que "este juez, *como mandatario,* hace un servicio y no es justo que se le obligue a desaten-

(94) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1625.

der sus ocupaciones para prestarlo". El señor Huneeus refutó esta indicación, porque "*si el arbitraje es un contrato celebrado entre el árbitro y los comprometidos*, debe aquél, una vez que admite el cargo, desempeñarlo hasta su conclusión". La Cámara aprobó este criterio (95). Por último, en la sesión de 8 de Agosto, el mismo señor Fabres sostuvo que el arbitraje debía terminar por la muerte de alguna de las partes, *atendida su naturaleza, que participa de la transacción y del mandato*, opinión que fué rechazada por la Cámara (96). Pero estos antecedentes, los únicos que hemos hallado susceptibles de interpretarse en favor de la doctrina contractual, nos parecen, por el contrario, confirmatorios de nuestra opinión. Ellos demuestran que el legislador no se ciñó normalmente a los preceptos del mandato al reglamentar el arbitraje, y revelan a las claras que si algunos redactores de la L. O. T. asimilaron a veces el arbitraje a un contrato, fué sólo al considerarlo en las relaciones privadas que el contrato de compromisario causa entre las partes y el árbitro, como se desprende indudablemente de la frase antes citada del señor Huneeus.

Manuel Egidio Ballesteros, el más autorizado intérprete de la L. O. T., expresa este criterio del legislador chileno diciendo que "ha hecho del arbitraje una jurisdicción, y en tal carácter sus sentencias deben ser obedecidas por las partes comprometidas como si ellas emanasen de los jueces ordinarios". Y luego agrega, reforzando su aserto: "ha cambiado, pues, radicalmente la base de la institución, y en tal concepto, era inútil mantener la disposición romana que hacía de compromiso una obligación con cláusula penal (97).

24. *Jurisprudencia chilena.*—Nuestros tribunales no se han avocado nunca el estudio directo de la cuestión, pero resolviendo otros asuntos, han manifestado su criterio favorable a la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha resuelto que procede contra los árbitros el recurso de queja ante ella, con lo cual los considera implícitamente comprendidos entre los "*jueces o funcionarios del orden judicial*" a que se refiere el artículo 109 de la L. O. T., y sujetos por consiguiente a su jurisdicción disciplinaria (98); que el árbitro a quien, habiéndosele promovido cuestión de competencia por un juez de letras sigue conociendo del asunto sometido a él, "hace mal uso de las facultades de que está investido *por la ley*" y comete un abuso que debe enmendarse por la vía de la queja (99); que "entre los *tribunales que establece la ley* se encuentra el de los jueces árbitros, cuya organización y facultades se rigen por las disposiciones del título XI de la L. O. T.", la cual no sólo permite su establecimiento, sino que los establece ella misma en ciertos casos (100); que el árbitro legalmente designado que dicta su sentencia después del término de sus funciones, no tiene el

(95) Ballesteros, ob. cit. tomo II, N.o 1735.
(96) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1748.
(97) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1610.
(98) Revista, t. XXVI, Sec. 1.a, pág. 367; Revista, t. XXVIII, Sec. 1.a, pág. 469; Revista, t. XXX, Sec. 1.a, pág. 222; Revista, t. XXXIII, Sec. 1.a, pág. 77.
(99) Revista, t. XXX, Sec. 1.a, pág. 82.
(100) Revista, t. XVIII, Sec. 1.a, pág. 75.

carácter de simple particular desprovisto de toda jurisdicción, sino el de un *juez o tribunal* que sólo ha perdido su competencia para juzgar y su sentencia puede. por tanto, impugnarse por la primera de las causales de casación en la forma del art. 942 del C. de P. C., teniendo para ello presente la historia del establecimiento de ese cuerpo legal (101); que debe declararse abandonado un incidente de recusación de un árbitro que el recusante no agita durante diez días, pues, "la inhabilidad de un *funcionario judicial* es una cuestión de orden público que debe resolverse prontamente" (102); etc.

Con el mismo criterio la Corte de Talca ha declarado, por mayoría de votos, que el acuerdo de las partes para someter a árbitro un litigio, desistiéndose de la apelación pendiente ante la justicia ordinaria, no importa transacción, pues es de la esencia de este contrato que con él las partes terminen extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven uno eventual, y en aquel acuerdo "los contratantes, lejos de querer terminarlo, se propusieron inequívocadamente continuarle con sólo *mudar la jurisdicción* a que a la sazón estaban sometido, o sea, sacarlo del conocimiento de la justicia ordinaria para llevarlo al del juez árbitro que en el mismo contrato fué designado" (103). Este fallo reconoce, con todo acierto, en la última parte del considerando reproducido, el verdadero objeto, carácter y naturaleza del compromiso. En el mismo sentido, aunque no con igual claridad de ideas, se había pronunciado ya la Corte Suprema (104).

Hay, sin embargo, ocasiones en que nuestros tribunales no han sido igualmente felices. La Corte de Talca, por ejemplo, resolviendo que pueden ser árbitros los menores habilitados de edad, ha observado que no exige la ley para ser compromisario tener "veinticinco años" como para ser juez de distrito. de subdelegación o de letras, sino simplemente la "mayor edad", diferencia que a su juicio "se explica si se tiene presente que estos últimos son cargos o funciones de carácter público y entretanto los árbitros son jueces de carácter privado" (105). Sin perjuicio de lo que en otra parte expondremos, sobre el fondo mismo del asunto que en este fallo se resuelve, conviene aclarar aquí que el verdadero fundamento de la diferencia que la ley establece entra la capacidad para ser juez y la necesaria para ser árbitro no es el indicado por la Corte de Talca, sino como ya lo adelantamos, el carácter que tienen los árbitros de tribunales elegidos para un caso por las propias partes y en virtud de un acto de confianza.

También se ha fallado que el árbitro cesa en sus funciones por el hecho de dictar sentencia, porque "el *mandato* termina por el desempeño del negocio para que fué constituído (106); que "el único fundamento de la *jurisdicción* del árbitro resulta de las facultades que le confieren las partes al investirlo con el carácter de *mandatario* para que resuelva las dificul-

(101) Revista, t. XXX, Sec. 1.a, pág. 83.
(102) Revista, t. XXXVII, Sec. 1.a, pág. 431.
(103) Gaceta 1926, t. III N.o 116, pág. 520.
(104) Revista, t. XXII, Sec. 1.a, pág. 205.
(105) Revista, t. XXVIII, Sec. 2.a, pág. 62.
(106) Corte Suprema, Gaceta 1926, t. II, N.o 9, pág. 44.

tades ocurridas", encargo del que no puede extralimitarse (107), y que la renuncia a los recursos legales contra el árbitro sólo se aplica mientras éste "se mantenga dentro de los límites de su *mandato*, que es para él ley y el único fundamento de su *jurisdicción*" (108). Estas sentencias parecen concebir al arbitraje como un *mandato* y el árbitro como *mandatario*. Sin embargo, hablan de la *jurisdicción del árbitro*, por lo que debemos estimar que emplean la palabra mandato en el sentido de "misión" o "encargo" —como considera Robert que lo hace la Corte de Casación francesa en su fallo de 12 de Diciembre de 1932 (109), o que al hablar de mandato se refieren a las relaciones privadas que el arbitraje crea entre las partes y el árbitro. En todo caso, incurren en evidente confusión. Pero estos fallos están en franca minoría, y los más y mejor estudiados revelan a las claras que los tribunales chilenos, sin llegar a una absoluta precisión de conceptos en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del arbitraje, reconocen el verdadero carácter de institución jurisdiccional que éste tiene en nuestra ley.

b) Arbitraje forzoso

25.—*Constituye una jurisdicción legal.* — Tratándose del arbitraje forzoso, no se discute su naturaleza jurisdiccional. Salvo Merlin (110) y M. Dupin (111), que, a pesar de ser impuesto por la ley lo consideran como un simple mandato privado, tanto los tratadistas (112) como los tribunales franceses (113), lo asimilan a juicios ante tribunales ordinarios, calificando a los árbitros como verdaderos jueces, con individualidad e independencia propias, análogas a las de tribunales de comercio, y con carácter público y jurisdicción emanada de la ley y obligatoria para todos los individuos.

Nuestros tribunales, por su parte, no han vacilado jamás en reconocerlo así, y son numerosos los fallos que tratando de arbitrajes forzosos, hablan de la "*jurisdicción*" del compromisario (114). La Corte de Temuco, haciendo una interesante aplicación de este fundamental principio, ha resuelto que, salvo el caso excepcional prescrito en el inc. 2 del art. 1331 del C. C., un juez de letras no puede ordenar la suspensión de los trámites de una partición pendiente ante un compromisario, porque ello importaría inmiscuirse en asuntos sometidos a otra jurisdicción, como es la arbitral, en la cual el Partidor —que es un Juez Arbitro especial— obra con facultades propias, privativas y excluyentes; que al hacerlo "despoja a un tribunal especial de su jurisdicción e incurre en una extralimitación de facultades y una invasión de fun-

(107) C. Concepción. Gaceta 1937, t. II, N.o 173, pág. 678.
(108) C. Suprema, Revista, t. XXVIII, Sec. 1.a, pág. 218.
(109) Véase N.o 16, nota 73.
(110) Merlin, ob. cit., t. I, "Arbitros".
(111) Citado por Dalloz, Répertoire Méthodique, t. V, No 958, en nota.
(112) Dalloz, ob. cit., t. V, N.o 958; Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 17; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 265; M. Landrau, ob. cit., pág. 151.
(113) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V., N.o 1821, en nota; Louis Cremieu, op. cit.
(114) C. Suprema, Revista t. XXXI, Sec. 1.a, pág. 528; C. Sup., Revista, t. XXII, Sec. 1.a, pág. 709; C. Sup., Revista, t. XVII, sec. 1.a, pág. 395; C. Concepción, Revista, t. XXVII, s. 2.a, pág. 39; C. Serena, Gaceta 1914, N.o 334, pág. 939.

ciones" y que a lo sumo puede legítimamente comunicar al Partidor la existencia de aquel litigio y los objetivos perseguidos por el demandante, pero sólo dicho árbitro puede suspender la partición, del mismo modo que sólo el tribunal civil puede suspender el pronunciamiento de su fallo cuando en proceso ante él seguido se hace constar la existencia de un delito que hubiere de ser fundamento preciso de esa sentencia o tener en ella influencia notoria, mas no el juez criminal (C. P. C., art. 174), y a la inversa, cuando en un juicio criminal se promueve una cuestión prejudicial civil, corresponde al Juez del Crimen, y no al Tribunal Civil que deberá conocer de ella, decretar la paralización del proceso criminal (C. P. P., arts. 21, 23, 439 N.o 4 y 448, inc. 3) (115).

En verdad, en los casos de arbitraje forzoso no hay elemento alguno que introduzca confusión acerca de su naturaleza jurídica. Se trata de un juicio establecido por la ley como el *único posible* para esos casos y no es preciso para que tenga lugar el acuerdo previo de las partes; producida la controversia entre éstas, cualquiera de ellas puede obligar a la otra a someterse al juicio arbitral, como podría someterla a la jurisdicción de un juez de letras, si éste y no el árbitro fuera el tribunal competente. Los árbitros forzosos son, en efecto, *tribunales con competencia privativa*, y su jurisdicción, por mandato de la ley, se transforma de extraordinaria en ordinaria.

Difieren, sin embargo, de los jueces ordinarios, en que son tribunales de la confianza de las partes. Como en el común de los juicios, la ley obliga en éstos a las partes a llevarlos ante un tribunal determinado, único con atribuciones para conocer de él; pero por la naturaleza del asunto, les permite elegir de común acuerdo y libremente la persona o personas que deban constituir ese tribunal. Sólo en caso de que no convengan en este punto, les impone también la persona del árbitro, que es designada por la autoridad judicial.

c) Arbitrajes especiales

26. *Constituyen jurisdicciones especiales.*— Hay algunos asuntos que la ley somete a la competencia de ciertos tribunales que ella misma no sólo instituye, sino que establece permanentemente, y a los cuales ordena juzgar como árbitros. Son los que hemos llamado arbitrajes especiales, en que la propia ley designa el compromisario. En nuestro derecho cabe señalar los siguientes casos:

a) *La Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio,* tiene atribuciones para resolver como árbitro arbitrador sin ulterior recurso las dificultades que se susciten entre las Compañías y el asegurado o beneficiario, a petición de estos últimos, siempre que el monto de la indemnización reclamada no sea superior a veinte mil pesos (D. F. L. 251, de 20 de Mayo de 1931, art. 3, letra i).

b) A la misma *Superintendencia* corresponde resolver, como árbitro de derecho en el fondo y arbitrador en el procedimiento, las cuestiones a que

(115) C. Temuco, Revista, t. XXXVIII, Sec. 2.a, pág. 12.

diere lugar la liquidación de operaciones bursátiles entre cliente y corredor, cuando no hubiere título ejecutivo. Si el monto de la liquidación no excede de veinte mil pesos, actuará como arbitrador sin ulterior recurso (D. F. L 251, art. 153).

c) Los *Consejos del Colegio de Abogados* tienen atribuciones para resolver las cuestiones sobre honorarios entre el abogado y su cliente, cuando *este último* o ambos lo soliciten, designando a uno de sus miembros para la tramitación, el cual debe proceder como arbitrador. Para dictar fallo requiere el quorum de la mayoría absoluta de sus miembros, y su decisión es sin ulterior recurso y tiene mérito ejecutivo (Ley 4409, art. 12, letra c).

En realidad, estos casos no constituyen verdaderos arbitrajes; no se presenta en ellos ninguno de los caracteres distintivos del juicio arbitral, puesto que no tienen origen contractual, ni el árbitro es elegido por los interesados; la ley, imperativa, somete a las partes a la jurisdicción de un determinado tribunal, que ella misma designa. El tribunal existe permanentemente, con vida real, y no es preciso formarlo para el caso concreto. Se trata de un funcionario público con amplias atribuciones, entre las cuales está la de conocer de ciertos juicios. Basta que una de las partes, que esté facultada para ello por la ley, solicite de ese tribunal que resuelva uno de dichos juicios de su competencia, para que la otra parte quede sujeta a su jurisdicción.

Es rasgo esencial de los árbitros el que sean jueces de la confianza de las partes. A estos jueces de que tratamos, aunque la ley les otorgue atribuciones de árbitros, les falta esa característica ineludible. Por esta circunstancia, conviene más a su naturaleza otra calificación: la de *tribunales especiales* de aquéllos a que se refiere el art. 5 de la L. O. T. Son jueces de la misma clase que los Tribunales de Aduana, la Contraloría General de la República, etc.

Este criterio es el que sigue *Mattirolo* en Italia. Anota él que la ley de su país establece magistraturas especiales para que decidan ciertos negocios y le da el nombre de árbitros o tribunales arbitrales, "acaso para expresar la amplitud de facultades discrecionales que les concede en el desempeño de su cargo". Para él dicha calificación es poco exacta, "porque el árbitro es un particular elegido libremente por los litigantes" y es por el contrario manifiesto que esas magistraturas "son *verdaderos tribunales especiales* con jurisdicción que les confiere *directamente* la ley" (116). En el mismo sentido, Chiovenda expone que "a veces la ley llama también árbitros a *órganos especiales de jurisdicción* que las partes no acuerdan aceptar, sino que *deben acatar* por mandato de la ley" (117), y *Goldschmidt* expresa que "los tribunales arbitrales de Derecho Público, creados por leyes o decretos especiales, no son organismos de arbitraje de la clase que en este lugar consideramos" (118).

Al ejercer sus funciones judiciales, pues, la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, y los Conse-

(116) ob. cit., t. I, N.o 736, en nota.
(117) ob cit, t. I, pág. 132.
(118) James Goldschmidt, "Derecho Procesal Civil", traducción de la 2.a Ed. Alemana, pág. 498, nota 3.

jos del Colegio de Abogados, obran como tribunales de excepción, con jurisdicción especial creada por la ley al margen de la que compete a los tribunales de fuero común. Tal jurisdicción no expira en el término de dos años ni está falta de poderes coactivos; dichos tribunales conocen de los litigios de su competencia hasta el fallo definitivo, pueden citar testigos ante ellos y pueden siempre conocer de la ejecución de sus sentencias. Si la ley los asimila a árbitros es, como claramente lo dice, para determinar la manera cómo deben tramitar y fallar; al hacerlo, da sólo una regla de procedimiento.

Nuestra Corte Suprema, en reciente fallo, ha aceptado categóricamente esta doctrina, declarando que la ley 4,409, al otorgar a los Consejos de Abogados la facultad de resolver las cuestiones de honorario entre el abogado y su cliente, cuando este último o ambos lo solicite, *no* considera a esos Consejos "con el carácter de jueces árbitros de que trata el Título II de la L. O. T." (119).

Este mismo es, sin duda, el criterio del legislador chileno, y nos parece que lo demuestra el siguiente antecedente. El art. 35 de la Ley N.o 4,863, de 21 de Julio de 1930, que autorizó la formación de la Compañía de Salitre de Chile (Cosach), disponía que el Presidente de la Corte Suprema y la Corte con exclusión del Presidente, conocerían en primera y segunda instancia, respectivamente, y como árbitros de derecho *en la resolución y tramitación,* de todas las cuestiones relativas a la aplicación de esa ley que el mismo artículo precisaba. Desaparecida la Cosach con la formación de la Corporación de Ventas de Salitre y Yodo de Chile, creada por Ley N.o 5,350, de 8 de Enero de 1934, el art. 30 de esta ley dispuso que "las cuestiones o juicios entre la Corporación y las empresas adheridas o que en el futuro se adhieran o que se retiren de la misma —o sea, en general, los mismos asuntos a que se refería el art. 35 de la ley 4,863— serán resueltos en primera instancia por un Ministro de la Corte Suprema de Justicia, que en cada caso designará este Tribunal, y en segunda instancia por la misma Corte Suprema, en Tribunal Pleno". Como la ley no somete actualmente a estos jueces a las normas de los árbitros de derecho en cuanto al procedimiento, no se suscita cuestión alguna acerca de su carácter de tribunales de excepción. ¿Y podría sostenerse con algún fundamento que el solo hecho de que antes debieran *tramitar y resolver* como árbitros de derecho hacía variar esta calidad suya, que ahora es inequívoca, y los convertía en compromisarios? Nos parece evidente que no.

Por las razones expuestas no consideramos incluído entre estos arbitrajes especiales —que, como decimos, no son arbitrajes— el caso preceptuado en el art. 17 de la Ley N.o 2,139, de 21 de Noviembre de 1908, sobre Asociación de Canalistas. Según este artículo, toca al Directorio de cada Asociación resolver en el carácter de árbitro arbitrador, todas las cuestiones que se susciten entre los accionistas sobre derechos o reparticiones de aguas, y las que surjan entre los accionistas y la Asociación. Aparentemente, es éste un caso de la misma clase que los anteriores, pues, la propia ley señala el tribunal y lo califica de árbitro. Pero lo cierto es que el nombramiento de

(119) Revista, t. XXXIX, s. I, pág. 337.

ese tribunal se efectúa por los interesados, ya que el Directorio de la Asociación de Canalistas es elegido por todos los socios, quienes al designarlo lo hacen, entre otros, con el objeto de que sea el tribunal llamado a resolver esos litigios. Esta circunstancia revela que es éste un caso de arbitraje forzoso, del cual trataremos oportunamente.

§ III.—HISTORIA

27. *Sociedades primitivas.*—Es interesante observar el rol que desempeña el arbitraje en la evolución de las instituciones judiciales. Según afirma Letelier (120), la justicia es la última en nacer de las tres funciones clásicas del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial.

En las sociedades primitivas, cada individuo y cada grupo se administra justicia por sí mismo y el instrumento decisivo al efecto no es otro que la fuerza. Impera el régimen de la venganza privada.

Después de alguna evolución se empieza a renunciar al derecho de decidir las disputas a mano armada y se las somete, para su fallo, a terceros elegidos entre las personas más importantes de la comunidad. Ofendido y ofensor recurren ante el individuo designado de común acuerdo para que éste regule la "composición" que el segundo deberá pagar al primero; o, en otros casos, ese tercero ofrece a los litigantes su mediación y los exhorta a someterse a un arreglo pacífico.

Este componedor, aunque sea el propio rey o jefe del grupo, no tiene ninguna jurisdicción obligatoria; sólo interviene en los asuntos que las partes le someten voluntariamente y no puede imponer coactivamente sus decisiones, cuya única fuerza radica en el compromiso contraído por los contendores de acatarlas. Se trata, precisamente, de un arbitraje, y Summer Maine observa que sólo este carácter arbitral permite a la justicia primitiva cumplir su misión social, porque si hubiera intentado imponerse coercitivamente no habría hallado quien la respetara. (121).

Este procedimiento se usa tanto en materia civil como criminal, puesto que en los pueblos atrasados no hay más que una acción para ambos órdenes; no se ve en el delito más que el daño y lo único que interesa y se persigue es su reparación pecuniaria; composición penal e indemnización civil son la misma cosa. La distinción entre lo civil y lo penal sólo se hace sentir cuando la vida jurídica llega a un grado más o menos alto de complicación y desarrollo (122).

El carácter arbitral de la justicia se observa en todos los pueblos primitivos: hebreos, germanos, celtas, indios de América, etc., y aun en los propios griegos; e igualmente en los pueblos atrasados de nuestros tiempos (123). Claro está que los matices varían según sea el grado de evolución de

(120) Valentín Letelier, "Génesis del Estado y de sus Instituciones Fundamentales", Buenos Aires, 1917, N.o 85.

(121) Letelier, Valentín, ob. cit. N.o 90.

(122) Letelier, Valentín, "Génesis del Derecho y de las Instituciones Civiles Fundamentales", Santiago, 1919, N.os 69 y 70.

(123) Letelier, "Génesis del Estado", N.o 90; "Génesis del Derecho", N.o 71; Menthon, François de, "Le role de l'arbitrage dans l'evolution judiciaire", París, 1926, págs. 17 y siguientes.

cada grupo social; a medida que progresan, estos arbitrajes, de puramente voluntarios, se van haciendo más o menos obligatorios y encerrando en sí los gérmenes de las jurisdicciones del Estado (124).

28. *Carácter arbitral del procedimiento romano.*—Los procedimientos judiciales romanos, tanto el antiguo de las "legis actiones" como el formulario más moderno, tienen notable carácter arbitral.

Uno y otro se inician con el procedimiento "*in jure*", que persigue verificar el concurso de las voluntades de las partes para la ligazón del proceso. El Estado no se impone para solucionar los litigios ni obliga a los particulares a ocurrir ante él (125). Es preciso que los contendientes se presenten voluntariamente ante el magistrado y se entiendan para determinar el objeto del litigio y la persona del juez. El magistrado nombra el juez elegido por las partes o en desacuerdo suyo cualquiera de una lista confeccionada al efecto. Con esto se produce la "*litis contestatio*" que corona el procedimiento "in jure"; un verdadero contrato arbitral, refrendado por la autoridad pública, en virtud del cual las partes acuerdan someterse al árbitro instituído, o como lo define Collinet "la obligación contraída por las partes, ante testigos, de respetar el arbitraje". (126).

El juicio se verifica ante el juez nombrado. Este jura someterse a la ley y es investido de la facultad de fallar conforme a derecho, tramita el negocio y se pronuncia sobre él. Pero su sentencia no deriva del Poder Público porque el juez carece de imperio. Su única base está en la "litis contestatio". De aquí que no tenga fuerza ejecutoria; corresponde al demandante obtener su cumplimiento por los distintos medios indirectos que franquea la costumbre.

Estos procedimientos son substituídos durante el Imperio: los jueces dejan de ser libremente elegidos por las partes y pasan a ser nombrados soberanamente por el Pretor; surgen diversos tribunales que conocen obligatoriamente de ciertos negocios; las sentencias adquieren fuerza ejecutiva y se desarrolla un procedimiento extraordinario en que el mismo magistrado falla. Por último, bajo el Emperador Diocleciano este sistema se impone como único: los magistrados asumen, en nombre del Poder Público, la plenitud de la jurisdicción y dictan sus sentencias bajo el amparo del Estado. (127).

Se observa, en esta evolución, el paso de la justicia privada a la justicia pública. Ella nos muestra que "el arbitraje está al origen de todo el desarrollo judicial romano", el cual se caracteriza "por la substitución del arbitraje obligatorio al arbitraje voluntario y del arbitraje público al arbitraje privado". (128).

---

(124) Letelier, "Gén. del Estado", N.o 90; Menthon, ob. cit., pág. 22.

(125) Cuq, Edouard, "Les Institutions Juridiques des Romains", tomo I, París, 1904, págs. 132 y siguientes; Menthon, ob. cit., págs. 29 y siguientes.

(126) Cuq ,ob. cit. t. I, pág. 140; Menthon, ob. cit., pág. 36; Sohm, ob. cit. págs. 594 y 595; Petit, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", trad. castellana de Fernández González, Madrid, N.os 718 y 745.

(127) Cuq, ob. cit., t. II, París, 1908, págs. 864 y siguientes; Sohm, ob. cit., págs. 682 y siguientes; Petit, ob. cit., N.os 759 y 760.

(128) Menthon, b. cit., pág. 40.

29. *El arbitraje privado en Roma.*— Paralelamente a los procedimientos indicados se desarrolla en Roma el arbitraje privado como un modo extrajudicial de terminar los litigios. Los individuos pueden, por simple acuerdo entre ellos, encargar el fallo de una contienda a un particular cualquiera. El arbitraje privado se verifica en virtud de dos pactos pretorios, protegidos por acción: el *compromiso* y el *receptum arbitrii*, que no deben confundirse.

El compromiso es un pacto, con cláusula penal, mediante el cual dos contendientes acuerdan encomendar la resolución de su litigio, no al fallo de la autoridad pública competente —pretor o magistrado municipal— en combinación con el "juez privado" que ella nombra o confirma, sino a la decisión de un particular de su confianza, de un árbitro. Se puede hacer compromiso sobre cualquier materia, a menos que toque al orden público, al estado de las personas, o tenga por objeto una "restitutio in integrum".

El receptum arbitrii "consiste en aceptar el papel de árbitro entre dos partes litigantes". Nadie tiene el deber de aceptar ese cargo, pero si acepta queda obligado a desempeñarlo.

"La sentencia arbitral es irrevocable; no es susceptible de apelación ni de ejecución forzada, puesto que no es un fallo judicial. No se puede rehusar su ejecución alegando que es inicua: esa alegación no altera en nada la obligación que se ha contraído libremente de aceptar la decisión del árbitro, salvo el caso de haber dolo (129).

30. *Derecho Eclesiástico.*—Igual cosa que en el Derecho Romano ocurre en el Eclesiástico. Las jurisdicciones de la Iglesia tienen origen genuinamente arbitral. Los primeros crisitanos evitaban la justicia de los romanos y sometían voluntariamente sus litigios al fallo de sus propios obispos; la generalización de esta práctica da cuerpo a los tribunales eclesiásticos, que los Poderes Públicos reconocen oficialmente en tiempos de Constantino y que sobreviven hasta nuestros tiempos. (130).

31. *Edad Media.*—La justicia tiene, durante la Edad Media, un carácter marcadamente arbitral (131). Ello se explica por las condiciones de vida que imperan: los Estados carecen de organización estable y la autoridad de los Poderes Públicos es casi nula; no tienen, por consiguiente, medios efectivos para imponer sus jurisdicciones de manera obligatoria.

Los burgueses, artesanos y comerciantes buscan justicia en sus gremios y corporaciones, en los grandes señores o en el rey o sus delegados. Los señores se la hacen por sí mismos o someten sus litigios a otros de ellos o al rey en calidad de árbitro.

A medida que los poderes reales se robustecen, tiende el arbitraje a ser sometido al propio rey o a practicarse con su autorización, y aun a ser substituído por la justicia pública. En los siglos XIII y XVI subsiste al lado

(129) Sohm, ob. cit., pág 415; Cuq, ob. cit., t. II, págs. 457 y 886.
(130) Menthon, ob. cit., págs. 57 y 58.
(131) Véase: Menthon, Capítulo Quinto.

de las jurisdicciones estatales, ya en pleno desarrollo, como una práctica enteramente privada, pero de uso muy corriente. (132).

La sentencia arbitral no es entonces ejecutoria por sí misma; una cláusula penal sirve para asegurar su ejecución. A fines de la Edad Media empieza a practicarse el procedimiento de la homologación ante el juez que provee a la sentencia arbitral de la fórmula ejecutiva. (133).

En el mismo tiempo nace también la distinción entre árbitro propiamente dicho, que declara el derecho, y arbitrador o amigable componedor, que no está sujeto a ninguna regla de procedimiento ni de derecho. Las Partidas consagran en España esta distinción (134). El primero tiende a acercarse al juez, mientras el arbitrador permanece fiel al carácter primitivo del arbitraje, según el cual debe dejarse a las partes la más amplia libertad (135).

32. *Estados Modernos.*— Constituídos los Estados Modernos, con una organización centralizada, bajo la autoridad de un Poder Público más o menos absoluto, que como tal reclama para sí el ejercicio exclusivo de las funciones jurisdiccionales, el arbitraje deja de desempeñar un rol importante en el desarrollo de las instituciones judiciales y adquiere la fisonomía particular que hasta hoy lo caracteriza: la de ser un medio excepcional y supletorio de administrar justicia. Las legislaciones consuetudinarias y escritas reconocen a los individuos el derecho de substraer a los tribunales del Estado el juzgamiento de ciertos asuntos y entregarlo a simples particulares de su confianza y libre elección; pero no profesan al arbitraje ninguna simpatía y suelen preocuparse de reglamentarlo, sometiéndolo al control más o menos riguroso de los jueces oficiales. (136).

Sin embargo, se le considera un medio ventajoso para el juzgamiento de ciertos asuntos que conviene resolver sin aparato judicial o que tienen un carácter "más de hecho que de derecho" (137). Es así como en Francia se establece, por las Ordenanzas de 1560 y 1673, el arbitraje obligatorio para los litigios entre familiares, que deben someterse al fallo de parientes próximos, y para toda dificultad que ocurra entre socios de una sociedad comercial.

La Revolución Francesa provoca una enorme extensión del arbitraje. Se le mira como un remedio contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia y se la estima muy de acuerdo con los principios republicanos y liberales que, fundamentados en la idea del contrato social, preconizan la libre elección por los ciudadanos de todos los funcionarios del Estado.

---

(132) Menthon, ob. cit., pág. 70.

(133) Menthon, ob. cit., pág .71.

(134) Aguilera de Paz y Rives Martí, "Derecho Judicial Español", t. I, pág. 145.

(135) Menthon, ob. cit., pág. 71.

(136) En España reglamentan el arbitraje la partida tercera, título 4.o, leyes 23 y siguientes y la partida cuarta, título 10, ley 8; en Francia las Ordenanzas de 1560, 1673 y 1681. En Inglaterra, por diversas "Cartas", se le admite desde el siglo XIII, y los tribunales lo reconocen, pero no siempre conceden fuerza obligatoria al compromiso (M. Landrau, ob. cit., págs. 53 y siguientes).

(137) Preámbulo de la Ordenanza francesa de 1560, citado por Menthon, ob. cit., pág. 76.

La Asamblea Constituyente lo declara "el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos" (año 1790) y lo eleva a la categoría de principio constitucional, estableciendo que "el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía del arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del Poder Legislativo". La Convención Nacional reafirma estos principios. Numerosas leyes establecen el arbitraje forzado para diversos asuntos y hasta se pretende imponerlo como la única forma de justicia civil.

Sin embargo, la experiencia de los hechos estuvo muy lejos de justificar las esperanzas de los legisladores revolucionarios (138), y muy pronto se produjo una vigorosa reacción que derogó todos los casos de arbitraje forzoso, excepto el de la Ordenanza de 1673 relativa a dificultades entre socios comerciantes (Ley de 9 Ventoso Año IV) y que estuvo a punto de suprimir aún el arbitraje voluntario.

33. *Legislaciones contemporáneas.* — Las legislaciones contemporáneas contemplan el arbitraje como una figura procesal extraordinaria y de excepción. En Europa, los Códigos de Procedimiento Civil de Francia y de Bélgica le consagran sus arts. 1003 a 1028; el de Alemania, después de las modificaciones que se le hicieron en 1933, le destina su Libro X, final (arts.. 1025 a 1048); el viejo Código Italiano de 1866, sus arts. 8 a 34; el Español de 1881, el Título V del Libro II (arts. 790 a 839); el de Holanda, los arts. 620 a 657; el de Polonia, de 1930 modificado en 1932, sus arts. 486 a 514; en Inglaterra el arbitraje está reglamentado por The Arbitration Act 1889, The Administration of Justice Act 1920 y The Supreme Court of Judicature Act 1925, y en las demás naciones las leyes procesales le destinan sendas disposiciones.

En América, el Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial de la Capital de la República Argentina le consagra sus títulos XXVII y XXVIII (arts. 767 a 810); el de Brasil, de 1939, el Libro IX (arts. 1031 a 1046); el de Guatemala de 1934 su Título II del Libro III (arts. 730 a 774); el de México, de 1932, le destina su Título VIII (arts. 609 a 636); el de Perú de 1912 el Título V de la Sección II (arts. 548 a 582; el de Uruguay, el Título VIII de la Primera Parte (arts. 533 a 582), y el de Venezuela el Título I del Libro II (arts. 502 a 521).

En los últimos tiempos el arbitraje ha adquirido notable desarrollo como práctica comercial, especialmente en los países anglosajones, y se le usa tanto en el comercio interno como en el exterior o internacional. En Inglaterra y en Estados Unidos existen grandes asociaciones, formadas por comerciantes e industriales, que tienen por fin servir de árbitros en las dificultades entre sus asociados, mediante la constitución en su seno de tribunales ad hoc, compuestos de listas que para el efecto existen (139). En Francia, Bél-

(138) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1802.

(139) Emilio Tagle Rodríguez, artículos publicados en "El Mercurio" de Santiago, el 26 de Agosto de 1936 y el 8 de Septiembre de 1937, y editorial del mismo diario de 24 de Agosto de 1936.

gica y otras naciones europeas son también numerosas esta clase de asociaciones, generalmente anexas a las Cámaras de Comercio. (140).

34. *El arbitraje en Chile.*—Durante la Colonia rigió en nuestro país, en esta materia como en toda otra, la legislación española. Nacido Chile a la vida independiente, nuestros primeros legisladores, inspirados por las mismas ideas que los constituyentes y convencionales franceses del período revolucionario, mostraron una inclinación muy favorable al arbitraje. Fué así como entre las grandes reformas patrocinadas por el Congreso Nacional en los meses de Septiembre y Octubre de 1811, se contó un acuerdo para pedir al Tribunal Supremo, de reciente creación, que propusiera los reglamentos necesarios para implantar entre nosotros los tribunales de arbitraje encargados de arreglar amistosamente los litigios antes de recurrir a los tribunales, para evitar con soluciones de prudencia y equidad los largos pleitos que devoraban las fortunas y envenenaban la vida colonial. Don Augusto Orrego Luco observa que nuestros hábitos y el interés de los que medraban en esos pleitos hicieron fracasar tales propósitos (141).

El mismo objetivo persiguió la Constitución de 31 de Octubre de 1822, al instituir los jueces de paz, con la tarea de conciliar y componer a los litigantes, y no pudiéndolo conseguir, procurar que "se comprometan en hombres buenos" (art. 191). La Constitución de 1823 fué aún más lejos, atribuyendo a la Suprema Corte de Justicia la facultad de "obligar a las partes a compromisos presenciados por un Ministro", "en los negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones y ruinas a las familia o al Estado" (art. 149 N.o 8), primer caso de arbitraje forzoso en nuestro Derecho, sobre cuya aplicación práctica legisló el Reglamento de Administración de Justicia de 2 de Junio de 1824 (art. 160).

Estos mismos textos instituyeron y reglamentaron, además, los llamados "juicios prácticos" para una serie de asuntos que exigen conocimientos especiales, disponiendo que las partes nombrarían a su satisfacción una o dos personas para que fallaran el negocio, pudiendo designarlas como arbitradores, en cuyo caso su sentencia sería inapelable. Si así no se hacía, se verificaba apelación ante uno o dos jueces nombrados en la misma forma. Estos jueces prácticos tenían facultad para hacer cumplir sus sentencias, auxiliados por el jefe político. (Constitución de 1823, título VI; Reglamento de 1824, título IV).

Posteriormente, el Código Civil y el de Comercio prescribieron nuevos casos de arbitraje forzado y de juicios prácticos.

Pero es la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de Octubre de 1875, el primer cuerpo legal que reglamenta detenidamente el arbitraje en el Derecho chileno, al consagrar su título XI (arts. 172 a 191 inclusive) a "Los jueces árbitros". Sus disposiciones se refieren a los tribunales arbitrales, sus clases, sus requisitos, los asuntos que deben,

(140) Véase: Jean Robert, "La clausse Compromissoire et l'organisation de 'arbitrage".

(141) Orrego Luco, Augusto, "Patria Vieja", Santiago 1934, tomo II, pág. 30.

pueden y no pueden conocer, su nombramiento y constitución, sus obligaciones, la manera cómo deben proceder a los acuerdos, los recursos que pueden interponerse contra sus sentencias, su recusación y las causas que ponen fin al compromiso.

El Código de Procedimiento Civil, promulgado el 28 de Agosto de 1902, dedica el título IX de su libro III al "Juicio Arbitral", completando las disposiciones de la L. O. T. con preceptos que tienden a regular el procedimiento ante los árbitros.

Estas leyes, modificadas y complementadas por varias otras de menor importancia —ley de 11 de Enero de 1883, que establece inhabilidades para ser árbitro; Ley N.o 2,139, de 9 de Noviembre de 1908, que establece un nuevo caso de arbitraje forzoso; ley número 4,409, de 8 de Septiembre de 1928 y D. F. L. 251, de 20 de Mayo de 1931, que introducen algunos arbitrajes especiales, y ley N.o 6,985, de 8 de Agosto de 1941, que reglamenta varias materias relacionadas con el arbitraje— constituyen la legislación chilena en materia de juicio arbitral.

§ IV.—VENTAJAS E INCONVENIENTES

35 *Discusión al respecto.*—La utilidad que presta el juicio arbitral, las ventajas e inconvenientes que presenta, han sido materia de encontradas opiniones. No hay acuerdo entre los juristas y abogados para apreciar sus méritos. El arbitraje tiene entusiastas partidarios y decididos detractores; algunos lo recomiendan como el medio ideal de administración de justicia y le auguran un brillante porvenir; pero no faltan los que ni siquiera justifican su existencia en nuestros tiempos, considerándolo como institución propia de las etapas primarias del desarrollo social.

36. *Ventajas.*—Se hacen, en favor del juicio arbitral, las siguientes principales alegaciones:

a) Los Tribunales del Estado no satisfacen la verdadera necesidad, proclamada como base de una buena organización judicial, de proporcionar una justicia rápida y en lo posible gratuita. Sus procedimientos, por el contrario, son lentos y complicados, permiten que los juicios se alarguen con mil incidentes y dificultades, y casi siempre ocasionan severos gastos. El arbitraje proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas, evitando las dañosas consecuencias de un procedimiento judicial;

b) Los jueces del Estado no tienen siempre la competencia jurídica que las partes desean en la persona a cuyo fallo se someten, y carecen, por regla general, de conocimientos especiales de ciertas ciencias, artes o técnicas, que son necesarios para resolver muchos litigios. Para suplir su deficiencia tienen que recurrir al auxilio de peritos que los ilustren, con lo cual se ocasionan dilaciones y gastos y no siempre se forma el tribunal una conciencia cabal del asunto. Esto es muy frecuente en nuestros días, especialmente en materia mercantil. En el juicio arbitral pueden las partes elegir libremente,

para jueces, a personas que tengan todos los conocimientos, así jurídicos como técnicos, para la mejor solución del litigio de que se trata. Se evita con esto la consulta a peritos, con economía de tiempo y dinero, y lo que es más importante, se asegura la eficiencia del fallo (142).

c) Las relaciones comerciales, especialmente en el campo internacional, exigen para su mejor desarrollo una forma especial de justicia que asegure soluciones rápidas y prácticas, donde la equidad juegue un principal papel, y que allane los inconvenientes que ocasiona un litigio entre comerciantes de distintas naciones: determinación del tribunal competente; necesidad de someterse una de las partes a jueces extranjeros; dificultad para cumplir las sentencias de un país en el otro; diferencias de legislación, de monedas, etc. El arbitraje, organizado profesionalmente, dentro de las asociaciones o gremios de comerciantes e industriales, mediante la creación de Cámaras Arbitrales que constituyan tribunales de carácter técnico y permanente, constituye el mejor medio de satisfacer las necesidades del comercio en esta materia. Estos organismos profesionales que mantienen relaciones estrechas con sus afines en el extranjero y que inspiran confianza, no sólo en sus asociados, sino en todos los comerciantes del ramo aun en países extraños, están en condiciones de proporcionar una justicia eficaz, que se amolde a los usos y necesidades mercantiles y que pueda cumplirse fácilmente (143);

d) Las superiores conveniencias de la moral y el interés social recomiendan que se eviten en los litigios las odiosidades malsanas, la publicidad estrepitosa y el escándalo, y que se procure arreglar privadamente a las partes como la mejor manera de hacer justicia, principalmente cuando se trata de ciertas clases de asuntos, por ejemplo, familiares, entre socios, etc. El arbitraje es un medio pacífico, conciliador y de buena fe para solucionar las contiendas entre los particulares y en este sentido satisface aquellas exigencias. (144);

e) El juicio arbitral está en armonía con los principios republicanos y democráticos, "pues designar un árbitro es elegir por sí mismo un juez". (145);

f) Las tendencias modernas son favorables al arbitraje en toda clase de materias, tanto en asuntos comerciales y civiles, como en Derecho Internacional y en Derecho Obrero, para la resolución de las contiendas entre los Estados y de los conflictos colectivos del trabajo. (146).

37. *Inconvenientes.*—Los detractores del arbitraje fundan su repulsa en las siguientes argumentaciones:

a) No es efectivo que el juicio arbitral asegure una justicia rápida y económica. En la realidad de los hechos, puede el arbitraje resultar tanto

(142) Rousseau, Henri. "La clause compromissoire", París 1928, pág. 132; Vargas, ob. cit. pág. 23.

(143) Morel, René, "La clause compromissoire en matiere commerciale", París, 1926, N.os 3 y 7; Vargas, ob. cit., págs. 24 y 25.

(144) Mongolvy, ob. cit., N.o 5; Bellot, Pisanelli, citados por Miranda, ob cit., N.o 29.

(145) Citado por Rousseau, ob. cit., pág. 155.

(146) Dreyfus, citado por Rousseau, ob. cit., pág. 156.

o más largo que cualquier otro juicio, pues permite a las partes promover numerosos incidentes e interponer diversos recursos, tanto antes de su constitución con el carácter de previos, como con motivo del nombramiento de los árbitros o durante el procedimiento o en la ejecución de la sentencia. Y en cuanto a gastos, ocasiona no sólo los comunes a todo litigio: papel sellado, derechos de los funcionarios subalternos, honorarios de los abogados, etc. — que no se evitan— sino, además, unos nuevos: los honorarios del árbitro o los árbitros. (147).

b) Tampoco el arbitraje proporciona una solución conciliadora y pacífica a las controversias; tal solución depende exclusivamente del temperamento y conducta de las partes, y si ellas abrigan odiosidades o propósitos mezquinos, el arbitraje no podrá prosperar ni llevará a ningún feliz resultado. (148).

c) Su afinidad con los principios republicanos y democráticos es más aparente que real. Estos principios preconizan una justicia organizada sobre bases que aseguren a los particulares el respeto de sus legítimos derechos y los pongan a cubierto de toda arbitrariedad, con jueces plenamente independientes y responsables y con procedimientos públicos.

d) El juicio arbitral priva a las partes de las garantías judiciales que proporcionan los tribunales del Estado y las deja entregadas por completo a los árbitros. Si resultan parciales, el litigante perjudicado puede quedar totalmente desprovisto de armas para poner a salvo sus derechos, como ocurrirá si el compromisario es amigable componedor o si se han renunciado los recursos legales (149). Esto es especialmente grave tratándose de ciertas clases de personas de las cuales una es económicamente mucho más fuerte que la otra, caso en que la parte poderosa impondrá a la débil su propio tribunal o el que ella desee (150).

e) El hecho de que las tendencias modernas sean favorables al arbitraje en materia de Derecho Internacional y de Derecho Obrero, nada prueba en favor del juicio arbitral. En efecto, los conflictos entre las naciones y los conflictos colectivos del trabajo, no encuentran hasta ahora una reglamentación jurídica adecuada ni existe jurisdicción alguna a la cual se someten; ellos se resuelven lisa y llanamente por la fuerza. "El arbitraje entre las naciones tiene por objeto substituir a la guerra un estatuto pacífico de los conflictos internacionales" (151). Otro tanto ocurre con el arbitraje entre patrones y obreros, que tiende a evitar que los conflictos colectivos del trabajo se resuelvan por medios violentos, como la huelga y el lock-out. En Derecho privado existe un medio pacífico y normal de resolver las controversias sin violencia: la comparecencia ante los tribunales (152). En realidad, debe considerarse al arbitraje en el Derecho Internacional y en el Derecho Obrero, como los gérmenes de futuros tribunales públicos y obligatorios que declara-

(147) Rousseau, ob. cit., págs. 133 a 147; Morel, N.o 4; Miranda, ob. cit., N.o 30.
(148) Miranda, ob. cit. N.o 30 .
(149) Morel, ob. cit., N.o 4.
(150) Morel, ob. cit., N.o 6; Kisch, ob. cit. pág. 416.
(151) Colin, citado por Morel, ob. cit., N.o 5.
(152) Rousseau, ob. cit., pág. 159; Morel, ob. cit., N.o 5

rán la justicia en estas materias. El desarrollo que experimenta hoy día el arbitraje en materia comercial, puede significar también el nacimiento de nuevas jurisdicciones mercantiles de carácter profesional o corporativo.

38. *Nuestra opinión.*—Creemos que en la vida moderna el arbitraje no puede ser sino una forma excepcional de administración de justicia. El interés social exige que la función judicial sea ejercida en toda su amplitud por el Poder Público encargado de ella; es ésta la mejor forma de asegurar una justicia expedita, imparcial, igual para todos, y que dé efectivas garantías a los ciudadanos. (153).

Como un homenaje a la libertad individual y al derecho de los hombres de ser juzgados por tribunales de su confianza, la ley autoriza a los particulares para substraerse a sus jurisdicciones oficiales y someterse a la de árbitros por ellos nombrados. Nada recomienda ampliar este sistema o convertirlo en regla general .

Si la justicia que ofrecen los tribunales permanentes adolece de defectos —se señalan especialmente la lentitud y la carestía— ellos no autorizan para que se la pretenda reemplazar por otra forma de justicia que, como la arbitral, no es muy cierto que esté libre de esos mismos defectos y de otros más. Lo que corresponde hacer es preocuparse de corregir los defectos de la organización y los procedimientos judiciales, tratando de perfeccionarlos y ponerlos a tono con las necesidades y aspiraciones de los tiempos.

Claro está que, mientras tal perfeccionamiento no se obtenga, el arbitraje será un recurso que tendrán los particulares para buscar una mejor forma de justicia en jueces por ellos elegidos, recurso que puede ser muy conveniente en algunas especies de litigios.

Planteada la cuestión en estos términos, nos parece que el arbitraje, como sistema supletorio de justicia, sin ambiciones de generalizarse demasiado, es una institución de eficiencia muy relativa. En doctrina, todo lo que se dice en su favor es efectivo. En la práctica, está condicionado por diversos factores, que radican muy principalmente en la persona de las partes. El criterio que éstas empleen en la elección del compromisario será decisivo para la suerte del arbitraje (154). Pero lo será aún en mayor grado el espíritu y mentalidad con que encaren el juicio. "Cuando prevalezca el deseo de una solución simple y rápida, el arbitraje dará excelentes resultados. Pero si a una de las partes no le repugna litigar, si ella quiere antes que todo ganar el proceso, si está animada de sentimientos hostiles frente al adversario, si está pronta a usar todos los medios que la ley pone a su alcance para hacer valer sus derechos, el arbitraje será difícil y el menor incidente provocará nuevos litigios". (155).

Con razón ha dicho Borbeau que "el arbitraje sería una excelente cosa si las disposiciones que lo rigen pudieran ser inútiles y si la buena fe de los litigantes y las luces del árbitro pudieran suplir la regla escrita en el

(153) Boncenne, citado por Miranda, ob. cit., N.o 29.
(154) Miranda, ob. cit., N.o 30.
(155) Landrau, ob. cit., pág. 292.

texto de las leyes. Sería algo análogo a la justicia de San Luis, bajo la encina de Vincennes, o la jurisdicción que ejercían en los tiempos primitivos, si se cree a la historia, los sabios y los ancianos, sentados bajo los pórticos dictando ante las imágenes de sus dioses sentencias siempre respetadas". (156).

En resumen, opinamos, completando el criterio de Margueritte Landrau, que el arbitraje no vale sino lo que valen las partes que a él se someten y los árbitros que ellas eligen.

§ V.—ARBITRAJE FORZOSO

39. *Concepto.*—Hemos visto, al hacer la historia del arbitraje, que diversas legislaciones lo han establecido con carácter obligatorio para cierta clase de negocios. Es lo que se llama arbitraje forzoso: juicio arbitral que es impuesto imperativamente por la ley como el único procedimiento para resolver determinados litigios.

No es necesario, en los casos de arbitraje forzoso, que las partes se pongan de acuerdo para substraerse a las jurisdicciones ordinarias y someterse a árbitros; la propia ley excluye absolutamente la competencia de los tribunales oficiales y la concede, en forma privativa, a jueces compromisarios; éstos pasan a ser tribunales obligatorios con jurisdicción ordinaria, como los jueces permanentes.

Corresponde, sin embargo, a las partes, designar en cada caso a la persona que hará las veces de árbitro. Si no convienen en ello, efectúa el nombramiento la autoridad judicial. El compromisario conserva su carácter esencial de juez de la confianza de las partes elegido para un caso concreto.

40. *Fundamento.*— La ley establece el arbitraje obligatorio en atención a la naturaleza de ciertos asuntos. Hay, en efecto, negocios judiciales, que por la conveniencia que existe de terminarlos prontamente y evitar en ellos todo estrépito, escándalo y enojosa disputa que pueda ocasionar graves perjuicios, o por su carácter preferentemente de hecho que exige un largo y complicado estudio de antecedentes más o mnos técnicos, o por la participación activa que en su solución debe caber a la voluntad de las partes, es preferible someter a jueces de toda la confianza de los interesados, que no estén sujetos riguramente a la publicidad y demás formalidades del aparato judicial y que tengan capacidad técnica y tiempo suficiente para ventilar el asunto.

El legislador prescribe en estos juicios el arbitraje forzoso como medio de proporcionar en ellos una justicia especialmente apta y apropiada, amigable, rápida y económica (157), y para librar a las jurisdicciones ordinarias del examen de cuentas, documentos, debates, informaciones, etc., que requieren a menudo un largo período de años (158). Entre nosotros esta última consideración tiene especial importancia, pues, consta en las actas de la

(156) Citado por Rousseau, ob. cit., pág. 147.
(157) Suplement Dalloz, 1887, tomo I, "Arbitraje", N.o 1.
(158) Mongalvy, ob. cit., N.o 14.

Comisión Revisora de la L. O. T. que para sus autores "el principal objeto del arbitraje forzado es evitar a los jueces de letras el trabajo de organizar ciertos pleitos largos y complicados y llenos de pequeños incidentes". (159).

41. *Crítica.*—El arbitraje forzoso tiene numerosos y acerbos detractores y es mirado con malos ojos por las propias legislaciones.

Se dice que es contrario al fundamento mismo del arbitraje, a los fines que éste persige y a los principios que lo rigen, ya que anula la libertad contractual en una institución que precisamente se basa en ella, y no asegura a las partes un juez de confianza, como se persigue con el compromiso, pues bien puede ocurrir que sólo los jueces ordinarios les merezcan fe, o que no poniéndose de acuerdo, se les imponga por la autoridad un tercero desconocido y falto de todo título. (160).

Estas ideas encuentran eco en los legisladores, que son, por lo general, parcos en establecer arbitrajes obligatorios. Pocos países lo admiten entre sus instituciones judiciales, y aun los que así hacen restringen en lo posible su aplicación.

Chile es una de las naciones en que el arbitraje necesario tiene más aceptación legal. Con todo, conviene recordar que la Comisión Revisora de la L. O. T. tuvo el propósito de "disminuir en lo posible el número de casos de arbitraje forzoso, que son costosos para los interesados" y según uno de sus miembros, el señor Huneeus, "de muy buena gana los habría suprimido todos, pero considerándose ligada por las disposiciones del C. C. y del C. de C. y respetando la idea de uniformar por completo todo nuestro sistema de legislación", incluyó en el art. 176 los casos a que esos Códigos se refieren. (161).

42. *Efectos.*—Al establecer la ley el arbitraje obligatorio para ciertas materias, provoca un doble efecto:

1.o Absoluta incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer del asunto y competencia privativa para avocarse a él del tribunal arbitral que se designe.

Los árbitros forzosos son titulares de una jurisdicción propia e independiente, de orden diverso a la que tienen los jueces oficiales; éstos no pueden, por consiguiente, desde ningún respecto, juzgar un litigio que corresponda a aquéllos.

Se ha fallado, así, que "fuera de los árbitros, no hay autoridad alguna que pueda ejercer jurisdicción en los asuntos a que se refiere el art. 176 de la L. O. T." (162) y que en estos casos no cabe prórroga de jurisdicción, "pues los árbitros y los jueces ordinarios no ejercen jurisdicción análoga",

(159) Por tal motivo se rechazó la idea de establecer arbitrajes obligatorios en segunda instancia, pues, se estimó que no había razones para ello. Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1722.

(160) Miranda, ob. cit., N.o 50; Aguilera de Paz y Rives Martí, ob. cit., pág. 147; Benavente, ob. cit., págs. 44 y 45.

(161) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1642.

(162) C. Suprema, Gaceta 1915, N.o 26, pág. 58.

por lo cual el reclamo de la incompetencia de la justicia ordinaria puede hacerse en cualquier estado del juicio (163).

Con todo, si un asunto de arbitraje forzoso es conocido y fallado por un juez ordinario, sin reclamación de las partes y su sentencia queda firme, no hay manera de impugnarla, haciendo valer posteriormente la falta de jurisdicción, pues aun el fallo de un tribunal absolutamente incompetente adquiere autoridad de cosa juzgada desde que no es susceptible de ningún recurso procesal, y deviene con ello irrevocable, quedando al abrigo de toda acción de nulidad. (164).

No podría argumentarse en contrario que perteneciendo los asuntos de arbitraje forzoso a una "*jurisdicción*" distinta de la de jueces oficiales, éstos no sólo son incompetentes de modo absoluto, sino que carecen de toda jurisdicción para conocer de ellos. Y no es posible hacerlo, porque, como anota Chiovenda, los tribunales ordinarios están idealmente investidos de la "*plenitud de la jurisdicción*", y si tienen limitado su ejercicio —competencia— "poseen potencialmente la jurisdicción en todos los pleitos" (165); gozan de una "capacidad potencial para pronunciar fuera de esos límites" (166). Otros tratadistas van aún más lejos, pues según ellos, debe decidirse en general, sin distinción, que todo fallo dictado por un tribunal, ordinario o de excepción, adquiere fuerza de cosa juzgada, si no es atacado por los recursos legales. (167).

2.o Obligación para las partes, una vez producido el caso concreto, de constituir de común acuerdo el juicio arbitral, designando la persona del árbitro y precisando los límites del litigio.

Cuando se trata de arbitraje forzoso, no se requiere entre las partes un contrato de compromiso, en cuanto éste tiene por objeto substraer el litigio a las jurisdicciones ordinarias y someterlo a la de un compromisario; la propia ley realiza esa misión, al disponer la competencia excluyente de árbitros.

Pero el compromiso persigue también el fin de determinar, para el caso concreto, los elementos constitutivos del juicio: materia, partes y tribunal. En este aspecto desempeña en el arbitraje forzoso el mismo papel que en el voluntario. Sobrevenida la dificultad, cualesquiera de las partes puede requerir a la otra, judicial o extrajudicialmente, para que precisen sus límites y designen el árbitro que habrá de resolverla. Si las partes no convienen en la persona del árbitro, puede una de ellas recurrir al juez competente para que haga por sí la designación.

43. *Casos.*—Son materia de arbitraje forzoso, en nuestra ley, la liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y la de las comunidades; la partición de bienes; las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios de cuentas, y las diferencias que

(163) C. Valparaíso, Gaceta 1915, N.o 96, pág. 211.
(164) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., tomo I, N.o 262; Mattirolo, ob. cit., tomo I, N.o 1005.
(165) Chiovenda, ob. cit., tomo I, pág. 441.
(166) Chiovenda, ob. cit., tomo I, pág. 605.
(167) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., tomo I, N.o 262.

ocurran entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados en una participación, en el caso del art. 415 del C. de C. (L. O. T. art. 176), o entre socios de una sociedad de responsabilidad limitada comercial (Ley N.o 3,918, art. 4, inc. 2), y las cuestiones sobre derechos o repartición de aguas entre los accionistas de una asociación de canalistas y las que surjan entre los accionistas y la asociación (Ley N.o 2,139, art. 17). Estudiamos acto seguido cada caso en particular.

44. *Primer caso.—La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y la de las comunidades.* (L. O. T., art. 176, completado por Ley N.o 6,985, de 8 de Agosto de 1941, art. 5).

En general, es materia de arbitraje forzoso toda división de una comunidad, cualquiera que ésta sea. Toda vez que se trata de terminar un estado de indivisión, repartiendo los bienes comunes entre las personas a quienes pertenecen y asignando a cada una de ellas lo que le corresponde según su derecho o cuota en la copropiedad, hay lugar a un procedimiento de liquidación o partición que el legislador ha sometido obligatoriamente a árbitros.

Sin embargo, el artículo 176 de la L. O. T., distingue entre la liquidación de una sociedad conyugal, de una sociedad colectiva o en comandita civil o de una comunidad, y la partición de bienes, refiriendo esta última a la comunidad hereditaria, y establece separadamente el arbitraje forzoso de ellas en sus números 1 y 2. Comprende el número 1:

45. a) *La liquidación de una sociedad conyugal.*— Siempre que se disuelve la sociedad de bienes que tiene lugar por ministerio de la ley entre los cónyuges, a menos que hayan contraído matrimonio bajo el régimen de separación total, se forma entre ellos, o entre uno de ellos y los herederos del otro, una comunidad que debe dividirse. Esta división es materia de arbitraje obligatorio, y conforme al art. 1776, del C. C., se sujeta a las reglas de la partición de bienes hereditarios, sin perjuicio de las especiales que establece el párrafo 5.o del título XXII del Libro IV del C. C. Se ha fallado, por esto, que no basta una simple acta de comparendo ante árbitros para tener por liquidada una sociedad conyugal, sino que es necesario someterse estrictamene a las formalidades del juicio que la ley establece como obligatorio y que éste termine por sentencia legalmente dictada. (168).

46. b) *La liquidación de una sociedad colectiva o en comandita civil.*— También al disolverse una de estas sociedades se produce entre sus socios, o entre algunos de ellos y los herederos de los otros, una comunidad cuya división es materia de arbitraje forzoso. Lo mismo ocurre en las sociedades de responsabilidad limitada de naturaleza civil, pues, según el art. 4 de la Ley N.o 3,918, que las estableció, ellas se rigen por las reglas de las colectivas.

En estos casos se aplican a la división del caudal social las reglas re-

(168) Corte Talca, G. 1922, t. I, N.o 173, pág. 676.

lativas a la partición de bienes hereditarios, salvo en cuanto se opongan a los preceptos del título XXVIII del Libro IV del C. C. (C. C. art. 2115).

47. *Regla especial diversa para las sociedades comerciales y anónimas.*— No procede, en cambio, el arbitraje obligatorio, cuando se trata de sociedades comerciales, sean colectivas, en comandita o de responsabilidad limitada, y de sociedades anónimas, aunque sean civiles, que siempre se someten a la ley mercantil (C. C., art. 2064).

Cuando se disuelve una de estas sociedades no se genera una simple comunidad, sino que la doctrina (169) y la ley (170) mercantiles consideran a la sociedad disuelta subsistiendo como persona jurídica mientras dura la liquidación y para los efectos de ella. Se origina así la figura de derecho llamada "sociedad en liquidación", con personalidad jurídica propia, y que persigue, entre otros objetivos, el de evitar que se confundan los patrimonios personales de los socios con el patrimonio de la sociedad en perjuicio de los acreedores sociales.

La liquidación comprende todas las operaciones que tienen por fin poner definitivo término a la sociedad: realización de los bienes que forman el activo social, conclusión de las operaciones ya iniciadas, pago de las deudas que existan en favor de terceros y distribución del saldo líquido entre los socios a prorrata de sus haberes (171).

Esta liquidación se hace en la forma indicada en la escritura social (C. de C., arts. 352, N.o 9 y 426 N.o 10), o en la de disolución (C. de C., art. 408); pueden efectuarla colectivamente los socios si se hallan todos conformes, y en caso contrario debe realizarse por un liquidador (C. de C., art. 409). Tratándose de sociedades anónimas, son liquidadores sus propios administradores, salvo que los estatutos dispongan o la asamblea general acuerde otra cosa (C. de C., art. 465).

Los liquidadores no son jueces árbitros, sino que "verdaderos mandatarios de la sociedad" —no de los socios— como expresamente lo dice el art. 410 del C. de C. Representan a la sociedad en liquidación; deben sujetarse esscrupulosamente a las reglas que les trace su título; no estando determinadas sus facultades no pueden ejecutar otros actos que los que tiendan directamente al cumplimiento de su encargo; están obligados a rendir cuenta y responden a los socios de los perjuicios que les resulten de sus operaciones (C. de C., arts. 410 y 411); si son varios les son aplicables las reglas que rigen a los administradores en tal caso, y las discordias que ocurran entre ellos deben someterse a la resolución de los socios, o en ausencia u otro impedimento de la mayoría de éstos, a la del juzgado de comercio (C. de C., art. 412). Por último, lo que es más importante, estos liquidadores no tienen poder al-

(169) Palma, Gabriel, "Derecho Comercial", tomo II, pág. 170; León Lacour-Jacques Bouteron, "Précis de Droit Comercial", t. I, N.o 347; Lyon Caen-Renault, "Manuel de Droit Comercial", N.o 336.

(170) Nuestro Código de Comercio no lo establece expresamente como otros; pero de diversas disposiciones suyas se desprende claramente, art. 410, que considera al liquidador "mandatario de la sociedad", 413 N.o 6, etc. El D. F. L. 251 lo declara explícitamente respecto de las sociedades anónimas en su art. 110.

(171) Palma, ob. cit., pág. 169.

guno para resolver las dificultades que se produzcan entre los socios con motivo de la liquidación; dichas dificultades, salvo estipulación contraria de la escritura social, deben resolverse precisamente por árbitros (C. de C., arts. 352 N.o 10 y 415; L. O. T., art. 176 N.o 4). Claro está que los socios pueden conceder en forma legal al propio liquidador la facultad de solucionar las dificultades que se promuevan en la liquidación, agregándole así la calidad de árbitro a la de mandatario de la sociedad; en este evento, la persona designada deberá sujetarse, en el desempeño de sus distintas funciones, a las normas especiales que gobiernan a cada una de ellas.

No siempre nuestros tribunales han reconocido estos principios (172); pero hay varias sentencias que los aplican con acierto (173).

48. c) *Liquidación de las comunidades.*— El art. 5 de la Ley N.o 6,985, de 8 de Agosto de 1941 (que modificó la del Colegio de Abogados) agregó al N.o 1 del art. 176 de la L. O. T., como asunto de arbitraje obligatorio, "la liquidación de las comunidades".

Este precepto no introdujo un nuevo caso de compromiso forzoso; sólo quiso confirmar, en la L. O. T., lo que el C. C. establecía y siempre entendieron los tribunales. En efecto, al tratar del cuasi-contrato de comunidad, dispone el C. C. que "la división de las cosas comunes y las obligaciones y derechos que de ello resulten, se sujetan a las mismas reglas que en la partición de la herencia" (art. 2,313), imponiendo así, implícitamente, su arbitraje obligatorio.

Se aplican estos preceptos a toda comunidad, sea contractual o cuasi-contractual, y los tribunales no han tenido dudas en aplicarlos cada vez que se trata de dividir cualquiera comunidad. (174).

La propia ley, aplicando estos principios, comprende entre las comunides que deben liquidarse por árbitros las sociedades de hecho, que no pudieron existir legalmente o que fueron declaradas nulas, aun en el caso de que sean mercantiles (C. C., art. 2057; C. de C., art. 359). Fundándose en estos preceptos, nuestros tribunales han ordenado que se liquiden por árbitros, según las reglas de las comunidades, diversas sociedades de hecho que no llegaron a perfeccionarse como comerciales o fueron declaradas nulas. (175).

49. *Liquidación de la asociación o cuentas en participación.*— Siendo las asociaciones o cuentas en participación verdaderas comunidades, quedan comprendidas también en la regla de la parte final del N.o 1 del art. 176 y su liquidación debe hacerse por árbitros. No obsta a ello el carácter mercantil de este contrato y la circunstancia de que deban aplicársele, como supletorias, las reglas de las sociedades comerciales. El art. 511 del C. de C. es-

(172) Los desconoce manifiestamente, por ejemplo, la C. Iquique, en fallo de 18-VIII-1923, Revista, t. XXVIII, s. I, pág. 240.

(173) C. Serena, Gaceta 1918, N.o 494, p. 1526; C. Serena, Gaceta 1926, t. II, N.o 84, p. 386.

(174) Gaceta 1878, No 4565; Gaceta 1901, N.o 3021, p. 1168; Revista, t. XV, s. II, p. 1.

(175) Gaceta 1914, N.o 488, p. 1341; Revista, t. VII, s. I, p. 367; Revista, t. XXVIII, s. I, p. 103.

tablece esa regla "salvas las modificaciones resultantes de la naturaleza jurídica de la participación". Una de estas modificaciones es precisamente la de que, por no tener personalidad jurídica ni bienes propios, no puede ser liquidada, como aquellas, por un liquidador mandatario, ya que sólo son capaces de otorgar mandato los sujetos de derecho. El patrimonio de las asociaciones pertenece en común a los asociados, y si éstos no están de acuerdo en la manera de hacer su división, debe procederse, conforme a las reglas generales de toda comunidad, al arbitraje particional (176). Puede también estimarse, como parece hacerlo la Corte de Santiago, en sentencia de 3 de Enero de 1930, que la falta de acuerdo entre los asociados acerca de la liquidación importa una dificultad que debe resolverse por árbitros conforme al N.o 4 del art. 176 (177).

50. *Segundo caso.— La partición de bienes.*— En un sentido amplio se denomina partición de bienes a "un conjunto complejo de actos encaminados a poner fin al estado de indivisión mediante la liquidación y distribución entre los copartícipes del caudal poseído pro indiviso, en partes o lotes que guarden proporción con los derechos cuotativos de cada uno de ellos". (178). En una acepción restringida, sólo se llama partición de bienes a ese conjunto de actos cuando la comunidad a que se trata de poner fin es una comunidad hereditaria, vale decir, la que se forma entre todos los herederos de una persona al momento de abrirse su sucesión.

El número 2 del art. 176 de la L. O. T., al disponer que "la partición de bienes", es asunto de arbitraje obligatorio, se refiere a ella en su acepción restringida, puesto que el número 1 había comprendido ya la división de las demás comunidades.

La partición de bienes está reglamentada en el C. C. en el Título X del Libro III sobre "Las Sucesiones por Causa de Muerte"; y en el C. P. C., que le consagra también el Título X de su Libro III, luego de haber tratado en el anterior del "juicio arbitral". Y estos preceptos rigen no sólo para la partición de bienes hereditarios, estricto sensu, sino también, en cuanto sean aplicables, para toda partición de bienes, lato sensu, cualquiera que sea la comunidad que se trate de dividir, pues la ley se remite a ellos en cada caso (C. C. arts. 1776, 2115 y 2313).

51. *Excepciones a los dos casos anteriores.*—Los asuntos contemplados en los N.os 1 y 2 del art. 176 no deben siempre resolverse necesariamente por árbitros; sólo son de compromiso forzoso cuando la división de la comunidad no se haya hecho de acuerdo por los comuneros ni la haya verificado el causante en el caso de la herencia.

La ley autoriza al causante de una herencia para hacer por sí mismo la partición, por acto entre vivos —escritura pública— o por testamento, y

(176) En sentido contrario, Carlos Cervantes Lazo, "La asociación o cuentas en participación", Memoria, No 47, p. 68.
(177) Gaceta 1950, t. I., N.o 69, p. 285.
(178) C. Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 266.

concede valor a lo actuado por él cuando no fuere contrario a derecho ajeno, lo que principalmente significa, siempre que respete las asignaciones forzosas (C. C., art. 1318).

La ley autoriza también a los comuneros de cualquier indivisión, hereditaria o no, para que la partan por sí mismos en los siguientes casos:

a) Cuando todos ellos tengan la libre disposición de sus bienes y concurran al acto (C. C., art. 1325), y

b) Aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre disposición de sus bienes, siempre que no se presenten cuestiones que resolver y todos estén de acuerdo sobre la manera de hacer la división (C. de P. C., art. 802).

La obligatoriedad del arbitraje como medio de terminar el estado de indivisión, debe entenderse, pues, con estas limitaciones. Unicamente cuando la liquidación o partición no se haya verificado por alguno de estos medios excepcionales, procede el arbitraje forzado. Así se ha fallado (179).

52. *Observaciones comunes a los casos anteriores.— Caracteres del arbitraje particional.*— Para que haya lugar al arbitraje forzoso en los casos estudiados, es requisito inomisible que exista una comunidad que dividir. Más aun; es necesario que estén de acuerdo las partes sobre la existencia de bienes indivisos cuya partición deba efectuar el árbitro que se designe (180) y si uno de los comuneros alega derecho exclusivo sobre un bien cualquiera de la masa partible, el árbitro debe excluir ese bien de la división, sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva por el tribunal competente acerca de su dominio (181). Se ha fallado que si se deduce oposición a la constitución del juicio de partición fundándose en derecho exclusivo sobre ciertos bienes, el juez debe darle tramitación de juicio ordinario, suspendiendo el nombramiento de partidor, y no puede fallarla como incidente de estas gestiones de nombramiento (182); que hace bien un tribunal al limitar la jurisdicción del partidor a ciertos bienes y excluir de ella otros cuya indivisión se discute, pues corresponde a la justicia ordinaria decidir previamente las controversias sobre derechos exclusivos (183), y que si el bien disputado es el único comprendido en el juicio de partición, debe suspenderse éste. (184).

El arbitraje que se constituye tiene por objeto dividir la comunidad, distribuyendo los bienes que la componen entre los distintos comuneros a prorrata de sus respectivos derechos. Esta operación supone que esté previamente determinado, en forma cierta, cuáles son los bienes que forman la comunidad, cuáles las personas que tienen derecho en ella y cuáles los derechos o cuotas que a cada una corresponden. Toda cuestión o controversia que se suscite

(179) C. Talca, Gaceta 1916, t. II, N.o 323, p. 1060.

(180) C. Talca, Gaceta 1914, N.o 521, p. 1415; C. Suprema, Revista, t. IV, s. I, p. 37.

(181) C. Valdivia, Franklin Otero, ob. cit., 1913, p. 891.

(182) C. Concepción, Revista, t. IV, s. II, p. 1; C. Talca, Gaceta 1914, N.o 372, p. 1042; C. Valparaíso, Gaceta 1917, t. II, N.o 268, p. 822; C. Valdivia Revista, t. XXIV, s. II, p. 12; C. Concepción, Gaceta 1933, t. I, No 93, p. 391.

(183) C. Suprema, Revista, t. IX, s. I, p. 199.

(184) C. Concepción, Gaceta 1939, t. I, s. I, N.o 104, p. 493.

sobre alguna de estas materias queda al margen de la competencia del partidor; el arbitraje obligatorio no las comprende. Por el contrario, la ley las somete expresamente a la justicia ordinaria (C. C., arts. 1330 y 1331). Los tribunales han resuelto que el partidor no puede pronunciarse sobre el valor de un testamento en que fundan los interesados su calidad de herederos, porque importa una disputa sobre quiénes tienen derecho a concurrir a la partición (185), ni sobre la cuestión de estado civil de uno de los interesados, porque significa controversia sobre derechos a la sucesión (186), y que promovido un juicio sobre nulidad del testamento, debe el árbitro suspender el juicio particional de que está conociendo. (187).

Cuestión distinta es la de si dichos asuntos que no son de arbitraje forzoso pueden entregarse voluntariamente por las partes a la resolución del árbitro. Dilucidaremos el tema al tratar del arbitraje prohibido, pero creemos conveniente adelantar aquí que si no se constituye compromiso en forma legal —sin perjuicio del valor que a tal compromiso deba atribuirse— los tribunales han resuelto que es nulo todo lo que haga el árbitro conociendo cualesquiera de esas cuestiones, pues el hecho de que las partes le sometan alguna de ellas en el curso de la partición no puede significar prórroga tácita, de la competencia de la justicia ordinaria al árbitro. (188).

La materia precisa del arbitraje obligatorio, lo único que éste comprende, es pues el conjunto de operaciones que tienen por objeto dividir la masa común mediante su liquidación y distribución entre los comuneros.

Estas operaciones no revisten siempre un carácter judicial; la ley quiere que la partición de las comunidades se haga en lo posible conforme a la voluntad de los interesados. Si entre éstos no surgen dificultades, el papel del árbitro es meramente pasivo: se limita a constatar los acuerdos de los comuneros y su sentencia no es en el hecho más que la expresión de esos acuerdos (189). Podría acaso decirse que desempeña un rol de jurisdicción voluntaria.

En cambio, actúa realmente como juez arbitral cuando sobrevienen desacuerdos o dificultades entre los interesados; le corresponde resolverlos e imponer una solución obligatoria a las partes. Es por esto que la ley exige la presencia ineludible de un árbitro cuando, habiendo incapaces entre los comuneros, no están todos de acuerdo en la manera de hacer la división o se presentan cuestiones previas que resolver. Si todos son plenamente capaces, pueden llegar a un acuerdo y resolver esas cuestiones por sí mismos; pero si hay incapaces, que no están en condiciones de resguardar acertadamente sus derechos, los acuerdos y resoluciones que se tomen con su intervención pueden resultar en detrimento suyo; se hace necesaria la presencia de un juez.

El juez partidor es un árbitro de derecho; pero las partes mayores de edad y libre administradoras de sus bienes pueden darle el carácter de arbi-

(185) C. Santiago, Gaceta 1918, N.o 510, p. 1572.
(186) C. Temuco, Revista, t. XXXVIII, s. II, p. 12.
(187) C. Santiago, Revista, t. XIV, s. II, p. 27.
(188) C. Santiago, Gaceta 1905, N.o 463, p. 740; C. Concepción, Gaceta 1908, N.o 221, p. 394; C. Santiago, Gaceta 1918, N.o 510, p. 1572; C. Suprema, Revista, t. XIV, s. I., p. 487.
(189) Alessandri, Fernando, "Partición de Bienes". Santiago, 1940, pág. 41.

trador. En cuanto al procedimiento, deben sujetarse a las reglas del juicio arbitral, en cuanto no estén modificadas por las especiales que la ley establece sobre la Partición de Bienes y sean aplicables a las materias que debe resolver (C. P. C., artículo 805).

53. *Tercer caso.— Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios de cuentas.*— (L. O. T. art. 176, N.o 3, completado por el art. 5 de la Ley N.o 6,985).

Para su estudio, dividiremos este número en dos partes:

a) En el texto hasta hace poco vigente de la L. O. T., este número sólo comprendía su primera parte, que reproduce lo prescrito por el art. 414 del C. de C. Conforme a ella, son materia de arbitraje forzoso las dificultades que ocurran con motivo de la presentación de las cuentas a que están obligados los gerentes y los liquidadores de las sociedades comerciales, aplicables al gerente y liquidador de las sociedades anónimas, conforme al art. 2064 del C. C.

La redacción de esta parte del número en estudio suscita dudas acerca de su alcance, en lo que se refiere al momento en que procede el juicio de compromiso. Si nos atenemos estrictamente a su letra, debemos entender que el arbitraje procede sólo cuando presentadas las cuentas por el gerente o liquidador, de manera extrajudicial o ante tribunal ordinario, ellas son observadas por los socios. Sobreviene entonces una cuestión a que ha dado lugar la presentación de la cuenta y ella debe ser resuelta por árbitros. La Corte de Valparaíso parece afirmar este criterio en su sentencia de 7 de Enero de 1915 al declarar "que las cuestiones que se han suscitado con motivo de la cuenta presentada por el liquidador han debido ventilarse ante jueces árbitros (190).

Sin embargo, esta manera de comprender la norma legal ofrece el inconveniente lógico de que rompe la continencia y unidad de un procedimiento que constituye un solo juicio, el juicio de cuentas, entregando a distintos tribunales su iniciación y su prosecución. De acuerdo con el art. 852 del C. P. C. la presentación de la cuenta se considera como demanda y como contestación las observaciones, debiendo continuar el juicio sobre los puntos observados con arreglo al procedimiento que corresponde según las reglas generales. Establecer que un tribunal es competente para conocer de la demanda, pero que perderá su competencia en caso de que se produzca contestación, es violar el precepto fundamental del art. 193 de la L. O. T. según el cual "radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente".

Conviene, por lo dicho, hacer una distinción. Si presentadas extrajudicialmente las cuentas por el gerente o el liquidador que debe rendirlas, son rechazadas por la otra parte, procede constituir el arbitraje para resolver las dificultades producidas. Pero en cambio, si el obligado desea presentar sus cuentas judicialmente lo que ocurrirá cuando tema o sepa de antemano que ellas serán impugnadas—, o si la otra parte, llegado el tiempo en que deben

(190) Gaceta, 1915, N.o 96, p. 211.

rendírsele, quiere solicitar judicialmente que le sean presentadas, procede constituir desde luego el tribunal arbitral ante el cual se ventilará el juicio completo de cuentas, tal como lo reglamenta el Título XIII del Libro III del C. P. C. Así pareció entenderlo la Corte de Santiago cuando declaró que "demandado un socio administrador para rendir sus cuentas y para que se practique la liquidación correspondiente, debe procederse a organizar el respectivo juicio de compromiso designando el árbitro ante quien haya de discutirse la cuenta y que fallará las cuestiones a que ella dé lugar" (191).

b) Al discutirse el art. 176 de la L. O. T. en la Cámara de Diputados, el señor Fabres propuso que se incluyeran, entre los asuntos de arbitraje forzoso, todos los juicios sobre cuentas. Esta indicación no encontró acogida favorable, en razón del espíritu contrario al compromiso forzoso que inspiró al legislador de entonces y a su deseo de mantener en la materia el orden de cosas existentes (192).

La Ley N.o 6,985, de 8 de Agosto de 1941, dió en cambio cabida, inspirada por otro criterio, a la idea del señor Fabres. En virtud de ella, todo juicio de cuentas, cualquiera que sea la persona que deba rendirla y a cualquier título que deba hacerlo, es materia de arbitraje obligatorio. Cada vez que de una relación jurídica nace para una persona la obligación de rendir cuenta a otra u otras y a consecuencia de ella se promueve un litigio, procede constituir un tribunal arbitral para resolverlo.

Es indudable, eso sí, que el nuevo precepto legal no se refiere al juicio en que se discute la obligación misma de rendir cuenta — ante juicio del de cuentas propiamente tal—; sólo comprende como asunto de compromiso necesario el juicio que reglamenta el Título XIII del Libro III del C. P. C. Y parece también indudable que el arbitraje debe constituirse en las mismas circunstancias que indicábamos para el gerente y liquidador de sociedad comerciales, esto es, si las cuentas se presentan extrajudicialmente, sólo en el caso de que sean impugnadas y para dilucidar los puntos contradichos; si se desea presentarlas judicialmente o así se solicita por la otra parte, para el efecto mismo de su rendición y de todo lo que de ello sobrevenga.

54. *Caso en que el juicio sobre cuentas se plantea como prejudicial civil en proceso criminal.*— Este N.o 3 del art. 176 no se pone en el caso de que el juicio de cuentas se suscite en un proceso criminal como una de las cuestiones de que trata el art. 20 del C. P. P., esto es, como asunto "sobre un hecho de carácter civil que sea uno de los elementos que la ley penal estima para definir el delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor".

El caso se presenta con frecuencia tratándose del delito de estafa cometido por la persona que debe rendir cuentas y no lo ha hecho; ella niega la existencia del hecho ilícito, afirmando que procede dilucidar previamente sus cuentas. ¿Podría alegar que siendo ésta una materia de arbitraje obligatorio carece el juez del crimen de competencia para conocer de ella y procede suspender el juicio criminal hasta que el de cuentas sea fallado por árbitros?

(191) Gaceta 1887, S. 1592, citada por Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1648.
(192) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1642.

En el caso del gerente o liquidador de sociedades comerciales o anónimas que contenía el art. 176 desde sus primitivos orígenes, no hay dificultad posible, porque estas cuestiones sobre cuentas no están comprendidas entre las que el C. P. P., dictado mucho tiempo después que la L. O. T., considera como propiamente prejudiciales; corresponde en consecuencia conocer de ellas al juez del crimen que tramita el proceso penal.

En efecto, las cuestiones civiles que se plantean en el juicio criminal son por regla general de la competencia del tribunal del crimen que conoce de ese juicio, el cual debe sujetarse en cuanto a su prueba y decisión a los preceptos del derecho civil (C. P. P. art. 20, inc. 1 y 4). Y dichas cuestiones no tienen el carácter de previas ni suspenden o paralizan el juicio criminal. Por excepción, algunas de ellas, taxativamente señaladas en la ley (inc. 2 y 3 del art. 20 y art. 21 del C. P. P.) deben ser juzgadas previamente por el tribunal a quien la ley tiene encomendado su conocimiento y en el evento de que se susciten debe paralizarse el juicio criminal hasta que sea fallada la cuestión civil (C. P. P. art. 20, inc. 2 y art. 23); estas últimas son las únicas que con propiedad pueden llamarse "prejudiciales civiles del proceso criminal". Ahora bien; entre éstas no están incluídas las cuestiones sobre cuentas, y por el contrario, habiéndose propuesto su inclusión cuando se elaboró el C. P. P., la Comisión rechazó esa idea y estimó "preferible limitar las cuestiones civiles prejudiciales, que paralizan o entorpecen la acción criminal, a los casos consignados en el artículo aprobado" (193).

La dificultad se suscita, en cambio, tratándose de los demás juicios sobre cuentas, que la Ley 6,985, con mucha posterioridad al C. P. P. ha declarado de manera absoluta que "deben resolverse por árbitros". Al hacer así, ¿ha derogado esta ley el sistema establecido por los arts. 20 y siguientes del C. P. P. en lo que se refiere a los juicios de cuentas? Es la argumentación que podría formularse para sostener que, planteada la cuestión de cuentas en el proceso criminal, el juez del crimen es incompetente para conocer de ella y debe paralizarse el proceso hasta que dicha cuestión sea fallada por árbitros, porque la ley 6,985, al prescribir su arbitraje obligatorio, no hizo excepción para el caso en que se promoviera dentro de un juicio criminal.

Estimamos que tal argumentación sería errónea. Es lo más posible que en la mente del legislador no haya existido jamás el propósito de modificar las reglas del C. P. P. acerca de las cuestiones prejudiciales y que él ni siquiera previó la circunstancia en estudio. Por otra parte, al establecer el arbitraje forzoso de los juicios de cuentas, la ley 6,985 sólo ha dictado una regla de competencia de carácter general y ella no altera la norma especialísima, para un caso particular, prescrita por los artículos 20 y siguientes del C. P. P. Las disposiciones de la ley relativas a cosas o negocios particulares prevalecen sobre las disposiciones generales cuando entre unas y otras hay oposición (C. C. art. 13). El art. 20 del C. P. P. dispone que si en un proceso criminal se suscita cuestión civil sobre cuentas conoce de ella el juez del crimen sin que se interrumpa aquél, perdiendo su competencia para el asunto el

(193) Ver sobre el particular la interesante sentencia de la Corte de Temuco de 25 de Febrero de 1936. Gaceta 1936, t. I, N.o 119, p. 544.

tribunal que por regla general lo tiene; esta regla rige cualquiera que sea el juez generalmente competente para conocer del juicio sobre cuentas y no puede alterarse por el hecho de que deje de serlo el de letras y pase a serlo un árbitro.

55. *Cuarto caso.— Las diferencias que ocurran entre socios de determinadas sociedades, en el caso del art. 415 del C. de C.— Carácter y alcance.*— Este no es un caso de arbitraje absolutamente obligatorio. El art. 352 del C. de C. prescribe que en las sociedades colectivas mercantiles la escritura social debe expresar: "10° si las diferencias que les ocurran (a los socios) durante la sociedad deberán ser o no sometidas a arbitradores, y en el primer caso, la forma en que deba hacerse el nombramiento". El art. 415 agrega que si en la escritura social se hubiere omitido hacer dicha designación, se entenderá que las cuestiones que se susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de su disolución, serán sometidas a compromiso. Los arts. 425, 426 N.o 11, 474, 491 y 511 del C. de C. hacen aplicables dichas disposiciones a las sociedades anónimas, a las en comanditas comerciales y a las asociaciones o cuentas en participación.

La L. O. T. se limitó a respetar el régimen que de esos artículos resulta y no impuso el compromiso obligatorio de las diferencias que ocurran entre los socios de las expresadas sociedades, sino para el solo evento de que en la escritura social se hubiere omitido expresar si tales diferencias deben o no ser sometidas a la resolución de árbitros.

Este régimen rige también para las sociedades de responsabilidad limitada comerciales, según se desprende del inciso 2.o del art. 4 de la Ley 3,918 que las creó.

Son, en consecuencia, materia de arbitraje forzoso las cuestiones que se susciten entre los socios de las sociedades comerciales de cualquiera clase, de las anónimas aunque sean civiles y de las asociaciones o cuentas en participación, ya durante su vigencia o al tiempo de su disolución, a menos que en la escritura social se haya estipulado otra cosa.

56. *Materias que comprende este caso.*— Ya está dicho a que clase de sociedades se refiere este arbitraje que bien podríamos llamar semi-obligatorio. ¿Qué asuntos comprende?

La ley habla de diferencias o cuestiones que se susciten entre los socios. A pesar de los términos amplios en que está redactada, es, sin embargo, indudable que no ha sido su intención comprender toda controversia o disputa que ocurra entre socios y requiera solución judicial, cualquiera que ella sea. Sólo puede tratarse de cuestiones o asuntos relativos a la sociedad, que se refieran a ella.

Sería absurdo pretender, fundándose en este número 4 del art. 176 de la L. O. T. que deba ser resuelto por árbitros un litigio completamente extraño a la relación social, por el solo hecho de que las personas entre quienes se produce tengan la calidad de socios. Un elemento especialísimo es esencial para que las controversias entre socios sean objeto de compromiso forzoso: su carácter *social*. Es preciso que se trate, como decía la antigua ley

francesa (194) de un litigio entre asociados y "en razón de la sociedad", promovido con ocasión de la sociedad, derivado del contrato social (195).

Deben considerarse como tales, todas las diferencias relativas a la interpretación y ejecución del contrato y a la manera de liquidarlo. Caben en esta clase, entre otras, las demandas que tengan por objeto obligar a los socios gerentes o administradores a rendir cuenta de sus gestiones (196) o hacer efectiva la responsabilidad civil que les afecte por actos culpables o dolosos. Lo mismo puede decirse de las que persigan la resolución o disolución de la sociedad por el incumplimiento de sus obligaciones en que incurra alguno de los socios (197).

Distinta es la situación jurídica de las controversias que se refieran a la existencia o validez de la sociedad. La doctrina es unánime para considerar que ellas escapan a la competencia de los árbitros forzosos (198). Mongalvy, el tratadista clásico del arbitraje en Francia, dice al respecto: "Debe distinguirse entre la existencia y la ejecución de una sociedad. Todo lo que toca a la existencia está sometido a la jurisdicción de los tribunales de comercio; pero lo que toca a la ejecución entra en la competencia de los árbitros forzados. Consecuentemente, para que haya arbitraje obligatorio es preciso que la existencia de la sociedad o de la asociación sea cierta". Lo que a su juicio "se explica naturalmente por este motivo: que antes de ocuparse de los litigios entre asociados es necesario saber si ha habido asociados" (199). Un litigio sobre existencia o validez del pacto social pone en duda la jurisdicción misma del árbitro, que precisamente se funda en el hecho de existir la sociedad con absoluto valor. El árbitro que debiera declarar la inexistencia o nulidad del contrato social declararía con ello implícitamente su falta de jurisdicción y, en consecuencia, la ineficacia de su fallo.

Lo dicho excusa de toda argumentación para sostener, también, que declarada inexistente o nula una sociedad, las cuestiones que se hayan promovido entre los socios antes de esa declaración y las que se promuevan en su continuación como sociedad de hecho o en su liquidación, no son materia de arbitraje necesario.

La Corte de Talca, en el único fallo que hemos encontrado sobre la materia, revocó la resolución de primera instancia que en virtud del N.o 4 del art. 176, de la L. O. T. había declarado que debía someterse a árbitros la demanda de nulidad de la reforma de los estatutos de una sociedad anónima. Tuvo para ello en cuenta que "si es cierto que en la escritura social se estipuló que las cuestiones que se suscitasen entre los socios serían decididas en arbitraje, conforme al precepto del art. 176, de la ley de 15 de Octubre de 1875, esta estipulación no puede comprender las controversias referentes a las bases constitutivas del pacto social, cuyo conocimiento corresponde, en conse-

(194) C. de C. francés, art. 51, derogado por la ley de 17 de Julio de 1856.
(195) Mongalvy, ob. cit., N.o 11.
(196) Suplement Dalloz, 1887, "arbitrage", N.o 18.
(197) Mongalvy, ob. cit., N.o 151.
(198) Supl. Dalloz cit., N.o 22.
(199) Mongalvy, ob. cit., N.o 12.

cuencia, a la justicia ordinaria" (200). Creemos mal fundado este fallo. La demanda de nulidad de la reforma de los estatutos no afecta a la existencia ni validez de la sociedad ni a la jurisdicción arbitral. El hecho de que la controversia se refiera a las bases constitutivas del pacto social no basta por sí solo para excluir la competencia del árbitro.

57. *Personas a quienes afecta.*—Se refiere el número en estudio a las diferencias que ocurran "entre los socios" de una sociedad anónima o de una sociedad comercial, o "entre los asociados" en una participación. Y si la controversia se produce entre la sociedad por una parte y uno o más socios por otra ¿hay o no lugar a arbitraje obligatorio? Ya dijimos que deben someterse a compromiso las demandas que uno o más socios entablen contra el socio gerente o adminitrador para que se declare su obligación de rendir cuenta o de indemnizar perjuicios que haya causado. ¿Rige lo mismo cuando esas demandas se entablan no ya por socios determinados sino que por la sociedad como persona jurídica, en virtud de un acuerdo válidamente adoptado y conforme a sus estatutos? ¿Debe someterse a árbitros la demanda que uno o más socios promuevan contra la sociedad impugnando acuerdos tomados por la mayoría y consiguientemente obligatorios y que ellos consideran ilegítimos, o lesivos al interés social, o perjudiciales a sus derechos?

Creemos que sí. Los litigios entre la sociedad y algunos socios no son otra cosa que controversias entre socios; entre una mayoría que lo es suficiente para decidir la marcha de la sociedad y, en consecuencia, tomar su nombre y uno o más socios minoritarios. Valen para este caso todas las razones que sirven de fundamento al arbitraje obligatorio que la ley establece entre socios: necesidad de que las disputas sociales no se prolonguen, que sean resueltas buenamente y que se evite en ellas el estrépito judicial.

Puede argumentarse, sin embargo, que en estricto derecho no es lo mismo un litigio entre las personas naturales "socios" que entre éstos y la persona jurídica "sociedad", y que siendo el arbitraje forzoso una institución excepcional debe interpretarse restrictivamente. En la práctica las controversias entre la sociedad y los socios se llevan a la justicia ordinaria y no conocemos casos en que ésta se haya declarado incompetente, fundándose en que ellas deben someterse a compromiso. Con todo, en el fallo que citamos en el número anterior, la Corte de Talca no argumentó para sostener la competencia de la justicia ordinaria, que se trataba de un litigio entre sociedad y socios, como pudo hacerlo, y prefirió fundarse en otros motivos que estimamos inconducentes.

En cambio, no es posible incluir en este caso de arbitraje forzoso los litigios en que sean parte terceros extraños a la sociedad. La ley se refiere sólo a diferencias entre socios y no comprende a otras personas, aunque sean acreedores o deudores sociales.

En Francia se ha discutido si deben o no comprenderse en el arbitraje forzoso las acciones de un tercero que actúa ejerciendo derechos de socio en virtud de una cesión que se le haya hecho. Nos parece lógico pensar

(200) Gaceta 1887, N.o 2030. Citada por Ballesteros, ob. cit. t. II, N.o 1648.

que si la cesión se verifica en forma legal, en los casos en que es permitida, procede el compromiso obligatorio, pues el cesionario adquiere por ella la calidad de socio y deja de ser un tercero. Lo contrario debe resolverse cuando la cesión no ha podido tener lugar o no ha cumplido los requisitos legales, pues entonces carece de todo valor.

También se ha debatido en Francia la situación inversa: un socio litiga en su interés puramente individual y no en su calidad de socio. Tal ocurre, por ejemplo, cuando cobra de la sociedad o de otros socios un crédito que no deriva de las relaciones sociales, o cuando a él se demanda una deuda de esa clase, o cuando se le persigue por actos ilícitos que independientemente de su carácter de socio haya cometido contra la sociedad. Creemos que en tal caso debe considerársele como un extraño y no tiene lugar el arbitraje forzoso; aún en el evento de que el litigio sea relativo a la sociedad, en razón de ella —lo que no siempre ocurrirá— faltaría un elemento para que tuviera cabida el arbitraje obligatorio: no se trataría de un litigio *entre socios*.

58. *Tiempo en que rige.*— Este caso de arbitraje forzoso abarca todos los litigios que se susciten "ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución" (C. de C., art. 415). Se extiende por consiguiente a todas las cuestiones que se promuevan en el curso de la liquidación y con motivo de ella. Pero finiquitada ésta, toda nueva controversia que se produzca entre los socios queda aún al margen del arbitraje obligatorio.

59. *Calidad del árbitro.— Art. 83, Letra n) del D. F. L. 251.* — En relación con la materia que estudiamos hay que tener presente lo dispuesto por la letra n) del art. 83 del D. F. L. 251, de 20 de Mayo de 1931, sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Conforme a este precepto, entre las obligaciones y atribuciones de la Superintendencia de esos servicios está la de "*resolver en el carácter de árbitro arbitrador*, sin ulterior recurso, las dificultades que se susciten entre los accionistas y entre éstos o terceros con la sociedad cuando las partes de común acuerdo lo soliciten".

Según esto, tratándose de Sociedades Anónimas, los interesados pueden designar compromisario para la solución de los conflictos expresados a la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio. Esta disposición no altera el carácter de materias de arbitraje forzoso que tienen algunas de esas dificultades, según hemos estado tratando; sólo faculta a las partes para que nombren árbitro de ellas a la Superintendencia expresada. Y cuando así hacen, la Superintendencia falla en calidad de *arbitrador y sin ulterior recurso;* sólo en estas condiciones pueden los interesados someterse a ella.

Esto suscita una duda. El art. 352 del C. de C. habla también de *arbitradores*. ¿Significa ello que los asuntos de arbitraje forsoso comprendidos en el N.o 4 del art. 176 en análisis, deben ser sometidos precisamente a *arbitradores* y no puedan serlo a árbitros de derecho o mixtos?.

Razones habría para sostenerlo: a) la letra del mencionado art. 352

del C. de C.; b) el ya citado art. 83 letra n) del D. F. L. 251; y c) el fundamento de este caso de arbitraje obligatorio que obedece a la conveniencia de solucionar rápida y buenamente las dificultades entre socios, si es posible en equidad.

Creemos, sin embargo, que no es así. Ni el art. 415 del C. de C., que es el que establece el compromiso obligatorio en defecto de estipulación de la escritura social, ni el N.o 4 del art. 176 de la L. O. T. que ratifica lo dispuesto en aquél, precisan que sea arbitrador el compromisario de estos asuntos, y donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo. Imponer la decisión de arbitradores es, por otra parte, cosa del todo anormal, pues importa privar a las partes de la facultad de ser juzgadas "conforme a derecho" y obligarlas en cierto modo a renunciar implícitamente a lo que las leyes puedan darles. Por esto se refiere sólo a arbitradores el art. 352 del C. de C. que concede derecho a las partes para aceptarlos o no; los arts. 415 del C. de C. y 176 de la L .O. T., en cambio, que imponen obligatoriamente el compromiso, no especifican que sea ante arbitradores y disponen en general.

60. *Excepción a los casos tercero y cuarto.*—El inciso final del art. 176 de la L. O. T. dispone que los interesados pueden resolver por sí mismos los negocios que ese artículo declara de arbitraje obligatorio, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto.

Este precepto establece, en realidad, que en dichos asuntos procede el arbitraje forzoso sólo para el caso en que las partes no los hayan decidido por sí mismas. Ya vimos esta regla tratando los dos primeros números del art. 176, vale decir, de la división de las comunidades. Para esos casos, sin embargo, la regla es más amplia, ya que en virtud de la modificación introducida por el art. 802 del C. P. C. se permite a los interesados practicar personalmente la partición no sólo cuando tienen la libre disposición de los bienes y concurren al acto, sino aún cuando no teniéndola, no hay cuestiones que resolver y todos están de acuerdo sobre la manera de hacer la división.

En cambio, tratándose de los números tres y cuatro, rige la regla del inciso final del art. 176, sin modificaciones, de la manera restringida que en él se establece.

61. *Quinto caso.— Cuestiones que se susciten entre los accionistas de una asociación de canalistas, sobre derechos o repartición de aguas, y las que surjan entre los accionistas y la asociación.*— (Ley 2139, art. 17). — Las asociaciones de canalistas son personas jurídicas formadas por dueños de canales con el objeto de tomar el agua de la corriente matriz, repartirla entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos. Están regidas por la ley N.o 2,139, de 20 de Noviembre de 1908, y en lo no previsto en ella, por las disposiciones del C. C. referentes a las personas jurídicas.

Con el objeto de que tales asociaciones puedan cumplir de la manera más eficaz los fines que persiguen, la ley ha dado a sus directorios amplias facultades administrativas "y una jurisdicción de efectos inmediatos". Al res-

pecto, el art. 17 prescribe, en su inciso 1.o, a la letra: "El directorio de cada asociación resolverá, con el carácter de árbitro arbitrador, todas las cuestiones que se susciten entre los accionistas, sobre derechos o repartición de aguas, y las que surjan entre los accionistas y la asociación. No habrá lugar a implicancias ni recusaciones, ni a recursos de apelación o de casación".

Se consagra en este precepto un nuevo caso de arbitraje obligatorio, que debe sumarse a los que señala el art. 176 de la L. O. T. En efecto, concurren en él todos los caracteres de la institución, puesto que la ley impone a las partes una jurisdicción extraordinaria distinta de la que tienen los tribunales permanentes, a la cual otorga expresamente los caracteres de arbitral, excluyendo en absoluto la competencia de la justicia ordinaria en las causas que expresa. Y si la ley dice cuál debe ser el tribunal, deja, sin embargo, el nombramiento de las personas que lo componen a los propios interesados, que lo efectúan al elegir directorio a la respectiva asociación. Como dijimos en otra parte, cuando los canalistas designan su directorio, lo hacen, entre otros objetivos, con intención de nombrar un árbitro que resuelva las dificultades que les ocurran.

Según el precepto citado, son materia de arbitraje forzoso: a) las cuestiones que se susciten entre accionistas sobre derechos y repartición de aguas, y b) las que surjan entre accionistas y la asociación. Las estudiaremos separadamente.

62. *Cuestiones entre canalistas.*— Deben referirse a derechos o a repartición de aguas. Estas últimas no presentan dificultad alguna; en la distribución de las aguas entre los distintos canalistas adheridos a una asociación, trátese de un cauce artificial o de una misma sección de la corriente de un cauce natural, pueden sobrevenir entorpecimientos y diferencias —ya que uno usa más agua que la que le corresponde en desmedro de otros, ya que se alteran las compuertas, ya que debiéndose prorratear el goce de las aguas no hay acuerdo entre los interesados, etc.— Se da origen, entonces, a una gestión idéntica a la que constituye el juicio sobre distribución de aguas reglamentado por el Título II del Libro III del C. P. C. La diferencia está en que de estos juicios conoce el juez de letras cuando se trata de aguas no sometidas al régimen de la Ley de Asociación de Canalistas y el directorio de la asociación respectiva en caso contrario.

Menos clara es la ley cuando somete a arbitraje las cuestiones sobre *derechos de aguas*. Según algunos, no puede esto significar que los directorios de las asociaciones hayan de "reemplazar a los Tribunales Ordinarios de Justicia en lo que se refiere a materias que importan declaración o fijación de los derechos de agua de sus miembros". Se fundan para ello en las siguientes razones: a) que el fin de las asociaciones es captar las aguas de la corriente matriz, repartirlas entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos, pero no fijar los derechos de agua de sus miembros; b) que por el contrario, esos derechos deben haber sido determinados previamente como operación necesaria para constituir la asociación; y c) que según se desprende del mensaje con que el Gobierno envió la ley al Congreso, al otorgar el legislador al directorio una jurisdicción de efectos inmediatos lo hace más bien refiriéndose

a la *administración* de los canales que con la intención de darles competencia para declarar derechos.

A pesar de esta argumentación, lo cierto es que la ley nombra categóricamente las cuestiones sobre *derechos* de aguas, y ante mandato tan imperativo no cabe sostener la negativa. En realidad, no hay ningún inconveniente, en razón de la materia del litigio, para que estas cuestiones sean juzgadas por árbitros; la dificultad está en que se produzcan, pero si es cierto que no serán frecuentes, no lo es menos que pueden haber casos en que ocurran. Tal sucederá, por ejemplo, cuando un canalista alegue tener más derechos de agua que los que se indicaron al tiempo de constituirse la asociación y con ello perjudique a otros; cuando alguno afirme tener derecho a prorrateo en época de escasez y surja oposición, y sobre todo cuando se trate de personas que han sucedido a un canalista en sus derechos y disputan entre sí, o de canalistas nuevos que se han incorporado a la asociación después de instituída.

63. *Cuestiones entre accionistas y la asociación.*—La ley no dice de qué cuestiones se trata, pero debe entenderse que de las mismas indicadas en el número anterior. Pueden ellas suscitarse, principalmente, con motivo de acuerdos de la junta de accionistas o del directorio de la asociación acerca del reparto de las aguas o de su rateo en épocas de escasez, cuando uno o más accionistas se niegan a cumplirlos o los estiman lesivos para sus derechos.

Lo particular de este caso es que, al surgir un conflicto entre los accionistas y la asociación, el directorio de ésta hace a la vez el papel de juez y de parte. En efecto, el directorio es el representante legal de la asociación y litiga en su nombre: cuando la controversia es con uno de sus propios miembros, no se altera esta regla, pues habría para ello que constituir un representante especial a la asociación; resulta en consecuencia que debe hacer las veces de tribunal en causa propia. La situación es absolutamente anormal y chocante. Por otra parte, ofrece dificultades prácticas para constituir el juicio de compromiso. En un caso que conocemos, el directorio trataba de demandar a uno de los canalistas; para el efecto, designó un mandatario, el cual se presentó en seguida ante el mismo directorio entablando la demanda. Se encontró con esto un expediente práctico para constituir el arbitraje, pero no puede decirse que el sistema mismo sea un ideal de justicia. La ley 2.139 debe ser reformada en este punto.

64. *Caracteres especiales.*— Este caso de arbitraje forzoso presenta las siguientes características especiales:

a) El directorio de la asociación de canalistas obra en calidad de árbitro arbitrador o amigable componedor. Para actuar válidamente como tal, la ley no dispone ningún quorum de excepción; debe en consecuencia entenderse que basta con el quorum que necesita según sus estatutos para funcionar normalmente.

b) No hay lugar a implicancias ni recusaciones, ni a recursos de apelación o casación.

c) La ley franquea a las partes, para el caso de que se sientan perjudicadas por el fallo del árbitro, un medio especialísimo de impugnarlo: el derecho de *"ocurrir en vía ordinaria ante los Tribunales de Justicia"*, vale de-

cir, de entablar demanda judicial con arreglo a las normas del juicio ordinario y a manera de reclamación contra el directorio. La propia ley dice que se trata de un "recurso" por el cual se pide que la resolución del árbitro "se modifique con arreglo a la ley y a los contratos". Sin embargo, no señala un plazo para interponer este recurso. En atención al carácter procesal de estos actos y a falta de disposición legal expresa, parece posible resolver que debe aplicarse a este "recurso de reclamación" el plazo normal para interponer recursos que establece el C. P. C. en su Libro Primero al tratar de los de apelación y reposición, vale decir, cinco días fatales contados desde la notificación de la parte que lo entabla (C. P. C. arts. 204 y 212). Creemos, con todo, que semejante argumentación no se ajusta a las sanas normas de hermenéutica legal y no corresponde al propósito del legislador. Lo preceptuado en los arts. 204 y 212 del C. P. C., sólo es aplicable a los recursos de apelación y reposición y el que ahora estudiamos no tiene carácter de tales. Sólo la ley puede restringir el ejercicio de un derecho mediante la fijación de un plazo; el intérprete no puede limitar por sí una facultad que la ley otorga sin trabas. La ley N.o 2.139 no señala plazo para interponer el recurso que concede en su art. 17, con lo cual admite que se entable en todo tiempo; no hay en ello ningún inconveniente, ya que el fallo del árbitro puede ejecutarse desde luego y según disposición legal expresa el recurso en estudio no obsta a que las resoluciones del directorio se cumplan y surtan efecto, durante el juicio, salvo que sean suspendidas por auto ejecutoriado del juez de la causa. Dicha sentencia produce pues la acción de cosa juzgada para obtener el cumplimiento de lo resuelto; pero deja a salvo el derecho de "los que se sintieren perjudicados" con ella para pedir a los Tribunales de Justicia, por la vía ordinaria, que la modifiquen con arreglo a la ley o a los contratos. Esta facultad afecta sólo a la excepción de cosa juzgada y no tiene más límite que las prescripciones que puedan producirse relativamente a los derechos y obligaciones que la sentencia del directorio declare.

65. *La numeración anterior es taxativa.— Situación de los antiguos juicios prácticos.*— Fuera de los casos indicados no hay otros de arbitraje obligatorio en derecho chileno. Al disponerlo así la L. O. T. en su art. 177, abolió tácitamente los antiguos juicios prácticos a que en otro lugar nos referimos y que no eran otra cosa que verdaderos casos de arbitraje forzoso (201). Desde su dictación, los diversos preceptos del C. C. y del C. de C. que ordenan someter a la decisión de peritos ciertos asuntos, quedaron derogados en cuanto daban a dichos expertos la facultad jurisdiccional de resolver por sí mismos los litigios y hacían de ellos auténticos árbitros impropiamente llamados peritos. En este sentido, esos preceptos son manifiestamente opuestos al sistema establecido por la L. O. T. en materia de arbitraje obligatorio y como tal caen en el marco de su artículo final derogatorio de todas las disposiciones existentes sobre los temas que en ella se tratan. Desde ese momento esos artículos quedaron reducidos a su comprensión actual, que el C. P. C. declaró después expresamente: en los casos a que ellos se refieren, el tribunal ordinario competente debe agregar el reconocimiento y dictamen pericial al procedimiento

(201) Ballesteros, ob. cit., tomo I, N.o 35, tomo II, N.o 1655.

que corresponda (art. 412), pero es libre para acatar o no en su fallo las opiniones contenidas en el informe respectivo (202). La jurisprudencia lo reconoció así (203).

66. *Valor del arbitraje constituído en violación del art. 177.*— Puede ocurrir que se constituya un arbitraje en calidad de forzoso no siéndolo. Dos situaciones son posibles: a) producida una controversia, creyendo las partes que es de las que deben resolverse por árbitros, la comprometen por sí mismas sin intervención judicial; y b) producida la contienda, una de las partes solicita a la justicia ordinaria que cite a la otra a comparendo para nombrar árbitro que la resuelva, y el tribunal, estimando erróneamente que el litigio es de arbitraje obligatorio, accede a la petición. ¿Qué valor tiene el arbitraje constituído en estas circunstancias y la sentencia que en tal caso dicte el árbitro?

En el primer evento, creemos que el arbitraje es plenamente válido y que en consecuencia lo son las resoluciones que en él se pronuncien. En efecto, se ha otorgado un compromiso en virtud del cual las partes se sustrajeron a las jurisdicciones ordinarias y quedaron sometidas a la jurisdicción arbitral. El error de derecho en que incurrieron al considerar materia de arbitraje forzoso la que no lo era, no vicia el consentimiento (C. C. art. 1452) y el contrato produce todos sus efectos.

Otro tanto cabe decir del caso en que citada una parte ante la justicia para nombrar árbitro que resuelva el litigio, concurre al comparendo y no formula oposición. Se produce entonces un compromiso libremente consentido y válido.

No ocurre lo mismo cuando, deducida oposición al nombramiento de árbitro, el juez resuelve que debe designársele, declarando de compromiso forzoso un asunto que no lo es. Tal resolución es violatoria del art. 177 de la L. O. T., ya que obliga a una persona a someter a juicio de árbitros una contienda fuera de los casos en que ello procede legalmente, atribuyendo competencia privativa y excluyente a un tribunal que no puede tenerla por ser su jurisdicción excepcional y de un orden diverso al ordinario a que ese litigio está sometido. La parte agraviada puede, en consecuencia, reclamar contra ella por medio de los recursos pertinentes; pero una vez ejecutoriada la sentencia que declara la procedencia del arbitraje, no puede impugnársela por ninguna vía, puesto que pasa a tener autoridad de cosa juzgada; a las partes no queda más remedio que acatarla y someterse al juicio arbitral.

§ VI.—ARBITRAJE PROHIBIDO

67. *Concepto y fundamento.*— Así como la ley quiere que ciertos asuntos sean de la competencia de árbitros y los somete a compromiso obligatorio, quiere que otros no puedan jamás ser objeto de arbitraje y prohibe que se entreguen a la resolución de árbitros.

Dos principios fundamentan esta restricción:

Primero: Teniendo el arbitraje por base una convención y sólo pudien-

(202) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1655.
(203) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1648 (XVI y XIX) y N.o 1657 (III).

do recaer ésta sobre objetos que estén en el comercio humano, no puede admitirse arbitraje sobre cosas incomerciables.

Segundo: En gran número de litigios está comprometido, más o menos directamente, el interés social: se hace necesario en consecuencia sujetarlos a solemnidades especiales que sean una garantía de que no se resolverá ni hará nada lesivo para las superiores conveniencias de la sociedad o los legítimos derechos de terceros. La investidura privada de los jueces árbitros los obliga a respetar sólo los términos del compromiso, vale decir, la voluntad de los interesados, colocándolos al margen de todo control que vele por aquellos intereses; la facultad que tienen las partes de concederles poderes de arbitradores, les permite fallar con absoluta prescindencia de los mandatos imperativos de la ley. Esto bien puede ocurrir, sin daño alguno, en los asuntos en que entran en juego únicamente los intereses privados de los litigantes, pero no cuando pueden verse afectados el orden público, las buenas costumbres o los derechos de terceros extraños al juicio.

Por estas razones está negado a las partes el derecho de someter a compromiso los litigios que no sean de su interés puramente particular. Tal prohibición es consecuencia lógica de la naturaleza misma del juicio arbitral.

68. *Casos.*— La ley no establece, de una manera general, esta prohibición. Prefiere, por el contrario, enumerar expresamente los casos en que la impone. Así, el art. 178 de la L. O. T. se refiere a las cuestiones sobre alimentos y a las sobre separación de bienes entre marido y mujer, y el art. 179 de la misma, a las que se susciten entre un representante legal y su representado y a todas las causas en que debe ser oído el Ministerio Público. Aparte de éstos hay, sin embargo, otros asuntos no susceptibles de ser comprometidos, como los juicios criminales y los del trabajo; aunque la L. O. T. no trata explícitamente de ellos, se deduce la negativa de diversos textos.

69. *Primer caso. Cuestiones que versen sobre alimentos.*— Aunque la ley no especifica, creemos que su prohibición se refiere sólo a los *juicios sobre alimentos forzosos futuros.*

En efecto, la prestación alimenticia, *cuando es impuesta por la ley,* más que en interés exclusivo de la persona a quien los alimentos deben ser proporcionados, está establecida en interés de la familia y por lo mismo de la sociedad toda; es de *orden público,* y tanto el derecho como la obligación que de ella emanan son esencialmente *personalísimos* en su ejercicio (204). Por eso el derecho a pedir alimentos que la ley concede es imprescriptible (205) y no puede renunciarse ni transmitirse ni transferirse o cederse de manera alguna (C. C. art. 334), ni ser embargado por decreto judicial (C. C. art. 1618 N.o 1 y C. P. C. art. 467 N.o 3), y el que debe alimentos no puede oponer al demandante en compensación lo que el demandante le deba a él (C. C. art. 335). Por esto es también que la ley restringe las transacciones (C. C. art. 2451 y prohibe los com-

(204) Luis Claro Solar. "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", Santiago, 1925, tomo III, N.o 1777.

(205) Claro Solar, ob. cit., tomo III, N.o 1778; Somarriva, Manuel, Apuntes de Primer año de Derecho Civil, pág. 515.

promisos (L. O. T. art. 178) sobre alimentos, que pueden importar renuncia o enajenación de ese derecho. Pero estos caracteres son únicamente de los alimentos que por ley se deben para el futuro y no se aplican a los ya devengados y a los voluntarios, como expresamente lo disponen los arts. 336 y 337 del C. C.

Según el primero de ellos, las pensiones alimenticias atrasadas pueden renunciarse o compensarse; y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse o cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor. Y es que estas pensiones, que siendo obligatorias para una persona se han devengado durante cierto lapso sin ser pagadas, constituyen un crédito común, de naturaleza ordinaria, distinto del derecho natural que la ley reconoce a todo individuo, cuando está en la indigencia, de poder demandar a otras personas con quienes lo ligan estrechos vínculos, lo necesario para subsistir. Si en el hecho el alimentario ha vivido con otros recursos, no es posible privarlo de las pensiones devengadas que pueden serle necesarias, pero no hay motivos para prohibirle que renuncie a ellas o las enajene, ya que se ha conseguido el propósito de la ley de que no le faltaran medios para su subsistencia (206).

Y según el art. 337, los preceptos a que nos hemos referido, que consagran el carácter público y personalísimo "de los alimentos que se deben por ley a ciertas personas" (C. C. Libro I, Título XVIII) "no rigen respecto de las asignaciones alimenticias hechas voluntariamente en testamento o por donación entre vivos, acerca de las cuales debe estarse a la voluntad del testador o donante, en cuanto haya podido disponer libremente de lo suyo". Y estos alimentos que una persona da en vida o deja en su testamento a quien no está obligado por ley a prestarlos, sólo pueden depender de su exclusiva voluntad (207) y no otorgan al alimentario sino un crédito patrimonial como cualquier otro.

Corrobora plenamente lo dicho la disposición del art. 2451 del C. C., conforme a la cual la transacción sobre *alimentos futuros de las personas a quienes se deben por ley*, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los arts. 334 y 335", vale decir, el carácter público y personalísimo de esos alimentos: los *alimentos futuros que se deben por ley*.

Este mismo criterio debe aplicarse al compromiso. Al preceptuar el art. 178 de la L. O. T. que "no podrán ser sometidas a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos", *prohibe el arbitraje de los juicios sobre alimentos futuros que se deban por ley*. En estos juicios está comprometido el interés social; son de la competencia privativa de la Justicia Ordinaria y el legislador moderno ha creído necesario reglamentarlos especialmente y al efecto ha dictado la ley N.o 5.750, de 2 de Diciembre de 1935, sobre "Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias".

Los alimentos forzosos ya devengados y los alimentos voluntarios, en cambio, pueden ser materia de compromisos; nada lo impide, ya que no tienen ningún carácter público y se sujetan a las reglas comunes a las prestaciones patrimoniales.

(206) Claro Solar, ob. cit., tomo III, N.o 1781.
(207) Claro Solar, ob. cit., tomo III, N.o 1802.

Es curioso hacer notar que en el Derecho Romano y en el Derecho francés esta prohibición de celebrar compromisos se refiere precisamente a las donaciones y legados de alimentos, habitación y vestuario, vale decir, a los alimentos voluntarios, y calla respecto a los que se deben por ley (208). Esta circunstancia no puede, sin embargo, dar ocasión para fundar una doctrina contraria a la que hemos sostenido, acerca de la interpretación que debe darse al art. 178 de la L. O. T.

En derecho chileno no hay ninguna razón, ni jurídica ni lógica, para negar a las partes la facultad de comprometer sobre alimentos voluntarios o sobre legales ya devengados, desde que la ley permite renunciarlos, enajenarlos y compensarlos y transigir sobre ellos. Los preceptos legales deben interpretarse de manera que haya entre todos ellos la debida correspondencia y armonía y los pasajes obscuros de una ley pueden interpretarse por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto (C. C. art. 22). En la misma Francia se admite, en general, que la prohibición no se refiere a los alimentos devengados y no pagados y algunos autores opinan que debe hacerse en cambio extensiva a los alimentos legales (209).

Aplicando la prohibición en estudio, un juez compromisario que conocía de una liquidación de sociedad conyugal y partición de bienes, se declaró incompetente para resolver si la madre estaba obligada a alimentar a sus hijos con bienes propios y reservó el punto para la Justicia Ordinaria (210), y la Corte Suprema ha fallado que un partidor carece de jurisdicción para declarar si la obligación de dar alimentos, reconocida anteriormente por la Justicia Ordinaria, se ha extinguido o no (211).

70. *Segundo caso.— Cuestiones que versan sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer.*— Es ésta una consecuencia del principio de inmutabilidad o irrevocabilidad de las capitulaciones y los regímenes patrimoniales, en virtud del cual los cónyuges no pueden, durante el patrimonio, introducir ninguna modificación al régimen matrimonial que adoptaron. Se trata de un principio de orden público, establecido por la ley en el deseo de proteger los intereses de la mujer y de terceros, que por consiguiente no admite restricciones.

Si la separación de bienes no ha sido estipulada por los consortes al tiempo del matrimonio, no puede posteriormente producirse sino por el ministerio de la ley en ciertos casos especiales, o por sentencia dictada por los tribunales, en juicio contradictorio, en mérito de causa legal debidamente probada. El legislador prohibe la separación de bienes puramente convencional durante el matrimonio, y toma medidas para evitar que la judicial sea resultado de la colusión que podría existir entre marido y mujer (art. 157 C. C.). Los tratadistas están de acuerdo en que el juicio de separación de bienes no podría terminar por transacción entre las partes ni por la aceptación de la demanda que hiciera el marido (212).

Si la ley hubiera permitido someter estos juicios a compromiso, habría

(208) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1662, 1664 y 1665.
(209) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., tomo V, N.o 1806; Robert, ob. cit., N.o 27.
(210) Gaceta, 1883, N.o 8395.
(211) Gaceta 1937, t. II, N.o 6, p. 35.
(212) Claro Solar, ob. cit., tomo 2.o, N.os 1018 y 1019.

abierto con ello una compuerta para que se burlaran sus propósitos; por eso lo prohibe.

71. *Tercer caso.— Causas que se susciten entre un representante legal y su representado.*— Según esto, no pueden someterse a arbitraje los litigios entre un hijo de familia y su padre o madre bajo cuya potestad vive (C. C. arts. 43 y 240); entre marido y mujer no divorciados perpetuamente ni separados totalmente de bienes (C. C. arts. 43, 132, 159 y 173) (213); entre guardadores y pupilos (C. C. arts. 43 y 390), y entre una persona jurídica y su gerente, administrador, presidente u otro individuo a quien la ley, las ordenanzas respectivas o sus estatutos le hayan conferido carácter de representante (C. C. arts. 43 y 551, C. P. C. art. 9).

Es ésta una prohibición peculiar del Derecho Chileno; no la hemos encontrado en otras legislaciones. La historia del establecimiento de la L. O. T. no proporciona antecedentes que expliquen los motivos que sus autores tuvieron en vista para implantarla; el proyecto de Vargas Fontecilla no la consideraba (art. 218) y las actas respectivas no dan ninguna luz acerca de su introducción en el texto definitivo.

Sin embargo, es fácil encontrar su fundamento. La ley vela por los incapaces y protege sus derechos, elevando a la categoría de preceptos de orden público los que reglan la capacidad de las personas, la manera de subsanar la deficiencia jurídica de los inhábiles y las relaciones entre éstos y sus representantes. De aquí que desee y disponga que toda controversia que pueda afectar a esas relaciones sea de la competencia exclusiva de los Tribunales del Estado.

Con el mismo propósito, ordena que en estos juicios que se susciten entre representante legal y representado, debe ser oído el Ministerio de los Defensores Públicos (L. O. T. art. 295 N.o 1), institución que tiene a su cargo la custodia de los intereses de los incapaces.

72. *Cuarto Caso.— Causas en que debe ser oído el Ministerio Público.*— Es una lógica prohibición. "En todas aquellas causas en que va comprometido algún interés público — decía el señor Lira en la Cámara explicando este precepto (214)—, establece la ley como necesaria la audiencia o intervención del Ministerio Público; en tales causas no cabe compromiso".

El art. 179 de la L. O. T. se remite, en general, a las disposiciones que ordenan la intervención del Ministerio Público en determinados asuntos. El art. 263 del mismo texto señalaba cuales eran esos asuntos. Posteriormente, la Ley N.o 2,269, de 15 de Enero de 1910, abolió la audiencia al Ministerio Público en segunda instancia respecto de varios de ellos. Y el D. F. L. N.o 426, de 28 de Febrero de 1927, suprimió los oficiales del Ministerio Público en primera instancia — Promotores Fiscales — disponiendo que en las causas en que las leyes determinen su intervención como parte principal, como acusador público o como denunciante, el juzgado procederá de oficio.

(213) Aunque el divorcio perpetuo y la separación total de bienes no excluyen en absoluto la potestad marital, dan a la mujer plena capacidad; el marido no tiene por consiguiente en estos casos la representación de su mujer, ya que sólo los incapaces necesitan representantes.

(214) Sesión de 22 de Agosto de 1884, Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1671.

Estas reformas sufridas por el texto primitivo de la L. O. T. plantean el problema de saber a qué causas debe aplicarse la prohibición establecida por el art. 179.

Creemos que para resolver acertadamente esta cuestión hay que prescindir del D. F. L. 426 que abolió los Promotores Fiscales, porque ese texto no suprimió las funciones de velar por los intereses sociales en determinados asuntos, que a dichos promotores correspondía; sólo eliminó a los funcionarios encargados de desempeñarlas. Pero la función subsiste, y tanto es así, que el mismo D. F. L. la entregó expresamente a los propios jueces. En las causas que al tiempo de dictarse el D. F. L. 426 exigían la intervención del Ministerio Público, hace hoy día las veces de tal en primera instancia y tiene la tarea de velar por los intereses generales de la sociedad, el juez que deba fallar las. Esas causas no pueden, en consecuencia, someterse a árbitros.

No debe, en cambio, aplicarse este mismo criterio a las leyes que hayan suprimido o supriman la intervención del Ministerio Público en determinados negocios o que la hayan dispuesto o dispongan en otros. Tales leyes significan que el legislador cambió de opinión acerca de la manera cómo dichos asuntos afectan los intereses públicos. Debe respetarse lo que sobre el particular resuelva.

Conforme a estos principios, entendemos que debe oírse al Ministerio Público, sea como parte principal o como tercero, en los siguientes casos:

1.o Exclusivamente en primera instancia, representado por el propio juez:

a) en los negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de Derecho Público, siempre que el interés de las mismas conste del proceso o resulte de la naturaleza del negocio (L. O. T. art. 263 N.o 6 y Ley 2,269, art. 3 N.o 1);

b) en los juicios de hacienda (C. P. C. art. 924 y Ley 2,269, art. 3 N.o 2);

c) en los asuntos de jurisdicción voluntaria en que una ley prescriba la intervención del Ministerio Público (L. O. T. art. 263 N.o 7 y Ley 2,269, art. 3 N.o 3). Ej.: C. P. C. arts. 1059, 1089, 1090, etc; y

d) en los procesos criminales por crimen o simple delito pesquisables de oficio, contra reos ausentes o prófugos (L. O. T. art. 263 N.o 2 y Ley 2,269, art. 3 N.o 4).

2.o Exclusivamente en primera instancia, representada por el funcionario de policía u otra persona que el juez designe: en los procesos criminales por faltas (C. P. P. art. 529 y Ley 2,269, art. 3 N.o 5).

3.o En toda instancia, representado por el propio juez o por el fiscal respectivo según corresponda:

a) en las causas criminales por crimen o simple delito que se sigan ante los tribunales establecidos por la L. O. T., excepto aquellas en que no pueda procederse de oficio (L. O. T. art. 263 N.o 2 y C. P. P. art. 45);

b) en los juicios sobre estado civil de alguna persona (L. O. T. art. 263 N.o 5);

c) en los juicios sobre responsabilidad civil de los jueces o de cuales-

quiera empleados públicos, por sus actos ministeriales (L. O. T. art. 263 N.o 4); y

d) en las contiendas de competencia suscitadas en razón de la materia litigiosa (L. O. T. art. 263 N.o 3) o entre tribunales que ejerzan jurisdicción de diferente clase (C. P. C. art. 114).

4.o En la Corte Suprema, representado por el Fiscal, en los recursos de revisión, sean civiles o criminales (C. P. C. art. 984 y C. P. P. art. 707); y

5.o En general, en todo negocio respecto del cual las leyes prescriban expresamente la audiencia o intervención del Ministerio Público. En estos casos actuará en toda instancia, o sólo en primera, representado por quien corresponda, según resuelvan las mismas leyes. Si nada dicen, debe entenderse que en toda instancia.

Ninguno de estos asuntos puede someterse a compromiso.

Algunos de ellos no son susceptibles de arbitraje por su propia naturaleza, independientemente de la intervención que en ellos corresponde al Ministerio Público, y lo mismo debería resolverse si esa intervención no estuviera dispuesta por la ley. Tal ocurre con los asuntos de jurisdicción voluntaria, los recursos de revisión, las contiendas de competencia y los juicios criminales. De ellos nos ocuparemos más adelante.

Otros, en cambio, no admiten arbitraje precisamente por la circunstancia de que, estando comprometidos en ellos los intereses sociales, la ley ha dispuesto que se resuelvan con audiencia o intervención del Ministerio Público.

Merecen entre éstos particular análisis las causas sobre estado civil, las de hacienda, las que afectan bienes de corporaciones o fundaciones de derecho público y las sobre responsabilidad civil de los jueces y funcionarios públicos. De ellas nos ocuparemos a continuación.

73. a) *Causas sobre estado civil de las personas.*— Según nuestra ley, el estado civil es la calidad de un individuo en cuanto lo habilita para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones (C. C. art. 304). Precisando este concepto, puede decirse que es la situación permanente que ocupa una persona dentro de la sociedad, que depende principalmente de su relaciones de familia y que lo habilita para adquirir ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones (215).

El estado civil es de orden público y está fuera del comercio humano; estas características justifican que se prohiba el arbitraje respecto de él.

Por otra parte, las sentencias que sobre estado civil se dicten, cuando cumplen los requisitos del art. 316 del C. C., constituyen una excepción al principio de la relatividad de la cosa juzgada y la producen absoluta, respecto de todos; no podría causar este efecto el compromiso, que es en sí y en sus consecuencias inoponible a terceros.

No hay acuerdo para apreciar los límites de esta prohibición. Es indudable que si se traba una litis sobre el estado civil de una persona, no pueden

(215) Manuel Somarriva, apuntes citados, pág. 388.

las partes entregar su decisión a árbitros. ¿Procede resolver lo mismo cuando la cuestión de estado no es sino un accesorio o una cuestión prejudicial en un proceso pecuniario?

Algunas legislaciones, como la italiana (C. P. C. art. 19) y la uruguaya (C. P. C. art. 550), prevén expresamente el caso, disponiendo que si en el curso del arbitraje surge una cuestión de compromiso prohibido, debe el árbitro suspender el procedimiento hasta que el incidente sea fallado por el tribunal que corresponda.

En el silencio de la ley francesa, los autores y la jurisprudencia se manifiestan vacilantes. Algunos (216) distinguen entre las cuestiones de estado propiamente tales y los asuntos puramente pecuniarios que nacen de una cuestión de estado o cuya resolución depende de lo que sobre ella se determine, admitiendo que los árbitros se ocupen de estas últimas pero que la solución que den no produce efecto sino desde el punto de vista de los intereses pecuniarios. La mayoría, sin embargo, rechaza categóricamente todo distingo, estimando que se trata de materias indivisibles y que resulta absurdo decidir una cuestión de estado para ciertos efectos dejándola subsistente para los demás (217). Por esto Garsonnet et Cézar-Bru estiman que si la causa sobre estado civil es principal los árbitros no pueden, en absoluto, conocer del litigio, pero si sólo es incidental o prejudicial, deben enviar la cuestión de estado al tribunal competente, conservando facultad para conocer del resto del asunto, que en caso necesario pueden suspender hasta que sea fallada aquella incidencia (218).

La ley chilena, como la francesa, calla al respecto. No conocemos fallos que aborden en sí mismo el problema; cuando se ha presentado lo ha sido en el curso de una partición, como controversia sobre quienes tienen derecho a una herencia intestada; los tribunales, si bien han argumentado que la cuestión sobre estado civil no puede ser resuelta por árbitros, conforme el art. 179 de la L. O. T., se han apoyado principalmente, para remitir el asunto a la Justicia Ordinaria, en el art. 1330 del C. C. que ordena la decisión previa por ésta de las contiendas sobre derechos a la sucesión (219). Es innegable que estos fallos están bien fundados; pero conviene hacer presente que, como observa Ballesteros (220), aun sin recurrir al art. 1330 del C. C. y ateniéndose sólo a lo dispuesto en el art. 179 de la L. O. T. podría haberse fallado lo mismo. En efecto, la regla del inciso final de este precepto según la cual la disposición del inciso primero "se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 176" —que establece arbitraje forzosos—, no significa que la cuestión de estado que se promueva en el curso de un juicio de arbitraje obligatorio deba ser sometida a compromiso, sino únicamente que cuando un mismo asunto queda comprendido a la vez en los arts. 176 y 179 que lo hacen respectiva-

(216) Mongalvy, ob. cit., N.o 298; Carré, citado por Garsonnet et Cézar Bru, ob. cit., tomo VIII, N.o 232, en nota.

(217) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., tomo V, N.o 1806; Garsonnet et Cézar Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 232.

(218) Garsonnet et Cézar Bru, op. loc. cit.

(219) Corte Concepción, Gaceta 1887, N.o 2842; Corte Santiago, Gaceta 1888, N.o 2763 (citadas por Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1675); Corte Santiago, Revista, t. XIV, s. II, p. 27.

(220) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1675.

mente de arbitraje forzoso y de arbitraje prohibido, como ocurre si en una partición tiene interés el Fisco o las Municipalidades, o si el representado promueve juicio de cuentas a su representante legal, prevalece la regla del art. 176 y debe decidirse por árbitros el asunto. Pero no ocurre lo mismo con las cuestiones de estado civil, que sólo caen en el marco del art. 179 y no del 176; si pueden promoverse en el curso de un litigio de arbitraje forzoso, lo será como cuestiones relacionadas con ese litigio, pero independientes de él; constituirá por consiguiente una cuestión previa o prejudicial que debe ser sometida al tribunal competente, ya que el árbitro no puede conocerla en virtud de lo dispuesto en el art. 179.

Sería erróneo argumentar en contrario con el art. 195 de la L. O. T. según el cual "el tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan". Este artículo establece una regla general que admite excepciones, y puede decirse que las hay cuando el incidente, por su propia naturaleza, deba ser juzgado por un tribunal de jurisdicción distinta del que conoce de la causa principal. Así ocurre con las cuestiones criminales que se promueven en juicio civil, y la ley dispone que si el fallo de aquéllas hubiere de tener influencia notoria o ser el fundamento preciso de la sentencia civil, pueden los tribunales suspender el pronunciamiento de ésta hasta que termine el proceso criminal (C. P. C. art. 174). Igualmente, tratándose de ciertas cuestiones civiles que se susciten en juicio criminal, el legislador ha resuelto que conozca de ellas el tribunal civil correspondiente (C. P. P. arts. 20 y 21) y la causa criminal no se adelante sino para practicar las diligencias del sumario necesarias para la comprobación de los hechos y se paralice en seguida hasta que sea fallada la cuestión civil (art. 23). Al prohibir el art. 179 de la L. O. T., de manera absoluta, que los árbitros conozcan controversias sobre estado civil porque en ellas debe actuar el Ministerio Público, establece implícitamente una excepción más al art. 195, la cual debe regirse por las mismas normas que las antedichas.

Mattirolo, tratando de las reglas que determinan la competencia de los tribunales para conocer de los incidentes, opina que en los casos no resueltos expresamente por la ley, el juez que conoce de la causa principal no puede conocer la cuestión de estado promovida en ella y que pertenece a otra jurisdicción, cuando ésta se suscita entre legítimos contradictores; pero que a falta de esta última circunstancia, puede pronunciarse sobre ella para el solo efecto de resolver el asunto principal (221). Esta opinión, que se conforma con el carácter prejudicial que, desde el derecho romano, poseen las incidencias sobre estado civil cuando tienen lugar entre legítimos contradictores (222) y que parece en armonía con lo dispuesto por los arts. 315, 316 y 317 de nuestro Código Civil en cuanto al afecto absoluto de cosa juzgada que producen las sentencias sobre estado, no sirve sin embargo en derecho chileno para determinar la competencia de los árbitros, pues el art. 179 de la L. O. T. al prohibir que éstos conozcan de dichas causas, no distingue si se promueven por vía principal o incidental o entre personas que sean legítimos contradic-

(221) Mattirolo, ob. cit., tomo I, números 921 y 922.
(222) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 23 y 923.

tores o no tengan semejante calidad. En ningún caso pueden ser juzgados por jueces compromisarios (223).

Pero en cambio, tiene perfecta cabida en nuestra ley la afirmación del mismo autor según la cual, si en el curso de un litigio se hacen alegaciones sobre el estado civil de una persona, pero sin formular legalmente una cuestión para que el tribunal se pronuncie sobre ella, dichas alegaciones no alteran la competencia del juez que debe fallar la causa principal, quien al hacerlo las examinará, no para estatuir sobre ellas, sino para poder resolver el asunto de su conocimiento, "de modo que el valor de cosa juzgada propio de su sentencia no se extenderá más que a la cuestión principal resuelta" (224). Igual criterio han sostenido los tribunales franceses (225), y ello es lógico, porque en tales casos la cuestión sobre estado civil planteada en el juicio no tiene verdadera calidad de incidente, puesto que no requiere un pronunciamiento especial del juez de la causa (C. P. C. art. 85).

74. b) *Causas de hacienda.*— La ley las define como los juicios en que tiene interés el Fisco y cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios (C. P. C. art. 922). Al hacer así, excluye desde luego la posibilidad de que se las someta a árbitros, ya que éstos no son tribunales ordinarios. Además, en primera instancia debe oírse en ellas al Ministerio Público (C. P. C. art. 924 y Ley 2,269, art. 3 N.o 2) y la sentencia definitiva que recaiga en esa instancia está sujeta, en el caso de no ser apelada, al trámite de la consulta, según el cual debe elevarse de todas maneras el juicio a la Corte de Apelaciones respectiva a fin de que ésta se cerciore de que dicha sentencia no perjudica los derechos fiscales (C. P. C. art. 925). Estas características obran también para que no se admita el arbitraje de los juicios de hacienda.

75. c) *Asuntos que afecten los bienes de Corporaciones o Fundaciones de Derecho Público,* siempre que el interés de las mismas conste del proceso o resulte de la naturaleza del negocio (L. O. T. art. 179 y 263 N.o 6 y Ley 2,269 art. 3 N.o 1). Aplicando estas disposiciones, la Corte de Iquique ha fallado que las Municipalidades no pueden someter a arbitraje los juicios o asuntos en que tengan interés (226).

76. d) *Causas sobre responsabilidad civil de los jueces o empleados públicos por actos ministeriales.*— (L. O. T. art. 179 y 263 N.o 4). En ellas debe oírse al Ministerio Público y en consecuencia no pueden comprometerse. Conviene tener presente, además, que tratándose de Jueces letrados de mayor o menor cuantía, de Ministros de una Corte de Apelaciones o Ministros de la Corte Suprema, gozan estas causas de fuero especial en virtud del cual conoce de ellas, respectivamente, un Ministro de Corte de Apelaciones en primera instancia y una sala de la Corte en segunda (L. O. T. art. 67 N.o 3, C. P. C. art. 4 y D. L. 363, art. 10); el Presidente de la Corte Suprema en primera instancia (L. O. T. art. 117 y Ley 3,390, art. 10 N.o 8) y una sala de la misma en segunda (Ley 3,390, art. 6, N.o 3, y D. L. 27, art. 2),

(223) En este mismo sentido, Borjas, ob. cit., t. V, N.o 486.
(224) Mattirolo, ob. cit., tomo I, N.o 921.
(225) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1678.
(226) Gaceta 1923, t. I, N.o 60, p. 421.

y el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago en primera instancia y la Corte en pleno en segunda (L. O. T. art. 116).

77. *Excepción a los dos casos anteriores.*— (L. O. T. art. 179 inc. 2). Los casos tercero y cuarto de arbitraje prohibido (N.os 78 a 82) prescritos por el inciso primero del art. 179 — causas entre representante legal y representado y causas en que debe ser oído el Ministerio Público — dejan de serlo en el evento que contempla el inciso segundo del mismo artículo. Conforme a éste, todo lo dispuesto en el inciso primero se entiende sin perjuicio de lo prescrito en el art. 176, que establece los casos de arbitraje forzoso. En consecuencia, dichas causas entre representante legal y representado o en que debe oírse al Ministerio Público, pueden y deben someterse a compromiso cuando ellas son de arbitraje obligatorio según el art. 176.

Como ya lo adelantamos, esta disposición sólo se aplica cuando un mismo juicio cae en el marco de los arts. 176 y 179 a la vez, que lo hacen, respectivamente, de compromiso necesario y de compromiso prohibido. Así ocurre, por ejemplo, cuando en una partición tiene interés el Fisco o una Corporación de Derecho Público, y en virtud de la reciente ley N.o 6,985, cuando se promueve juicio de cuentas entre un representado y su representante legal. En estos casos, prevalece el art. 176 y el asunto debe ser juzgado por árbitros.

Pero si en el curso de un arbitraje forzoso o voluntario se promueve un incidente sobre cuestión de compromiso prohibido, deben aplicarse los principios que establecimos en el número 73 para las incidencias sobre estado civil: el árbitro no puede avocarse a ellas sino que debe remitirlas para su resolución al tribunal competente; pero conserva jurisdicción para seguir conociendo de la causa principal y si la decisión previa del incidente es necesaria para fallar el juicio, procede suspender el pronunciamiento de su sentencia hasta que aquél sea concluído.

78. *Quinto caso.— Asuntos de jurisdicción voluntaria.*— Los actos de jurisdicción voluntaria, cualesquiera que sea el criterio que se acepte para definirlos y diferenciarlos de los contenciosos, no son otra cosa que solemnidades establecidas por la ley para el valor de ciertos hechos o actos jurídicos, ya sea en atención a su naturaleza e importancia o por la calidad de las personas que en ellos intervienen. Sin temor a errar puede decirse que todos ellos tienen por objeto autorizar o autentificar, mediante la presencia de un órgano público, determinadas relaciones o estados jurídicos (227). Ellos responden a la necesidad que encuentra el Estado de intervenir en la vida jurídica para procurar su mejor ordenamiento y su recto y eficaz desarrollo, velando por los intereses colectivos y por la garantía de todos los legítimos derechos.

La función de jurisdicción no contenciosa tiene, pues, cierto carácter administrativo (228) y es innegablemente de orden público. En esta virtud, sólo puede ser ejercida por los funcionarios a quienes la ley expresamente la confiere y fuera de éstos, ninguna magistratura o persona pueden atribuírsela ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias (Const. Polít., art. 4).

(227) Chiovenda, ob. cit., t. 1, p. 364.
(228) Chiovenda, ob. cit., t. 1, p. 365.

Por esto, aunque reconozcamos a los árbitros la calidad de funcionarios públicos y de verdaderos jueces, no podemos admitir que intervengan en asuntos de jurisdicción voluntaria, porque la ley no los llama en ningún caso a actuar en ellos. El fundamento de la tarea que la ley encomienda a los jueces en los actos judiciales no contenciosos, no permite que los interesados la entreguen a otra persona. Por otra parte, hemos calificado al arbitraje de "juicio" y la ley define expresamente a los árbitros como jueces encargados de la resolución de un "asunto litigioso". La jurisdicción arbitral, como observa Carré, es siempre contenciosa, ya que no se ejerce nunca sino con el fin de fallar un litigio (229).

79. *Sexto Caso.— Recursos de revisión y de inaplicabilidad.*— Conforme a los arts. 984 del C. P. C. y 707 del C. P. P., en los recursos de revisión tanto civiles como criminales, debe la Corte Suprema oír el dictamen del Ministerio Público representado por el Fiscal. Esta sola circunstancia excluye la posibilidad de someter a arbitraje tales recursos; pero aunque dicho trámite no fuera de rigor lo mismo debería resolverse. En efecto, por su naturaleza francamente excepcional y por la gravedad que entraña, ya que si bien tiende a reforzar el concepto de la cosa juzgada, en el hecho sin embargo permite desconocer los efectos de una sentencia ejecutoriada y firme, el recurso de revisión ha sido entregado por la ley al conocimiento exclusivo de la Corte Suprema y no podrían las partes encomendárselo a otra autoridad. El acuerdo en que esto hicieren carecería de toda fuerza obligatoria.

Otro tanto cabe decir del recurso de inaplicabilidad de los preceptos legales contrarios a la Constitución, establecido por el art. 86 de la Carta Fundamental de la República. La Corte Suprema, por auto acordado de 22 de Mayo de 1932, reglamentando la sustanciación de este recurso, dispuso que debía resolverlos con audiencia del Fiscal; pero cualquiera que sea el valor de ley que deba atribuirse a ese acuerdo, hay razones más poderosas que lo prevenido en él para rechazar el compromiso sobre la aplicabilidad o inaplicabilidad de las leyes. El motivo determinante es, en realidad, el propio precepto constitucional, que encomienda tan trascendental recurso, exclusivamente, a la Corte Suprema.

Parece, en cambio, que pueden encomendarse a árbitros los recursos de apelación y aun los de casación, no sólo cuando se interponen contra resoluciones arbitrales, evento en el cual la ley lo permite expresamente (L. O. T. art. 187), sino también contra los propios Tribunales Ordinarios.

En el caso de la apelación, ello es indiscutible. Los litigios que no son de arbitraje prohibido pueden someterse a árbitros en cualquier momento, aun cuando se haya iniciado sobre ellos discusión ante tribunales comunes. Nada se opone a que las partes, que en un principio se acogieron a las jurisdicciones ordinarias, acuerden con posterioridad sustraerse a ellas, y si así lo hacen, bien pueden disponer que el árbitro empiece de nuevo a substanciar el juicio o que continúe conociéndolo en el estado en que se halla. Y si ya se ha dictado sentencia de primera instancia por el Juez competente, pueden comprometer el litigio entero, haciendo abstracción de dicho fallo, o solamen-

(229) Citado por Miranda, ob. cit, N.o 31.

te la apelación procedente contra él, debiendo el árbitro tomar en cuenta lo establecido y fallado en primera instancia. Nada valen en contrario los preceptos legales que ordenan que radicado un asunto ante tribunal competente no se alterará esa competencia por causa sobreviniente (L. O. T. art. 193) y que fijado el juez de primera instancia queda determinado el tribunal superior que debe conocer el mismo asunto en segunda (L. O. T. art. 194). Estas reglas sólo juegan entre los diversos tribunales que integran las jurisdicciones ordinarias, pero no obstan a la facultad que tienen las partes para sustraer un litigio a esas jurisdicciones y convenir que sea resuelto por árbitros.

En cuanto a los recursos de casación, nos sentimos tentados a sostener otro criterio, especialmente en lo que dice al de fondo. Su carácter extraordinario, su fundamento de orden público, el hecho de que la ley señale expresamente los casos en que procede y designe con precisión el tribunal que debe conocerlos, son antecedentes que mueven a no admitir el arbitraje respecto de ellos. Sin embargo, la propia ley desvanece en parte estas razones al permitir que se sometan a compromiso los recursos de casación contra sentencias arbitrales (L. O. T. art. 187), y no habiendo establecido prohibición ninguna debe admitirse la validez de estos arbitrajes. Las razones que fundamentan la negativa no son en este caso de igual peso que tratándose de los recursos de revisión y de inaplicabilidad.

80. *Séptimo caso.— Contiendas de competencia.*— Cuando éstas se suscitan en razón de la materia o entre tribunales que ejercen jurisdicción de diferente clase, la ley dispone que se oiga en ellas al Ministerio Público (L. O. T. art. 263 N.o 3, y C. P. C. art. 114). En estos casos no puede, pues, sometérselas a compromiso. Creemos que lo mismo puede resolverse aún fuera de dichos eventos, en toda contienda de competencia entre tribunales. La solución de una dificultad sobre competencia importa determinar al límite de las atribuciones de dos funcionarios públicos, y es evidente que, para que se imponga a éstos, debe emanar de una autoridad que tenga alguna jerarquía sobre ellos. El propio legislador lo reconoce así y da reglas para fijar el tribunal que debe conocer de esas contiendas, señalando siempre al superior jerárquico de los contendientes y disponiendo que los jueces árbitros tendrán por superior, para estos efectos, a la respectiva Corte de Apelaciones (C. P. C. art. 111). Esta disposición, por su carácter especial y de orden público, no puede admitir derogación por los particulares.

81. *Octavo caso.— Causas criminales.*— Según hemos visto, algunas causas criminales deben fallarse con audiencia del Ministerio Público; pero no sólo éstas, sino todas, caen entre las materias que por su naturaleza no admiten compromiso. Nos parece evidente que no se podría encargar a árbitros la substanciación de un juicio criminal, aunque recaiga en delito de simple acción privada, como el estupro, el adulterio o las injurias y calumnias por regla general, pues aunque la ley no lo prohiba expresamente en estos casos, todos estos juicios importan para el tribunal la facultad de imponer penas, atribución de carácter público que no puede haber estado en el espíritu del legislador conceder a árbitros y que los particulares, por sí, son in-

capaces de otorgarles. Todos los autores que se ocupan de la materia están de acuerdo al respecto (230).

La mayoría de las legislaciones no estiman necesario consagrar expresamente la prohibición, pero sea porque tratan del arbitraje en el C. P. C. y no en el penal, o porque prohiben comprometer sobre las materias que no pueden transigirse o que dicen relación con la moral o las buenas costumbres, vedan de manera inequívoca todo compromiso en causa criminal.

En derecho chileno ello nos parece evidente. Si en razón de su investidura privada nuestra ley no ha querido conferir a los árbitros la facultad de hacer ejecutar sus propios fallos, esto es, el imperio, la misma causa obra, con mayor fuerza, para que se les niegue el derecho tremendo de castigar a los individuos mediante penas que afectan a la libertad y aun a la vida humana. Por otra parte, al disponer la Constitución Política que nadie puede ser detenido sino por orden de *funcionario público expresamente facultado por la ley* (art. 13) y que nadie puede ser condenado si no es *juzgado legalmente* (art. 11) por el tribunal *que le señale la ley* y que se halle establecido con anterioridad por ésta (art. 12) excluye de raíz la posibilidad de que un juicio criminal se ventile ante árbitros. El art. 2449 del C. C., que veda la transacción de la acción criminal, conduce por su parte a idéntica conclusión.

Nada obsta, en cambio, para que se comprometa sobre las acciones civiles que nacen del delito. Así lo establecía ya la antigua ley de las Partidas (231). El art. 2449 del C. C. recién citado, al autorizar expresamente las transacciones en esta materia, da base seria para sostener igual criterio en cuanto al arbitraje. La acción civil que nace de los delitos no compromete ningún interés público, sino únicamente privado y patrimonial de la víctima.

82. *Noveno caso.— Juicios del trabajo.*— El libro IV del C. del Trabajo (D. F. L. N.o 178, de 28 de Mayo de 1931), considerando "que hay conveniencia manifiesta en extender a todas las leyes sociales los beneficios de una jurisdicción especial y de un procedimiento adecuado a la substanciación de los juicios que provengan de su aplicación", creó los Tribunales del Trabajo y les encomendó, de manera exclusiva, el conocimiento de todos los asuntos contenciosos en que se ventilen derechos y obligaciones regidas por ese Código y demás leyes sociales. Al hacer así, el legislador patrio no sólo ha perseguido una justicia más eficiente y técnica en esa materia que la ordinaria, sino también un mejor cumplimiento de sus disposiciones, encaminadas a proteger a las clases trabajadoras.

Ahora bien; los juicios cuyo conocimiento corresponde a estos Tribunales del Trabajo no pueden ser comprometidos. Así debe resolverse si se tiene presente que el legislador ha querido eliminar toda influencia de los Tribunales Ordinarios o de cualquiera otra autoridad en los juicios del trabajo, y así aparece, de manera indubitable, del tenor del art. 575 del C. del Trabajo, según el cual "los derechos otorgados por las leyes del trabajo son irrenunciables". Al establecer la ley una jurisdicción especial para estas causas, ha conferido a las partes el derecho de ser juzgadas por ella. Y si las partes so-

(230) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1673.

(231) Ballesteros, ob. cit., tomo II, N.o 1673. En el mismo sentido, Mongalvy, ob. cit., N.o 299; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 747.

meten a arbitraje un litigio del trabajo, se sustraen a esa jurisdicción y renuncian por consiguiente ese derecho; incurren en un acto prohibido por la ley que adolece de objeto ilícito y nulidad absoluta (C. C. arts. 1466 y 1682). Así lo han resuelto los Tribunales del Trabajo (232).

83. *¿Pueden comprometerse las cuestiones a que se refieren los arts.* 1330 *y* 1331 *del C. C.?*— Hemos visto, al tratar de los caracteres de la división de las comunidades como caso de arbitraje forzoso (N.o 58), que la ley excluye en éste de la competencia del partidor las controversias sobre derechos en la comunidad o sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo y que en consecuencia no deban entrar en la masa partible, disponiendo que estas cuestiones se decidan por la justicia ordinaria (C. C. arts. 1330 y 1331). Fundándose en ello, la jurisprudencia ha sido invariable para declarar que los árbitros no pueden conocer de dichos asuntos (233) y tampoco puede resolverlos una Corte de Apelaciones conociendo en segunda instancia de la partición, porque su competencia está limitada a las materias discutidas ante el tribunal inferior y siendo éste un árbitro, dichos asuntos han estado al margen de sus atribuciones (234); que si alguna de ellas se hace valer como fundamento de una oposición a que se constituya el arbitraje particional, no procede nombrar compromisario mientras dicha cuestión no sea resuelta en juicio ordinario (235); que si en el curso de la partición se promueve controversia sobre los derechos a participar en ella que obtenga algún interesado, debe el árbitro suspender el juicio (236), y si alguien alega derecho exclusivo sobre un bien que aparece en la masa partible, debe excluirlo en el acto de la partición sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva la justicia ordinaria sobre el dominio de ese bien (237).

También se ha fallado, de manera uniforme, que si en el hecho el partidor juzga alguna de las cuestiones comprendidas en los arts. 1330 y 1331 del C. C. sin oposición de los interesados en la partición, no se altera por esta circunstancia su incompetencia ya que no cabe prórroga de la jurisdicción de los jueces ordinarios a los árbitros porque no la ejercen análoga (238).

Cabe entonces preguntarse: ¿puede un árbitro conocer de estas cuestiones si las partes expresamente las someten a su consideración en compromiso celebrado con las formas legales?, ¿o las controversias a que se refieren dichos arts. 1330 y 1331 del C. C. son también materia de arbitraje prohibido?

Creemos que si las partes, en el curso de la partición o fuera de ella,

(232) En este sentido, ver artículo de Ricardo Ledermann. R. D. y J., Tomo XVIII, Primera Parte, pág. 11.

(233) C. Talca, Gaceta 1908, N.o 191, p. 342; C. Concepción, Revista, t. XVII, s. II, p. 90; C. Suprema, Revista, t. XXXIV, s. I, p. 393.

(234) C. Suprema, Revista, t. I, s. I, p. 308; C. Suprema, Revista, t. XIV, s. I, p. 487; C. Suprema, Revista, t. XVII, s. I, p. 398.

(235) C. Concepción, Revista, t. IV, s. II, p. 1; C. Valdivia, Revista, t. XXIV, s. II, p. 12.

(236) C. Temuco, Revista, t. XXXVIII, s. II, p. 12.

(237) C. Valdivia, Gaceta 1907, N.o 602, p. 1006. La Corte Suprema ha declarado que para que se produzca este efecto y entre en juego el art. 1331 del C. C. es preciso que se promueva cuestión de dominio para que sea resuelta en forma por la autoridad competente y que no basta la petición incidental de que se excluya un bien de la partición. Revista, t. XXII, s. I, p. 521.

(238) Véase nota N.o 188.

someten de manera expresa al fallo de un árbitro, sea el propio partidor u otro, mediante compromiso legalmente otorgado, algunas de las cuestiones comprendidas en dichos artículos, su voluntad debe cumplirse y el fallo del árbitro sobre estas materias tiene pleno valor. En ningún lugar la ley prohibe que se las entregue a decisión arbitral, y los arts. 1330 y 1331 del C. C. y 808 del C. P. C. sólo establecen que tales asuntos no están comprendidos dentro de la competencia natural u ordinaria del partidor, que se refiere a otros objetos; pero no niegan a las partes la facultad de comprometerlos. Los fallos de las controversias acerca de quienes tienen derecho a participar en la división de una comunidad, cuáles son los derechos de cada uno y qué bienes constituyen la masa partible, no son cuestiones que figuren entre las operaciones de la partición; como en otra parte lo dijimos, son antecedentes previos de ésta. Para evitar que, con desconocimiento de estos principios fundamentales, se incorporen dichos asuntos al juicio de partición, la ley dice expresamente que debe resolverlos la justicia ordinaria; al ser así, deja en claro que ellas no entran entre las materias que el legislador somete a compromiso obligatorio cuando manda que se efectúe por árbitros la partición de bienes. Las partes pueden, sin embargo, extender la competencia del partidor a esos asuntos, autorizándolo de común acuerdo para pronunciarse sobre ellos; nada se opone a que lo hagan, puesto que no se trata de litigios sobre cosas que están fuera del comercio humano o que tengan algún carácter de orden público, únicos no susceptibles de comprometerse. Los arts. 1330 y 1331 del C. C., por lo demás, no están redactados en términos prohibitivos y en la medida en que pueden importar prohibición —que es sólo en cuanto establecen que el partidor no está *naturalmente* facultado para fallar los asuntos que ellos señalan— deben interpretarse restrictivamente.

No hemos hallado sentencias en que nuestros tribunales aborden de manera precisa este problema, pero dos fallos de la Corte Suprema que lo orillan parecen aceptar un criterio diverso del que aquí sostenemos. Uno recae en el siguiente caso: en el curso de una partición, todos los interesados acordaron que uno de ellos hiciera una exposición de los derechos que tuviera en los bienes partibles; efectuada ésta, fué contradicha por otras partes y dió origen a un juicio ordinario que se siguió en todos sus trámites y el partidor resolvió declarando el dominio exclusivo del expositor sobre alguno de dichos bienes. La C. Suprema, conociendo de un recurso de casación en la forma contra la sentencia de segunda instancia que había confirmado el fallo del árbitro, estimó que el acuerdo que dió lugar a este juicio ante el partidor no significó someter de una manera especial a la competencia de éste otros asuntos distintos de los relativos a la partición y que el hecho de haber el árbitro conocido y fallado el litigio en cuestión sin que ninguna parte reclamara no constituyó prórroga de competencia en su favor, la que sólo procede entre tribunales que ejercen jurisdicción análoga (239). El segundo fallo toca el punto más de frente. En una partición los interesados acuerdan "someter a la resolución del árbitro la objeción" que "A" formulará "acerca de la participación que hace valer "B" en dicho juicio. Presentada la objeción, se pide en ella al árbitro que declare que "B" no tiene derechos actuales en la su-

(239) Revista, t. XIV, s. I, p. 487.

cesión del causante sino una mera expectativa y por consiguiente no es parte en el juicio. "B" reclamó que esta solicitud importaba una acción de petición de herencia que la ley excluye de la competencia del partidor y somete a la justicia ordinaria. El árbitro, declarándose competente para resolver la cuestión discutida "porque así se pactó entre las partes y no se refiere a materia que por disposición de la ley no puede ser sometida a arbitraje", acogió las peticiones de "A". Confirmada su sentencia por la C. de Apelaciones de Santiago, la C. Suprema aceptó un recurso de casación contra este tribunal, declarando que los arts. 1330 del C. C. y 808 del C. P. C. hacen incompetente al partidor para conocer de la cuestión fallada, y que el acuerdo de las partes de entregar a su resolución la objeción que "A" formularía, aún cuando se considerase como la constitución de un nuevo arbitraje, carecía de valor como tal porque no designaba concretamente el asunto sometido a juicio arbitral ya que sólo se refería a objeciones futuras e inciertas. Y el tribunal agregó en su considerando octavo: "que en el supuesto que la controversia, concretada en los términos en que se planteó, hubiera sido sometida por los representantes de las partes a la resolución del árbitro, resulta que ese nombramiento carecería de todo valor legal; puesto que, como se ha dicho, se trata de una materia que el art. 1330 del C. C. somete a la decisión de la justicia ordinaria, y correspondería a actos de incapaces, que deben ser aprobados por el juez como lo exige el art. 1326 del mismo Código, oyendo al respectivo Defensor Público" (240).

¿Quiere decir la Corte Suprema en estas sentencias que las cuestiones a que nos referimos no pueden comprometerse? Así lo dan a entender, especialmente la última, en el considerando reproducido. Con todo, no creemos que pueda deducirse de ellas la orientación de la jurisprudencia al respecto; ninguna de las dos declara categóricamente que estas materias sean de arbitraje prohibido, y en uno y otro caso, la Corte Suprema estimó que no había verdadero compromiso. En el segundo, por lo menos, es especialmente discutible esta opinión, pero la aceptación de la contraria no habría alterado la resolución del Tribunal, porque el compromiso habría carecido de valor en virtud de la circunstancia, que la sentencia hace notar, de haberse producido el acuerdo entre menores sujetos a guarda y requerir en consecuencia la aprobación de la justicia, que no se pidió ni obtuvo. (Es sin embargo errónea la cita legal que hace la sentencia; el art. 1326, que indica, se refiere al nombramiento de partidor, y en el caso de autos se trataba de nombrar un árbitro, pero no un partidor; debió citar el art. 400 del mismo Código).

84. *Valor del arbitraje constituído en los casos en que la ley lo prohibe.*— Toda convención del arbitraje que se celebre sobre alguna de estas materias que según la ley no pueden ser sometidas a la resolución de árbitros, es nula y de ningún valor (C. C. art. 10); adolece de objeto ilícito y por consiguiente de nulidad absoluta (C. C. arts. 1466 y 1682), y este vicio se extiende al arbitraje a que da lugar.

¿Cómo y cuándo puede alegarse esta nulidad?

(240) Revista, t. XXII, s. I, p. 725.

Desde luego, cabe establecer aquí el principio de que no es ésta una nulidad puramente procesal, que deba hacerse valer "in limine litis".

El compromiso no es en sí un acto procesal —lo que no obsta a que produzca consecuencias procesales— y aunque se celebre durante un juicio, se sujeta sólo a las normas generales de los contratos. Su nulidad absoluta, pues, "puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años" (C. C. art. 1683). No importa que el compromisario haya dictado sentencia definitiva y el arbitraje esté concluído; dentro de los términos del art. 1683 del C. C. puede siempre solicitarse la nulidad del compromiso y ser declarada por el tribunal competente.

Declarada la nulidad, el compromiso desaparece, se supone que no ha existido jamás, y lo mismo ocurre con el arbitraje que fué su consecuencia; quedan repuestas las cosas al estado anterior; las partes no se han sustraído nunca a las jurisdicciones ordinarias ni han dado vida, para el caso concreto, al tribunal arbitral; éste no sólo ha sido incompetente, sino que ha carecido en absoluto de jurisdicción, y si ha dictado sentencia, aunque hayan transcurrido todos los plazos para impugnarla, no ha producido efecto de cosa juzgada, que es propio de resoluciones de tribunales, y en este caso el árbitro no lo ha sido. Esa sentencia no obliga a las partes, que no necesitan pedir nada contra ella, pues es inexistente; les basta desconocerla, y si se ha cumplido, tienen derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallaban antes.

Nótese bien que, en la circunstancia antedicha, no es el arbitraje lo que se ataca, sino al compromiso. Destruído el cimiento, que es el compromiso, derrumba consigo a todo el edificio, que es el arbitraje; desaparecida la causa, desaparece el efecto, y desaparece retroactivamente.

Pero mientras el compromiso no sea declarado nulo, produce todos sus efectos y en consecuencia el arbitraje vale. Está afecto al vicio de su título, es claro, y puede impugnarse su valor; pero si se pretende hacerlo directamente contra él, y no contra el compromiso, sólo se puede por la vía procesal. Es un vicio de incompetencia absoluta —en estricto rigor algo más, según hemos dicho al tratar el caso inverso en que un tribunal ordinario conoce litigios de arbitraje forzoso: hay diversa clase u orden de jurisdicción—; el propio árbitro debe declarar de oficio la nulidad procesal (241), las partes pueden solicitarla incidentalmente en cualquier estado del juicio (C. P. C. art. 87 inc. 2), y pueden alegarla como causal de un recurso de casación en la forma (C. P. C. art. 942 N.o 1). Puede también ser pronunciada a manera de casación de oficio por cualquier tribunal que conozca del proceso en apelación o casación. Pero una vez ejecutoriada la sentencia definitiva, produce el efecto de cosa juzgada y no puede impugnarse el valor del juicio. Sólo queda a salvo la acción ordinaria de nulidad contra el compromiso, que si prospera, borra todo el arbitraje, según hemos dicho, con efecto retroactivo.

(241) Víctor Santa Cruz.— "Ensayo sobre una teoría de las nulidades procesales en el Código de Procedimiento Civil Chileno", Santiago, 1936, N.o 18 y siguientes.

Capítulo II

DE LOS ARBITROS

§ *1.— Concepto*

85. *Definición.*— Según el art. 172 de la L. O. T. "se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso".

Se ha criticado esta definición porque no comprende al partidor que designa el causante (art. 1324 del C. C.), el cual, a pesar de no ser nombrado por las partes ni por el juez, reúne en sí todas las cualidades de un árbitro. Podría pensarse por esta razón, se dice, que la L. O. T. negó al causante la facultad de nombrar partidor que le otorgaba el C. C. o quitó al partidor designado por el causante la calidad de árbitro.

Con todo, el derecho del causante para hacer tal nombramiento ha sido posteriormente reconocido de manera expresa por el art. 803 del C. P. C. y de ello se dejó clara constancia en las actas de la Comisión Revisora de dicho cuerpo legal (242). En cuanto a la naturaleza de juez árbitro que este partidor posee, ella aparece inequívoca de sus propios caracteres, que corresponden a la definición dada por el art. 172 de la L. O. T. y son los mismos que tienen los partidores nombrados por las partes o por el juez, cuya calidad de árbitros nadie discute. Conducen a idéntica conclusión los arts. 176 N.o 1 de la L. O. T. y 805 del C. P. C. que disponen respectivamente, sin hacer distinción, que la partición es materia de arbitraje forzoso y que se aplican a los partidores las reglas establecidas para los árbitros (243).

En realidad, el art. 172 de la L. O. T. define de una manera general a los árbitros y no a los partidores y no ha sido su intención derogar normas especiales relativas al partidor que designa el causante (244).

---

(242) Lazo, Santiago, "Código de Procedimiento Civil anotado.— Orígenes, Concordancia y Jurisprudencia", art. 803, pág. 645.

(243) Silva Bascuñán, Marcos, "La Partición de Bienes", 2.a Ed., Santiago, 1925, N.o 88; Gaete Bahr, Ricardo, "Constitución del Juicio de Partición", Memoria, Santiago, 1940, N.o 79; Albónico Munizaga, Alberto, "La situación legal del partidor nombrado por el causante", Memoria, Santiago, 1939, N.o 7; Benavente, ob. cit., pág. 28.

(244) Albónico, ob. cit., N.o 7; Gaete, ob. cit., N.o 79.

Los proyectos de Código Orgánico de Tribunales de 1912 y 1929, para evitar la actual dificultad, amplían la definición del art. 172 diciendo: "Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, o por el difunto conforme al art. 1324 del Código Civil, para la resolución de un asunto litigioso o para la partición de bienes" (arts. 202 y 292, respectivamente).

El concepto de nuestra L. O. T. acerca de los árbitros coincide con los caracteres que la doctrina les señala: son jueces con investidura privada, circunstancia esta última que no obsta a la categoría de sus funciones, establecidas por el propio legislador.

86. *Los árbitros son jueces.*— Hemos definido al arbitraje como un juicio, uno de cuyos rasgos distintivos es la naturaleza extraordinaria del tribunal llamado a sentenciar; no se trata de un tribunal constituído permanentemente, sino que es preciso darle vida para cada caso mediante designación hecha por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, o por el difunto en el evento del art. 1324 del C. C.

"Los árbitros son jueces porque tienen jurisdicción" (245), esto es, facultad de administrar justicia. "Son personas escogidas por las partes para juzgar un litigio. Allí donde no hay litigio, o donde la persona escogida para ocuparse de él no está encargada de resolverlo, no hay arbitraje ni árbitros" (246).

Este rasgo diferencia el árbitro del perito, que no es llamado a resolver un litigio con decisión obligatoria para las partes, sino tan solo a dar una opinión o informe acerca de un asunto técnico que bien puede no ser litigioso (247). Lo distingue también del conciliador, que no tiene poder para juzgar y cuya misión está reducida a tratar de producir un arreglo amistoso entre los contendientes (248). Lo diferencia, asimismo, de la persona designada para fijar un elemento de una convención, como el precio en una compraventa, la cual no debe resolver un litigio sino cumplir un mandato para que se complete y perfeccione el acto que las partes dejaron inconcluso (249).

87. *Están instituídos por la ley y desempeñan función pública.*— Como tribunales, los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan por consiguiente una función pública, ya que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y sólo los órganos por él autorizados pueden ejercerla.

Los árbitros derivan su jurisdicción de la propia ley, que se las otorga con el carácter de extraordinaria (250).

88. *Su nombramiento es privado.*— Pero si la función de los árbitros es pública, su investidura tiene carácter privado. La ley sólo instituye los jue-

(245) Miranda, ob. cit., N.o 12.
(246) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit. t. V. N.o 1801.
(247) Véase N.o 7.
(248) Véase N.o 10.
(249) Véase N.o 9.
(250) Véase N.o 20.

ces arbitrales, pero no los establece como órganos de existencia real permanente. Puesto que se trata de tribunales extraordinarios, cuya jurisdicción por regla general es facultativa para las partes, autoriza a éstas para darles vida y ponerlos en movimiento en cada caso concreto, cuando quieran de común acuerdo someterse a ellos. Y aún en los casos en que el nombramiento de los árbitros se hace por la justicia, en desacuerdo de las partes, cuando éstas están obligadas por la ley o por una convención a someterse a arbitraje, la designación tiene carácter enteramente privado.

89. *Clasificación.*— Atendiendo a la amplitud de sus facultades, los compromisarios se clasifican en árbitros de derecho, árbitros arbitradores o amigables componedores y árbitros mixtos (L. O. T. art. 173; C. P. C. arts. 784 y 792).

90. *Arbitros de derecho.*— Se llaman así los que son elegidos con la calidad de dar su fallo sujetándose estrictamente a las leyes (L. O. T. art. 173). Deben someterse, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida (C. P. C. art. 784).

En cuanto al fondo de la controversia, están obligados a resolverla conforme a derecho, según lo dispuesto en la ley sustantiva "decisoria litis". Usando el lenguaje de Chiovenda, puede decirse que el árbitro de derecho, en su sentencia, declara y actúa "la voluntad de la ley".

En cuanto al procedimiento, estos árbitros están sujetos a la observancia rigurosa de las formalidades, plazos y demás normas adjetivas prescritas por la ley procesal para la sustanciación de los juicios ante los tribunales comunes. Lo cual no quiere decir que hayan de aplicar siempre las reglas del juicio ordinario, como lo disponían las Partidas (251), sino que deben emplear en cada caso el procedimiento que corresponda en atención a la naturaleza del pleito que se promueve.

En buenas cuentas, en el arbitraje ante árbitros de derecho lo único que varía, en relación a cualquiera otro juicio, es la clase de tribunal, pero no se altera la manera de hacer justicia ni en cuanto al fondo ni en lo que atañe a la forma.

91. *Arbitradores o amigables componedores.*— Son los llamados a fallar sin sujeción estricta a las leyes y obedeciendo únicamente a lo que su prudencia y la equidad les dictaren (L. O. T. art. 173, C. P. C. art. 793). Tienen poder para juzgar sin atenerse en el procedimiento a los plazos y formas comunes establecidos para los tribunales y sin ser constreñidos a aplicar las reglas de derecho al fondo del litigio (252).

El arbitrador debe decidir la contienda según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada (253), y mientras el árbi-

(251) Miranda, ob. cit., N.o 44.
(252) Bernard, ob. cit., N.o 239.
(253) Manresa, ob. cit., T. IV, pág. 5.

tro de derecho, según dijimos, declara y actúa en su sentencia la *voluntad de la ley*, el amigable componedor en la suya declara y actúa *"la voluntad de la justicia natural"*, según los dictados de su propia conciencia. Se dice por esto que falla *"exæquo et bono"*. Está facultado, por ejemplo, para admitir una compensación aunque no concurran los requisitos legales, proceder a una partición por vía de atribución sin preocuparse de formar los lotes de la manera que el legislador prescribe, no tomar en cuenta una prescripción adquisitiva o extintiva, aun de treinta años, etc. Así lo ha fallado la jurisprudencia francesa (254).

Lo anterior no significa, sin embargo, como lo da a entender Manresa (255), que el arbitrador sea un conciliador y su oficio, más que de juez llamado a fallar, sea el de amigo que procura arreglar buenamente a las partes. Contrariamente a lo que pudiera deducirse de una interpretación en extremo literal de su nombre, el amigable componedor no tiene la misión de "componer" a los contendientes; debe *juzgarlos*. Su tarea no se limita a mediar entre las partes, ofrecerles buenos oficios, procurarles soluciones armónicas —como hace el conciliador — sino que consiste, precisamente, en resolver la controversia con decisión obligatoria para los litigantes. Su diferencia con los demás jueces está en la libertad que tiene para desentenderse de los mandatos de la ley en esta declaración suya decisoria del pleito y fundarla únicamente en las razones que su conciencia estime más prudentes y equitativas. Pero bien puede el arbitrador sujetarse a los preceptos legales en el fallo del juicio, si encuentra en ellos la más estricta prudencia y justicia; su calidad no lo obliga a despreciar las normas de derecho (256).

Con todo, la amplia facultad que tienen estos árbitros para decidir relaciones litigiosas sin que deban hacerlo necesariamente "según derecho", les da, como anota Chiovenda, un poder modificativo o constitutivo de las relaciones jurídicas (257). El carácter meramente declarativo que por regla general tienen las sentencias judiciales, según el cual ellas no crean para las partes nuevos derechos, sino que se limitan a reconocer los que a la sazón tenían de conformidad con la ley, no es un rasgo de la naturaleza de las sentencias de arbitradores. El amigable componedor no debe resolver la controversia declarando el derecho que la ley otorga; debe hacerlo imponiendo la solución que considere más justa y más prudente; puede, en esta forma, desentenderse en absoluto de los derechos preexistentes que se hallen comprometidos en el pleito y hacer nacer con su fallo nuevos títulos para las partes. Así, por ejemplo, un arbitrador ha fallado, entre nosotros, acerca de los derechos que en justicia deben asignarse a los hijos ilegítimos en la sucesión de su padre, confiriéndoles los que en la especie estimó equitativos; aunque la ley no les otorga ninguno (258). Pero en uso de esta extensa atribución no puede el compo-

---

(254) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1827; Robert, ob. cit., N.o 147; M. Landrau, ob. cit., pág. 166.

(255) Manresa, ob. cit., t. IV, págs. 68 y 69.

(256) Robert, ob. cit., N.o 147, pág. 154.

(257) Chiovenda, ob. cit., t. I, pág. 133.

(258) Alessandri R., Arturo, Revista, t. XXVIII, I parte, pág. 108.

nedor exceder los términos del compromiso, pues si lo hace su sentencia es casable por incompetencia o ultra petita.

En el Derecho alemán, según afirma Loewenwarter, los arbitradores — únicos compromisarios que la ley reconoce — tienen un límite a sus atribuciones en el orden público y las buenas costumbres (259). En Francia se ha sostenido también igual cosa y hay fallos de los tribunales franceses que acogen este principio tratándose de leyes relativas a las garantías de la defensa y la igualdad de los litigantes ante la jurisdicción arbitral (260). A manera de ejemplo, Robert expresa que los arbitradores no podrían en ningún caso declarar válido un pacto sobre sucesión futura, porque siempre están obligados a respetar las normas de orden público (261).

Es esta una doctrina a todas luces razonable. Sin embargo, parece bien dudoso que en nuestra ley pueda ser aplicada.

En cuanto al fondo de los pleitos, la L. O. T. y el C. P. C. autorizan categóricamente al arbitrador para fallarlos en el sentido que le dicten la prudencia y la equidad. Bien puede, por consiguiente, dentro de estos términos, aceptar como válido un acto viciado de nulidad absoluta, declarar incapaz a una persona capaz y viceversa, alterar las reglas del onus probandi, etc., aunque con ello viole disposiciones de orden público, si en su conciencia cree que así es prudente y equitativo. Pensamos, por ésto, contra la opinión de Loewenwarter (262) que un amigable componedor puede admitir que se le pruebe un contrato de compraventa de bien raíz por otros medios que la escritura pública, aunque la solemnidad de instrumento auténtico esté prescrita por razones de orden público; su omisión no obsta a que el arbitrador adquiera, en virtud de otras pruebas, el convencimiento de que tal contrato se ha convenido entre las partes y que es de justicia ordenar su cumplimiento, para cuyo efecto puede disponer que se reduzca a escritura pública. Por lo demás, la ley no otorga recurso alguno para enmendar la resolución del arbitrador que atropella un precepto de orden público; la casación en el fondo es improcedente contra amigables componedores y la apelación no tiene lugar sino cuando las partes la han reservado expresamente para ante un tribunal del mismo carácter. La vía de la queja sólo está abierta a las partes cuando el juez comete una falta o abuso, y no puede establecerse, de un modo general, que la violación de un precepto de orden público por un arbitrador constituya siempre una falta o abuso.

En el aspecto procesal, en cambio, nuestra ley pone límites al arbitrador. Es inexacto decir que éste tramita con entera libertad; el art. 792 del C. P. C. le impone la obligación de observar las reglas que las partes expresen en el acto constitutivo del compromiso y en defecto de éstas, las que establecen los artículos siguientes, entre las cuales se consagran, como fundamentales, la necesidad de oír a los interesados, agregar al proceso los instru-

(259) Loewenwarter, Víctor, "El arbitraje y la Cláusula Compromisoria", Revista, T. XXXII, I parte, p. 114.

(260) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1827; M. Landrau, Ob. cit., pág. 166.

(261) Robert, ob. cit., N.o 147.

(262) Op. cit.

mentos que presenten y practicar las diligencias necesarias para el conocimiento de los hechos. El art. 976 del mismo texto señala los trámites esenciales del juicio de arbitradores, diligencias cuya omisión es motivo para un recurso de casación en la forma. Por otra parte, es evidente que rigen también para los componedores las reglas comunes a todo procedimiento que consagra el Libro I del Código del ramo. Como su nombre lo indica, ellas se aplican a todo procedimiento, y no hay razones para excluír de este principio el de amigable composición, salvo en cuanto esas reglas sean incompatibles con las estipulaciones de las partes o los preceptos especiales que rigen esta clase de juicios (263).

92. *Arbitros mixtos.*— A las dos categorías fundamentales de árbitros que la L. O. T. reconocía, el C. P. C. agregó una tercera de carácter intermedio, que se ha dado en llamar de árbitros mixtos. Son éstos los árbitros a quienes se concede la facultad de arbitradores en cuanto al procedimiento, limitándose al pronunciamiento de la sentencia la aplicación estricta de la ley (C. P. C. art. 785). En otros términos, son los que tramitan conforme a las reglas que las partes les señalan, o en subsidio de éstas, a las normas prescritas por la ley para los arbitradores, pero deciden según derecho, observando los preceptos legales, del mismo modo que los jueces ordinarios y los árbitros de derecho.

Esta clase de árbitros no es exclusiva de nuestra ley. Expresamente la contemplan otras legislaciones (264) y diversos tratadistas (265) que se refieren a ella al estudiar la cláusula del compromiso por la cual las partes renuncian a las formas del procedimiento.

93. *El árbitro de derecho constituye la regla.— Legislación comparada.*— De estas tres clases de árbitros los de derecho constituyen la regla general en la ley chilena; si las partes no confieren expresamente al compromisario facultades de amigable componedor o de árbitro mixto, se entiende que lo designan con calidad de árbitro de derecho (L. O. T. art. 184).

Igual principio aceptan el Código francés (art. 1019), el italiano (art. 20), el holandés (art. 636), el argentino (arts. 784 y 787), el belga (art. 1019), el del Cantón Suizo de Berna (art. 381).

Establecen en cambio la regla contraria, que otorga a los árbitros la calidad de amigables componedores salvo estipulación expresa de las partes que los obligue a ceñirse a derecho, las legislaciones del Cantón Suizo de Ginebra, Austria, Uruguay y Venezuela.

---

(263) No puede tener, pues, cabida entre nosotros, la discusión suscitada en Francia acerca de si la cláusula la amigable composición o la sola renuncia de las formas procesales dispensa a los árbitros aun de la obligación de respetar las normas relativas al procedimiento arbitral. La ley chilena determina expresamente los efectos de esas cláusulas que desde el punto de vista procesal sujetan a los árbitros a las normas que las propias partes les indiquen o en subsidio a las que prescribe el C. P. C.

(264) Código de Procedimiento Civil francés y belga (art. 1009), Código de Procedimiento Civil argentino (art. 784).

(265) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit. t. VIII, N.o 270; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1827; Robert, ob. cit., N.o 145, pág. 151; Bernard, ob. cit., N.o 239.

En Alemania sólo existen arbitradores (266). En Inglaterra, en cambio, todos los árbitros son de una clase única y particular, que deben ajustarse tanto en la tramitación como en el fallo a los principios propios de la justicia inglesa. La sentencia arbitral en que se aplique una ley extranjera o la opinión personal del compromisario carece de valor; pero se admite la aplicación de la costumbre cuando así se estipula por los contendientes. Con todo, los árbitros pueden pronunciarse en equidad sobre los hechos, y respecto de las cuestiones de derecho, les basta con citar los textos legales en que apoyan su decisión, sin que deban motivarla ni pueda ésta ser impugnada por errónea interpretación de la ley (267).

Mucho se discute acerca de cual de estos sistemas es el mejor.

Unos se pronuncian en favor de la fórmula ginebrina, más conforme con la naturaleza y fin del arbitraje, que debe proporcionar una justicia rápida, económica y equitativa. Según ellos, la obligación de atenerse a derecho priva a los árbitros de todas sus ventajas y a las partes de interés por comprometer, ya que nada se gana si siempre se queda sometido a las reglas ordinarias de los juicios (268).

Otros, por su parte, favorecen con sus opiniones el sistema adoptado por la ley chilena, estimando que cuando las partes abandonan las jurisdicciones ordinarias para recurrir a árbitros "quieren otros jueces pero no otra justicia" y aunque el arbitraje responde al deseo de hacer prevalecer los principios de la equidad natural sobre el rigor del derecho, no puede interpretarse la voluntad de los litigantes de manera tan amplia como para suponer, sin pacto expreso, que renuncian a las normas de la ley (269). Este fué, precisamente, el motivo que decidió a nuestro legislador. El proyecto de Vargas Fontecilla prescribía la norma contraria, pero la Comisión Revisora innovó al respecto, porque según dejó constancia en sus actas, "no debe presumirse que las partes tienen voluntad de apartarse de las reglas generales en más de lo que ellas dicen expresamente" (270).

La tendencia moderna parece inclinarse en favor de la amigable composición, que en verdad es el único arbitraje verdaderamente útil y que satisface los fines de la institución. Es así como el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil Español de 1918, del mismo modo que el Código Alemán, suprime los árbitros de derecho, de los cuales se hace hoy muy poca aplicación, y deja subsistente sólo los amigables componedores (271).

II.—CAPACIDAD E INHABILIDADES PARA SER ARBITRO

94. *Principio general.*— La capacidad para ser árbitro corresponde a la naturaleza de estas funciones. De aquí que en los países cuyas leyes no re-

(266) Loewenwarter, Víctor, op. cit.

(267) M. Landrau, ob. cit., pág. 167.

(268) Bellot, citado por Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 773; Miranda, ob. cit., N.o 46; Benavente, ob. cit., pág. 68.

(269) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1827; Mattirolo, ob. cit. T.o I, N.o 773; Pisanelli, citado por Mattirolo.

(270) Ballesteros, ob. cit., t. I, N.os 1688 y 1699.

(271) Goldschmidt, ob. cit., pág. 513, nota de Alcalá-Zamora.

suelven expresamente el asunto, como Francia por ejemplo, se discute qué requisitos deben cumplirse para ser árbitro y cada cual resuelve esta disputa según sea el criterio que tenga para apreciar el carácter público o privado de las tareas arbitrales; unos piensan que es precisa la capacidad política que requieren los funcionarios del Estado y otros que basta la capacidad civil para obligarse como mandatarios (272).

Nuestra ley fija expresamente las condiciones necesarias para ser compromisario y reconociendo con acierto el carácter que éstos tienen de jueces que ejercen función pública pero cuya investidura es puramente privada, no se limita a imponer la habilidad para contratar pero no llega hasta exigir los requisitos indispensables para ser magistrado, sino que adopta un justo término medio.

La aptitud legal para otorgar actos jurídicos es menester al árbitro para aceptar el cargo y perfeccionar de este modo el contrato de compromisario, que lo obliga a desempeñar funciones de tal.

Pero no basta al árbitro con eso; la ley lo llama a ejercer jurisdicción y concede a sus fallos todo el valor de sentencias judiciales, por lo cual debe poner restricciones al derecho de las partes a nombrar cualquiera persona que merezca su confianza, con el objeto de garantizar un mínimo de eficacia en la administración de la justicia arbitral (273).

95. *Exigencias de la Ley; sólo se refiere a personas naturales.*— Los arts. 174 de la L. O. T. y 64 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados determinan la capacidad necesaria para ser árbitro prescribiendo varios requisitos y los arts. 175, 368 y 376 de la L. O. T., 5 de la ley de 11 de Enero de 1883 y 65 de la Ley Orgánica del Colegio de Abogados, establecen, mediante algunas prohibiciones, las inhabilidades para ser árbitro.

La ley, según se desprende de la simple lectura de los textos citados, sólo analiza la situación de las personas naturales y no se coloca en el caso de que pueda ser nombrada árbitro una persona jurídica; parece que esta idea ni siquiera pasó por la mente del legislador.

Es evidente que entre nosotros las personas jurídicas no pueden ser compromisarios, ya que no cumplen el requisito legal de tener la libre disposición de sus bienes ni pueden recibir el título de abogado, indispensable para ser árbitro de derecho, ni puede satisfacerse respecto de ellas la exigencia de expresar en el nombramiento "el nombre y apellido" del árbitro designado. Así lo han resuelto los Tribunales (274).

Las argumentaciones que contra esta jurisprudencia expone Loewenwarter (275), basadas en la amplia asimilación que hacen las últimas leyes de las personas jurídicas a las naturales, permitiéndoles ser síndicos, liquidadores, curadores, albaceas, etc., y en el hecho de que al designar las partes co-

(272) Véase N.os 14 y 15.

(273) Miranda, ob. cit., N.o 100; Gaete, ob. cit., N.o 97.

(274) C. Suprema, Revista, t. V, s. I, pág. 381; C. de Temuco, Gaceta 1937, t. II, N.o 205, pág. 789.

(275) Víctor Loewenwarter, op. cit., Revista, t. XXXII, 1.a parte, págs. 117 y 118.

mo árbitro a una entidad moral lo que en realidad quieren es nombrar a sus representantes, carecen de todo valor ante los preceptos citados. Ellas pueden tomarse en cuenta como razones que impulsen una futura reforma de nuestra legislación en la materia, pero no como elementos interpretativos del derecho vigente.

En doctrina, bien vale la pena analizar la conveniencia de conceder a las personas jurídicas capacidad para ser árbitros. En abono del criterio clásico, que se las niega, se sostiene que su existencia y capacidad están limitadas a los actos para los cuales fueron instituídas; que el ejercicio de funciones arbitrales supone esencialmente una persona física, y que el individuo que las desempeña debe merecer toda la confianza de los compromitentes, cosa que no se asegura si se entienden nombrados los representantes del ente moral, que pueden ser sujetos distintos en el momento de hacerse la designación y el de llevarse a cabo el arbitraje (276). Pero por sobre la validez de estas razones teóricas, las conveniencias del comercio aconsejan que se autorice a las personas jurídicas para actuar como tribunales de arbitraje. Hay, en efecto, ciertas entidades colectivas, como las Cámaras de Comercio, las Asociaciones Sindicales y las Federaciones de comerciantes e industriales, que por su capacidad técnica y su solvencia moral reúnen especiales aptitudes para desempeñar funciones arbitrales, de modo que a los individuos que ejercen actividades económicas les merecen amplia confianza para comprometer en ellas la decisión de sus litigios. Es así como en Alemania, Bélgica, Estados Unidos, Francia e Inglaterra se reconoce capacidad para ser árbitros a las personas jurídicas y hay múltiples instituciones que han constituído en su seno tribunales arbitrales perfectamente organizados y mediante ellos administran justicia a las personas que les someten sus contiendas (277).

En nuestro propio país pende de la consideración parlamentaria un proyecto de ley presentado por el Gobierno el 27 de Mayo de 1936, que autoriza a las Cámaras de Comercio con personalidad jurídica para conocer y fallar en carácter de arbitradores las cuestiones comerciales que les someten los interesados de común acuerdo (278).

No hay en esto, por lo demás, nada contrario a la naturaleza jurídica de las personas morales ni del arbitraje, ya que aquéllas existen ante la ley como sujetos y pueden actuar en la vida del derecho (279), y el juicio arbitral, como cualquier otro, puede tener efecto ante un tribunal colegiado, siempre que merezca la confianza de los litigantes.

No ocurre lo mismo a las colectividades o asociaciones sin personalidad jurídica; ante la ley no tienen existencia alguna y no pueden por consiguiente ejercer funciones de árbitro.

96. *La ley no atiende al sexo ni a la nacionalidad.*— Nuestra ley no atiende, en cambio, al reglamentar la capacidad para ser árbitro, al sexo ni

(276) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 754; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 495, p. 55.
(277) Goldschmidt, ob. cit., pág. 500, Loewenwarter, op. cit.; Vargas, ob. cit., N.o 153.
(278) Vargas, ob. cit., N.o 53.
(279) Robert, ob. cit., N.o 74.

a la nacionalidad de las personas. Las mujeres, a quienes Justiniano, reconociéndolas como "personas de excelente criterio", les prohibió sin embargo ser compromisarios, "porque tal empleo repugna al pudor de su sexo y al género de ocupación que la naturaleza les ha asignado (280), pueden en Chile, lo mismo que los varones, desempeñar oficio de árbitros (281).

Igual pasa a los extranjeros, a quienes se otorga en nuestro país una amplia igualdad jurídica con los chilenos (C. C. art. 57).

En estos dos aspectos, nuestra ley sigue la tendencia general de la legislación y la doctrina (282).

97. *Enunciación de las exigencias legales.*— Nuestra ley exige para ser árbitro ciertos requisitos de capacidad relativos a la edad, a la solvencia civil y a la preparación intelectual, y establece ciertas inhabilidades por razón de imparcialidad y de buena administración de justicia.

a) *Requisitos de capacidad*

98. *Primero: Ser mayor de edad. Excepción relativa al abogado.*— Satisfacen esta exigencia todas las personas que han cumplido veinticinco años (C. C. art. 26) y los menores de esa edad y mayores de veintiuno que han obtenido habilitación de edad, a quienes la ley asimila completamente a los mayores, comprendiéndolos en la denominación y otorgándoles la misma capacidad, salvo las expresas excepciones que ella establece (C. C. art. 26 inc. 2.o y art. 297) (283).

Ballesteros, sin embargo, niega esto último, sosteniendo que el carácter público del cargo de juez árbitro y de las disposiciones que reglan la capacidad para desempeñarlo hacen inaplicable a esta materia las normas relativas a la habilitación de edad, que sólo se refieren a los derechos civiles y privados y no se extienden a los políticos (284). Esta opinión es errónea; no obstante pertenecer al derecho público la L. O. T., al hablar de mayor edad se refiere a la civil y no a la política, ya que esta última es sólo relativa a la calidad de ciudadano con derecho a sufragar (Const. Polít., art. 7) y no tiene importancia sino para el ejercicio de los derechos inherentes a esta calidad, a los cuales son completamente ajenas las funciones judiciales y en consecuencia la de árbitro. Por lo demás, el art. 26 del C. C., en virtud de su ubicación y redacción, es un precepto general aplicable a toda materia y no sólo al derecho civil. Hay evidentemente una paralogización en el aserto de Ballesteros, ya que, si como él lo sostiene, debieran aplicarse a los árbitros las normas refe-

(280) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o

(281) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1623; Vargas Gómez, Luis, "Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales" N.o 152, pág. 176; Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 87.

(282) Pocas legislaciones distinguen en cuanto al sexo o a la nacionalidad. Así, el Código Italiano prohibe ser árbitro a las mujeres (art. 10) y el español les prohibe ser arbitradores (art. 827). En cuanto a la nacionalidad, la ley alemana permite recusar a los "no arios" (C. de P. C., art. 1032).

(283) Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 98; Gaete, ob. cit., N.o 100; Benavente, ob. cit., pág. 35; Albónico, ob. cit., N.o 15.

(284) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1628.

rentes a la edad política, toda persona mayor de veintiún años podría serlo y sería ociosa cualquiera discusión acerca del menor habilitado. De aquí que la opinión del ilustre tratadista haya permanecido aislada.

Y vale la pena anotar que la ley no exige en este caso, como para ser juez de letras, tener "veinticinco años", sino solamente "ser mayor de edad", diferencia que se explica por el diverso rango de las funciones del magistrado permanente y del árbitro y que revela a las claras un criterio distinto en el legislador en cuanto a la capacidad que deben tener uno y otro (285). Los proyectos de Código Orgánico de Tribunales de 1912 y 1929 exigen solamente, a este respecto, la edad de veintiún años (arts. 204 y 294 respectivamente).

El requisito de mayor edad tiene una excepción en el art. 64 de la Ley sobre Colegio de Abogados, según la cual "puede ser árbitro todo abogado habilitado para ejercer la profesión, aunque sea menor de edad". Se ha pensado, con razón, que la capacidad y versación propias de quien es abogado en ejercicio suplen perfectamente el deficit proveniente de los cortos años.

99. *Segundo: tener la libre disposición de sus bienes.*— Parece claro que la ley ha querido con este requisito asegurar la solvencia civil del árbitro y su plena responsabilidad frente a las partes (286).

Suscita en cambio dudas la extensión y comprensión que debe atribuirse a la exigencia en estudio. ¿Qué se quiso requerir con ella? La frase *"libre disposición de bienes"* tiene en gramática y en derecho un sentido claro, pero el legislador, sin definirla de otro modo la emplea a menudo indistintamente con *"libre administración de bienes"* cuyo significado es bien diverso, aparentando así en entenderlas como sinónimas (287).

En realidad, nos parece prudente pensar que para nuestra ley ambas expresiones tienen una acepción genérica, equivalente a *"plena capacidad civil, de goce y de ejercicio"*. Sólo de este modo se explica que las use sin distinguir, prescribiendo a veces una cuando es evidente que los principios jurídicos exigen la otra o simplemente la plena capacidad civil (288). En estos

(285) C. Santiago, Gaceta, año 1888, s. 1926, p. 113; C. Talca, Revista, t. XXVII, sec. I, pág. 62; Claro Solar, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", t. III, N.o 1833.

(286) Permite estimarlo así la siguiente circunstancia de la historia de su establecimiento: habiendo propuesto el señor Fabres en la Cámara que al menor de edad se le permitiera ser árbitro cuando fuera abogado, don J. B. Lira se opuso "porque al mandatario menor de edad no puede demandársele como al que es mayor por el mal desempeño de su cargo; la ley habría tendido un lazo a la buena fe de los litigantes si hubiera habilitado a menores de edad para ejercer este mandato". El Congreso aprobó el criterio del señor Lira. Muchos años después, en 1941, con mejor oponión, advirtiendo que el menor abogado se considera en virtud de su profesión como habilitado de edad para los actos en que la ejerza y escapa por consiguiente al art. 2128 del C. C. y tiene plena responsabilidad ante sus mandantes, admitió, según hemos visto, que pudiera ser árbitro.

(287) Claro Solar, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", t. II, N.o 1098; t. III, N.os 1569 y 1888; y t. IV, N.o 2141; Alessandri, Arturo, "Teoría de las Obligaciones", Sant., 1930, pág. 45; Somarriva Manuel, "Apuntes de Clase, Tercer Año", Sant., 1938, págs. 30 y 300.

(288) Véase arts. 173, 342, 442, 447, 455, 462, 468, 1225, 1236, 1322, 1326 1337; 1342; 1388, 1470, 1578, 1581, 1686, 1766, 2170 y 2262 del C. C.. 785, 802 y 805 del C. P. C. y 187 de la L. O. T.

casos hay que buscar en la doctrina el significado preciso que en la especie debe darse a las palabras de la ley y si el precepto se refiere a actos de enagenación se entenderá que es menester la "libre disposición de los bienes" (289) y si sólo es relativo a facultades administrativas bastará con requerir la "libre administración", que en el lenguaje de nuestra ley es enteramente sinónima, por regla general, a la amplia "capacidad" (290).

¿Cómo debe interpretarse a este respecto el art. 174 de la L. O. T.? Para don Luis Claro "es evidente que este artículo no ha entendido exigir en la persona nombrada árbitro la libre disposición absoluta en la administración de sus bienes, es decir, la facultad de enajenar todos sus bienes, incluso los raíces, sino que se ha referido a la libre administración" (291) concepto éste que a su juicio no tiene en general el sentido restringido que el de "acto de administración" definido por el art. 2132 del C. C., sino que está intimamente relacionado con la capacidad jurídica, se opone a la idea de incapacidad (292) y comprende todos los actos de que es susceptible el patrimonio. (293).

En realidad, la función del árbitro y sus relaciones con las partes no tienen nada de "acto meramente administrativo" ni de "acto de enagenación", de manera que falta en este caso el elemento que permita especificar el significado de la frase legal. Parece en consecuencia lo lógico contentarse con atribuirle la acepción genérica, que es a la vez la corriente y la que más se acomoda al objeto perseguido en este caso por el legislador. Creemos, pues, que cuando el art. 174 preceptúa que puede ser árbitro la persona que tenga la libre disposición de sus bienes, quiere en verdad exigir en el compromisario *amplia capacidad civil*, de goce y de ejercicio.

La generalidad de los individuos cumplen, por consiguiente, este requisito, ya que "toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces" (C. C. art. 1446). No lo satisfacen los muertos civiles, que han perdido su personalidad relativamente a los derechos de propiedad (C. C. art. 95); los dementes aunque no estén declarados en interdicción; los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; los disipadores, interdictos de administrar lo suyo; las personas jurídicas; los religiosos; las mujeres casadas salvo excepciones que luego veremos, los impúberes y los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad (C. C. art. 1447).

---

(289) C. C. arts. 1236 y 1388. Igualmente, el art. 173 dice que la mujer divorciada perpetuamente "administra sus bienes", pero lo cierto es que también dispone de ellos.

(290) Arts. 342, 442, 447, 455, 462, 468, 1225, 1325, 1326, 1337, 1342, 1470; 1578 1581, 1686, 1766, 2170, y 2262 del C. C., y 802 y 805 del C. P. C. Este último exige libre administración para lo mismo que el art. 785 de ese Código exige "capacidad".

(291) Claro Solar, ob. cit., t. III, N.o 1833.

(292) Claro Solar, ob. cit., t. II, N.o 1098.

(293) Claro Solar, ob. cit., t. IV, N.o 2141. Dice aquí textualmente: "Toda persona mayor de edad tiene en principio plena capacidad jurídica y puede ejecutar por sí misma todos los actos judiciales y extrajudiciales que le interesen, conservar, cultivar, reparar sus bienes o disponer de ellos a su árbitrio, enajenándolos a cualquier título, sin distinción entre muebles o inmuebles, corporales o incorporales, ejercitando así todas las facultades que le corresponden como dueño; se dice que esta persona tiene la libre administración de sus bienes".

100. *Situación del menor habilitado de edad.*— Mucho se ha discutido acerca de si los menores habilitados de edad cumplen esta exigencia legal. Hay quienes consideran que ellos carecen de la libre disposición de sus bienes ya que la ley les ha puesto trabas para enagenar inmuebles e hipotecarlos y para aprobar las cuentas de su curador (C. C. art. 303), y les ha prohibido ser tutores y curadores (C. C. art. 500), albaceas (C. C. art. 1272), corredores de comercio (C. de C. art. 55) y martilleros (C. de C. art. 84) (294).

La interpretación que hemos dado al texto legal que precisa "libre disposición de bienes" para que una persona pueda ser compromisario no deja dudas en cuanto a que el menor habilitado reúne en sí este requisito. Se trata, en efecto, de una persona plenamente capaz, como lo dejan de manifiesto los arts. 297 y 1447 del C. C., y la circunstancia de que la ley le imponga algunas incapacidades particulares de las previstas en el inciso final del segundo de estos preceptos, que consisten en prohibiciones para ejecutar ciertos actos, revela por sí misma que en general le otorga amplia capacidad.

Pero aun interpretando restrictivamente el texto del art. 174, creemos que debe resolverse igual cosa. El menor habilitado de edad puede, en general, disponer libremente de sus bienes y las excepciones que la ley establece confirman esta regla. De las restricciones que lo afectan sólo se refieren a la facultad de disposición de bienes, las que le exigen autorización judicial para enajenar e hipotecar inmuebles y para aprobar las cuentas de su tutor o curador (C. C. art. 303); es en cambio inconcuso que le está permitido enajenar bienes muebles y darlos en prenda — que también son actos de disposición — y aun lo autoriza la ley, cuando el menor habilitado es comerciante, para hipotecar bienes raíces dentro del giro de su comercio (C. de C. art. 9). Por otra parte, el acto de obligarse personalmente sea como deudor único, como deudor solidario o como fiador, importa para el que lo celebra un principio de disposición de sus bienes, ya que lo deja afecto a la prenda general que la ley establece en favor del acreedor (C. C. arts. 2465 y 2468) y nadie niega la facultad del menor habilitado para concurrir a esta clase de actos. Para que pudiera estimarse que no tiene la libre disposición de sus bienes habría sido preciso que la ley lo dijera de manera explícita; en ninguna parte lo dispuso y lo preceptuado en el art. 303 del C. C. no puede significarlo ya que se refiere exclusivamente a determinados actos y por su carácter excepcional debe interpretarse en forma limitativa.

Lo mismo cabe decir de las prohibiciones que la ley establece para que los menores habilitados de edad desempeñen los cargos de tutor y curador, albacea, corredor de comercio y martillero, prohibiciones que, por lo demás, bien poco tienen que ver con el derecho de disponer libremente de los propios bienes. Por mucha afinidad que quiera hallarse a estos cargos con el de compromisario, no es posible deducir de ello que tampoco el menor habilitado puede ejercer este último; el art. 297 del C. C. es categórico al afirmar que el bene-

(294) Benavente, ob. cit., pág. 36; voto disidente del Ministro de la Corte de Concepción señor Risopatrón, a fallo de 24 de Septiembre de 1884, Gaceta 1884, N.o 2448, p. 1526.

ficio de la habilitación de edad otorga al menor la mismo capacidad que tiene el mayor, excepto para aquellos actos u obligaciones de que una *ley expresa* lo declare incapaz.

La historia de la ley confirma este criterio. En efecto, el debate antes aludido acerca de la aptitud del abogado menor de edad para ser árbitro revela que le fué negada porque se estimó que conforme al art. 2128 del C. C. el menor no podría responder suficientemente del desempeño del arbitraje ante sus mandantes. Ahora bien, ese art. 2128 se refiere precisamente al "menor no habilitado de edad". Si el legislador del año 1875 no hubiera despreciado la observación que hizo el señor Fabres en el sentido de que el abogado menor es considerado mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional (295), le habría reconocido aptitud para ser árbitro, como lo ha hecho el legislador de 1941.

En conclusión, nos parece evidente que el menor habilitado de edad puede ser árbitro. Así lo estiman también la mayoría de los tratadistas (296) y la jurisprudencia uniforme de nuestros tribunales (297).

101. *Situación de la mujer casada.*— La mujer casada es incapaz, pero sólo cuando vive en régimen de sociedad conyugal (C. C. art. 1447). Divorciada perpetuamente adquiere plena capacidad (C. C. art. 173) y otro tanto le ocurre cuando obtiene separación total de bienes (C. C. art. 159), y se ha fallado que las prohibiciones a que la ley la sujeta en este caso no afectan a su calidad de persona capaz (298). Las mujeres divorciadas perpetuamente y separadas totalmente de bienes, reúnen, pues, el requisito para ser árbitros que estudiamos.

En cuanto a la mujer casada en régimen de comunidad de bienes no lo cumple; pero creemos que esta regla se altera cuando ella ejerce la profesión de abogado. En este caso la ley le otorga, respecto del ejercicio de su profesión la misma capacidad que a la mujer separada totalmente de bienes (C. C. art. 150), esto es, amplia capacidad. El desempeño de la función arbitral por un abogado es un acto de ejercicio de su profesión y relativamente a éste no puede negarse que la mujer tiene la libre disposición de bienes que la ley exige. Por las razones que vimos en el número anterior al tratar del habilitado de edad, pensamos que esto es así aun cuando la mujer sea menor de veinticinco años, circunstancia en que necesita autorización judicial para gravar y enagenar sus bienes raíces.

Lo dicho respecto de la mujer casada que ejerce la profesión de abogado parece posible aplicarlo también a la mujer casada comerciante, para los efectos de que sea designada, en su calidad de tal, árbitro arbitrador o mixto para la decisión de un litigio mercantil.

---

(295) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1625.

(296) Claro Solar, ob. cit., t. III, N.o 1833; Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 100; Varas Gómez, ob. cit., N.o 153; Gaete, ob. cit., N.o 102; Albónico, ob. cit., N.o 17.

(297) Corte de Concepción, Gaceta 1884, N.o 2448, pág. 1526, y Gaceta 1885, N.o 660, pág. 380; Corte de Santiago, Gaceta 1888, N.o 1926, pág. 113, y C. Talca, Revista, t. XXVII. Sec. II, pág. 62.

(298) C. Santiago, Revista, t. XXXVII, Sec. II, pág. 68.

En cambio, no creemos que en el caso en que la mujer casada, es incapaz, esto es, en cuanto vive en régimen de sociedad conyugal, pueda subsanar su incapacidad para ser árbitro mediante la autorización de su marido o del juez en su caso.

Cierto es que la autorización, como formalidad habilitante, sanea para el caso la incapacidad de la mujer; pero también es verdad que de manera general sigue siendo incapaz y no recupera la libre disposición de sus bienes. La responsabilidad por los actos que la mujer ejecuta debidamente autorizada deben perseguirla los terceros, por lo común, en contra de los bienes del marido, y lo que la ley quiere, en el caso del arbitraje, es asegurar a los compromitentes la responsabilidad personal, directa e inmediata del árbitro.

Por otra parte, de los términos del art. 137 del C. C. aparece que la autorización del marido serviría a la mujer para celebrar el contrato de compromisario, pero no es igualmente claro que la habilitara para ejercer la función judicial de árbitro; ésta tiene carácter público y los requisitos exigidos para su desempeño no pueden ser derogados por pactos particulares. El precepto del art. 137 se refiere en general a los contratos, pero salvo el caso de los tutores y curadores, nada dice de ciertas actividades jurídicas más o menos permanentes que no caben dentro de aquellos términos; bien podría estimarse que no los comprende. Tanto es así, que el art. 1273 ha necesitado resolver expresamente la cuestión respecto del albaceazgo disponiendo que para ejercerlo la mujer casada necesita autorización de su marido o de la justicia en subsidio, pero que en uno y otro caso sólo obliga sus bienes propios. En ninguna parte de la ley ha facultado al marido o a la justicia para autorizar a la mujer para que desempeñe la función de árbitro (299).

102. *Situación del fallido.*— El primero y fundamental efecto de la declaratoria de quiebra es producir el desasimiento de fallido, esto es, privarlo de la administración de sus bienes, la que pasa de derecho al síndico (Ley 4,558, art. 61). El desasimiento comprende todos los bienes presentes del fallido y los bienes futuros que adquiera a título gratuito, pero sin extinguir en este caso la responsabilidad de las cargas con que le hayan sido transferidos o transmitidos (Ley 4,558, art. 62).

Careciendo de la administración de sus bienes, ¿puede el fallido desempeñar las funciones de árbitro? ¿Cumple con el requisito de libre disposición de bienes que exige el art. 174 de la L. O. T.?

Entendida la exigencia de la ley en la forma como lo hemos hecho, refiriéndola al concepto de capacidad civil, de goce y de ejercicio, creemos que el fallido la llena en sí. En efecto, no es una persona incapaz, y el art. 70 de la ley 4,558 advierte expresamente que "la declaración de quiebra no priva al fallido del ejercicio de sus derechos civiles ni le impone inhabilidades sino en los casos expresamente determinados por las leyes". Ningún precepto legal declara inhábil o incapaz al fallido para desempeñar la función de árbitro, a diferencia de lo que ocurre con respecto a otros cargos, como el de tu-

(299) En este sentido, Albónico, ob. cit., N.o 19, y Benavente, ob. cit., pág. 38.

tor o curador (C. C. art. 497), el de albacea (C. C. art. 1272), Juez de Letras de mayor o menor cuantía, Ministro de Corte de Apelaciones o de Corte Suprema (L. O. T. arts. 41, 59, 103, y D. L. 363 art. 7), oficial del Ministerio Público, defensor público, relator o secretario de juzgado (L. O. T. arts. 277, 307, 319 y 337).

En realidad, el fallido sólo es incapaz en lo que se refiere a los bienes de la masa (Ley 4,558, art. 69) y a los actos de que una ley expresa los declara inhábil (Ley 4,558, art. 70), pero en lo demás la declaratoria de quiebra, si bien afecta a su solvencia, no lo priva de capacidad jurídica.

Claro está que no pudiendo afectar los bienes comprendidos en la quiebra a su responsabilidad por los actos de que es capaz, la situación de los que entran en relación jurídica con él no tiene sino precaria garantía; tal cosa ocurre a los compromitentes que lo eligen árbitro. Pero ¡allá ellos!; nada impide al fallido desempeñar la función, y siendo el de compromisario un cargo de la confianza de las partes, ellas son libres para designar a quien deseen. La situación del fallido no es la misma que la de los incapaces, porque éstos no pueden responder ante las partes, y en cambio el fallido, aunque sea con poco, es capaz de responder por el desempeño de su cargo.

Lo dicho no se altera ni aun en el caso de ser la quiebra fraudulenta; esta circunstancia no modifica la capacidad civil del fallido ni afecta a ninguno de los otros requisitos que la ley exige para ser árbitro.

103. *Tercero: saber leer y escribir o, tratándose de árbitro de derecho, ser abogado.*— Exigencia es ésta que emana del carácter mismo de la función arbitral. La tarea de administrar justicia, de resolver un litigio, supone un mínimo de preparación intelectual que es imposible concebir en los analfabetos. Por otra parte, la substanciación misma del juicio, aun ante arbitradores, exige el estudio de antecedentes que por lo general son escritos y la dictación de resoluciones que precisamente han de ser escritas y firmadas; sólo puede hacerla, pues, quien sepa leer y escribir.

Cuando el árbitro debe tramitar y fallar con sujeción estricta a la ley, no basta sin embargo con ese mínimo de instrucción; es preciso que el compromisario conozca realmente las leyes que va a aplicar en el fondo y por las cuales deberá regirse en el procedimiento; se ha prescrito por esto que "el nombramiento de árbitros de derecho sólo podrá recaer en un abogado" (Ley 4,409, art. 64, según modificación introducida por la ley 6,985, de 10 de Julio de 1941).

La misma razón vale, en parte, para los árbitros mixtos, que tramitan como arbitradores pero deben fallar en conformidad a la ley. Con todo, el legislador no creyó necesario exigir también para ellos la calidad de abogados y dejó a este respecto amplia libertad a las partes.

En cuanto a los arbitradores, es lógico que no se exija título de abogado, ya que están exentos de atenerse a derecho tanto en la tramitación como en el fallo de las controversias que ventilen.

Respecto a la exigencia en estudio, debe tenerse presente que la ley no

requiere conocimiento del idioma patrio y el requisito se cumple cualesquiera que sea el idioma que el árbitro sepa leer y escribir.

Se ha opinado que los ciegos no pueden satisfacer esta exigencia y están por consiguiente inhabilitados para desempeñar el cargo de compromisario (300). Lo cierto es, sin embargo, que ellos pueden leer y escribir valiéndose de sistemas especiales y en el hecho hay muchos que lo hacen. Por nuestra parte no vemos inconvenientes para que en tal caso sean árbitros, ya que la ley no distingue en cuanto a la manera como se lee y escribe.

104. *Inaplicabilidad a los árbitros de los requisitos dispuestos para los jueces permanentes.*— No rigen para los compromisarios las reglas relativas a la capacidad que deben tener los jueces permanentes. Según la ley, no pueden ser nombrados jueces, entre otros, los fallidos, salvo que hayan sido rehabilitados (Ley 4,558, art. 206), ni los que se hallan procesados o hayan sido condenados por crimen o simple delito, ni los que estuvieren sufriendo la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos (L. O. T. arts. 16 N.o 7, y 41 N.os 2, 3 y 4), y cesan en sus funciones los que incurran en cualquiera de estas incapacidades (L. O. T. art. 169 N.o 1).

A pesar del carácter de jueces que tienen los árbitros, la ley no les ha hecho aplicables dichas incapacidades, y siendo éstas de derecho estricto, no pueden extenderse por analogía a quienes no han sido expresamente impuestas.

En cuanto a la pena de inhabilitación para cargos y oficios públicos, el asunto, sin embargo, puede suscitar alguna duda, ya que si se considera a los árbitros funcionarios públicos, no es menester una interpretación analógica para aplicarles la incapacidad, sino que caen naturalmente dentro de ella.

Hemos sostenido que la tarea de los árbitros tiene carácter público, puesto que importa el ejercicio de una jurisdicción extraordinaria que emana del Estado; no nos retractamos ahora de este aserto. Sin embargo, reconociendo que la cuestión es en todo caso discutible, nos parece que el elemento determinante en la designación de los árbitros es la confianza de las partes y respecto de esta clase de jueces no obran las mismas razones que en lo que se refiere a los jueces permanentes.

El nombramiento de los funcionarios judiciales es acto del Poder Público y éste no puede imponer a los particulares jueces que carezcan de amplia solvencia. Los compromitentes, en cambio, son libres para designar árbitro a quien merezca su particular confianza, aunque no goce también de la confianza de los demás. Por otra parte, no debe olvidarse que los compromisarios son una especie de funcionarios públicos de naturaleza especial y que su investidura tiene en todo caso carácter privado.

b) *Inhabilidades o prohibiciones*

105. *No pueden ser árbitros las partes.*— Es principio fundamental de derecho que nadie puede ser juez en causa propia; "el oficio de juez es

(300) Albónico, ob. cit., N.o 25.

incompatible con el de parte (301). Respetando este principio, el art. 175 de la L. O. T. dispuso que no pueden ser nombrados árbitros para la resolución de un asunto, las personas que litigan como partes en él.

La mayoría de las legislaciones estiman innecesario establecer expresamente este precepto, pero los intérpretes no vacilan en declarar que los árbitros deben ser terceros distintos de las partes y que el acuerdo que éstas concluyan para que una de ellas sea compromisario carece de todo valor y el fallo que una parte pronuncie en calidad de árbitro es nulo (302).

Pero los mismos intérpretes manifiestan dudas en cuanto a la extensión de esta inhabilidad. ¿A quiénes debe considerarse partes? Para Garsonnet y Cézar-Bru la incompatibilidad alcanza a los compromitentes, las personas directamente interesadas en el proceso y cualquiera que tenga el mismo interés que ellas; es así como el acreedor y uno de los deudores solidarios no pueden escoger por árbitro, en un diferendo relativo a esa deuda, ni a uno de ellos, ni a otro de los codeudores solidarios (303), Bernard, que adhiere a esta opinión, se pregunta si en los litigios que interesan a una sociedad se puede considerar partes a sus gerentes o administradores, y resuelve la cuestión de manera negativa, declarando que esta circunstancia sólo autoriza a los afectados para recusar al árbitro si al tiempo del nombramiento no la conocían o ella sobrevino después (304). El mismo criterio sostenía Mongalvy (305), pero en Francia se ha fallado lo contrario y a Robert le parece indudable que el presidente de una sociedad no puede ser árbitro en un juicio que interesa a ésta ya que por su calidad es mandatario de ella frente al tercero; este autor llega hasta extender la incompatibilidad a los accionistas importantes (306).

Entre nosotros la incompatibilidad sólo se refiere a las personas que actúan material y personalmente como partes; así se desprende del art. 175 de la L. O. T. que habla de "las personas *que litigan* como partes". No cabe, pues, extenderla a otros casos análogos, sin perjuicio de las implicancias y recusaciones que en ellos procedan.

106. *No pueden ser árbitros los jueces permanentes.*— El art. 175 de la L. O. T. prescribe que "no puede ser nombrado árbitro para la resolución de un asunto el juez que actualmente estuviere conociendo de él". El art. 5 de la Ley de 11 de Enero de 1883 agrega: "Desde la fecha de la promulgación de esta ley queda prohibido a los jueces letrados y a los ministros y fiscales de los tribunales superiores de justicia aceptar compromisos, excepto cuando el nombrado tuviere con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio algún vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación".

El fundamento de la inhabilidad que estos artículos establecen, la cual

(301) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 755.

(302) Goldschmidt, ob. cit., pág. 499; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 262; Bernard, ob. cit., N.o 255 bis; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 755.

(303) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 262.

(304) Bernard, ob. cit., N.o 256.

(305) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 130.

(306) Robert, ob. cit., N.o 63.

no es de derecho universal (307), se halla en el deseo del legislador de asegurar la dignidad e independencia de los funcionarios judiciales y evitar que incurran en hechos que los inhabiliten para ejercer su ministerio.

Conforme a nuestra ley, la incompatibilidad afecta en distinto grado a los jueces de letras y Ministros y Fiscales de las Cortes de Apelaciones y Suprema, que a los demás jueces.

Con los primeros, el cargo de árbitro es, en general, incompatible, a menos que el Juez de Letras, el Ministro o el Fiscal nombrado tengan con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio un vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación, en cuyo caso pueden ser designados árbitros para su fallo. El lazo de parentesco a que la ley se refiere se extiende a las siguientes personas: consorte, ascendientes y descendientes consanguíneos legítimos y naturales en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado inclusive y afines hasta el segundo grado inclusive (L. O. T. arts. 248 N.o 2 y 250 N.o 1). Para que este parentesco libere al funcionario de la prohibición es menester que exista con alguna de las partes *originariamente* interesadas en el juicio, esto es, de las que al tiempo de nombrarse el árbitro se presentaron como tales; la ley lo dispone así para evitar que con el objeto de sanear el vicio del nombramiento de un funcionario y burlar así la prohibición se interese posteriormente en el asunto a uno de sus parientes. "Esta prohibición no es aplicable a los jueces especiales de menores en materias ajenas a su atribuciones (D. L. 36, de 15 de Julio de 1932, art. único)".

En cuanto a los demás jueces no comprendidos por la Ley de 1883, rige el art. 175 de la L. O. T.: no pueden ser nombrados árbitros para la resolución de los asuntos de que actualmente —al tiempo del compromiso— estuvieren ellos mismos conociendo en calidad de magistrado. Se aplica la inhabilidad en esta forma a los jueces inferiores de distrito y subdelegación y creemos que también a los jueces de letras de menor cuantía y a los jueces oficiales del Registro Civil creados por el D. L. 363, de 17 de Marzo de 1925.

Con todo, respecto de los jueces de letras de menor cuantía, puede suscitarse discusión, ya que como jueces letrados, cabe considerarlos comprendidos por la ley de 1883. "Pero es dudoso que tal solución sea correcta, porque las prohibiciones deben interpretarse restrictivamente y la antedicha ley se refirió sólo a los jueces de mayor cuantía, que eran los únicos letrados existentes cuando se dictó. Por otra parte, la denominación "jueces de letras" se aplica comúnmente sólo a los de mayor cuantía y así lo hace en diversos preceptos el propio D. L. 363 (arts. 7, 10, 17, 31, etc.). Cierto es, también, que el art. 8 del D. L. 363 declaró incompatibles las funciones de juez de letras de menor cuantía con "todo otro cargo judicial" y "cargo judicial" es el

(307) Establecen también esta inhabilidad las leyes austríaca (C. P. C. art. 578) y uruguaya (C. P. C. art. 544), y en España se deduce de los textos generales (Manresa, ob. cit., t. IV, pág. 10).

En las demás legislaciones no se halla (Goldschmidt, ob. cit., pág. 500; Bernard, ob. cit., N.o 252); pero en Francia se discute si el juez que es nombrado árbitro tiene derecho a honorarios (Garsonnet e Cézar-Bru, ob. cit., T. VIII, N.o 261). En todo caso, no puede designarse árbitro al tribunal como tal, sino simplemente a los miembros que lo componen particularmente considerados.

de árbitro, pero si entendemos este precepto en el sentido de referirse aun a los compromisarios resultaría el absurdo de que nunca un juez de letras de menor cuantía puede ser nombrado árbitro, ni aun en los casos en que los de mayor cuantía y los ministros y Fiscales de Corte pueden serlo. Por lo demás, de la letra del mencionado art. 8 aparece desprenderse que se refiere a cargos públicos permanentes.

En cuanto al juez oficial del Registro Civil, no cabe duda que a él se aplica el art. 175 de la L. O. T. y no el 5 de la Ley de 11 de Enero de 1883. Rigen a su respecto las mismas reglas que para los jueces de letras de menor cuantía, pero como no tiene calidad de "letrado" no se suscita problema alguno.

Una cuestión que puede plantearse relativa a la inhabilidad en estudio es la de saber si ella alcanza, en alguna de sus formas, a los tribunales que ejercen jurisdicción exclusivamente en materia criminal. Respecto de éstos, no hay motivo ninguno para establecerla, ya que jamás puede haber arbitraje sobre materia de este orden. Sin embargo, la ley no distingue y no es por tanto lícito al intérprete hacerlo. Con todo, hay un juez que, en nuestro concepto, puede siempre ser nombrado árbitro: es el Juez de Letras de Menor Cuantía en lo Criminal de Santiago, creado por la Ley 6,191, de 14 de Febrero de 1938. A él es aplicable el art. 175 de la L. O. T.; pero como nunca puede ocurrir que un asunto susceptible de arbitraje se promueva ante su tribunal, no se presentará jamás respecto de él la circunstancia exigida por ese precepto para que la incompatibilidad tenga lugar.

La Corte Suprema, en dos ocasiones por lo menos, ha anulado arbitrajes verificados ante compromisarios que estaban afectos a la inhabilidad de ser jueces, declarando en una de sus sentencias que ella está prescrita por razones de moral y de orden público y no puede sanearse (308).

107. *No pueden ser árbitros los Notarios*.— La Ley 4,409 sobre Colegio de Abogados, según la reforma introducida por la Ley 6,985, de 10 de Julio de 1941, ha agregado una nueva prohibición para aceptar y desempeñar arbitrajes y particiones; se refiere ella a los notarios y establece una incompatibilidad entre este cargo y el de árbitro (Ley 4,409, art. 65).

108. *Situación especial del partidor*.— Para el partidor, que es una especie de árbitro forzoso, rigen en general las reglas que acabamos de ver relativas a la capacidad para desempeñar el cargo y a las inhabilidades que lo afectan, pero con ciertas modificaciones y agregaciones que por la naturaleza particular de sus tareas ha creído conveniente establecer el legislador civil.

El art. 174 de la L. O. T., luego de prescribir los requisitos generales para ser árbitro, declara que lo establecido en él "se entiende sin perjuicio de lo dispuesto por los arts. 1323 y 1325 del Código Civil". Estos preceptos dan normas especiales acerca de las condiciones que debe cumplir el

(308) C. Suprema, Gaceta 1922, t. I, N.o 75, pág. 331 C. Suprema, Gaceta 1925, t. I, N.o 27, pág. 401.

partidor, y aunque el art. 174 no cita, además, el art. 1324 del C. C., relativo también a la materia, ni el art. 175 se refiere a ninguno de estos preceptos (309), de los términos de estas disposiciones aparece que todas ellas informan, conjuntamente, el sistema legal que rige los requisitos para ser partidor (310).

Este sistema es hoy en día, con las modificaciones introducidas al art. 1324 del C. C. por la ley N.o 6,085 de 8 de Julio de 1941, el que exponemos a continuación:

1) Todo partidor, cualquiera que sea la forma de su nombramiento, debe reunir siempre los siguientes requisitos positivos: a) ser mayor de edad; b) tener la libre disposición de sus bienes, y c) ser abogado; este último, sea que se le nombre en calidad de árbitro de derecho o simplemente como amigable componedor o árbitro mixto; los actuales arts. 1323 y 1324 del C. C. no distinguen (311).

2) En general, los partidores están sujetos a las siguientes prohibiciones, que constituyen inhabilidades para el cargo: a) no ser juez de letras, ministro o fiscal de los tribunales superiores de justicia, a menos que tenga con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio algún vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación (312), ni ser notario; b) no ser coasignatario (C. C. art. 1323) —no es ésta sino una aplicación de la inhabilidad señalada en el art. 175 de la L. O. T. para las personas que litigan como partes en el juicio—, y c) no ser albacea (C. C. art. 1323).

Pero de estas inhabilidades, sólo la primera es absoluta y rige siempre; las dos últimas no se aplican cuando el partidor es nombrado por el testador (C. C. art. 1324) ni cuando es designado de común acuerdo por los coasignatarios si éstos tienen todos la libre disposición de sus bienes y concurren al acto (C. C. art. 1325); en estos casos puede ser nombrado partidor un coasignatario o un albacea.

109. *Momento en que el árbitro debe ser capaz y estar libre de inhabilidades.*— La persona a quien se designa árbitro debe reunir en sí todos los requisitos que determinan la capacidad para ese cargo y estar libre de todas las prohibiciones que constituyen inhabilidades para desempeñarlo, en el mo-

(309) Los proyectos de L. O. T. de 1912 y 1929 salvan expresamente esta omisión (arts. 204 y 205, y 294 y 295 respectivamente).

(310) Don Galvarino Gallardo opinaba que en virtud del inc. 2.o del art. 174 al partidor sólo se aplican las normas del C. C., más no las de la L. O. T. (voto disidente a sentencia de 24 de Septiembre de 1884, Gaceta 1884, N.o 2448). La verdad es que, siendo el partidor un árbitro, debe someterse también a las disposiciones de la L. O. T.; el inciso 2.o del art. 174 sólo quiso dejar constancia de que lo establecido en el C. C. no quedaba derogado por los nuevos preceptos; así aparece de la historia de su establecimiento. (Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1622; Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 96; Gaete, ob. cit., N.o 98; Albónico, ob. cit., N.o 14).

(311) No indicamos la exigencia de saber leer y escribir porque se comprende en la de ser abogado.

(312) No se aplica al partidor la prohibición del art. 175 de la L. O. T., que como hemos visto se refiere sólo a los jueces inferiores y de menor cuantía, ya que estos magistrados no pueden nunca hallarse en el caso contemplado en ese precepto de estar conociendo actualmente de la partición.

mento de su aceptación y durante todo el tiempo que demore su ejercicio. Creemos que es aplicable a los árbitros la disposición del N.o 1 del art. 169 de la L. O. T. relativa a los jueces de letras, conforme a la cual éstos expiran en su cargo por incurrir en alguna de las incapacidades establecidas por la ley para ejercerlo (313).

110. *Sanción de las incapacidades e inhabilidades.*— Se discute cuál es el efecto que produce el nombramiento como árbitro de una persona incapaz o inhábil.

Piensan algunos que en tales casos el compromiso es nulo de nulidad absoluta, ya que los requisitos exigidos por la ley para ser árbitro están prescritos en atención a la naturaleza del acto (314). Así se ha resuelto en algunos casos en que se había nombrado árbitro a una persona jurídica (315) o a un juez (316) o en que la designación de partidor había recaído en persona que no era abogado, debiendo serlo (317).

Para otros se trata de casos de nulidad relativa, puesto que según ellos, la ley impone requisitos a los árbitros en atención a las partes (318).

Unos últimos ven en estos casos simples nulidades procesales que afectan al arbitraje mismo y no al compromiso, y que sólo pueden reclamarse dentro del juicio respectivo y se sanean desde el instante en que queda ejecutoriada la sentencia arbitral (319). La Corte Suprema, conociendo de un recurso contra un juez de letras que falló un asunto en calidad de arbitrador, por acuerdo de las partes, declaró que había en la especie un vicio de absoluta incompetencia del tribunal y procedió por ello a anular de oficio lo actuado (320).

En nuestro concepto, es preciso distinguir los casos en que el nombrado en incapaz de aquellos en que es inhábil.

Los *requisitos de capacidad* del árbitro no están establecidos bajo pena de nulidad, ni la ley asigna a su omisión ningún otro castigo. El nombramiento de una persona incapaz no afecta en consecuencia a la validez del compromiso. No cabe argumentar en contrario que según las reglas generales son nulos los actos de los incapaces; el nombramiento de árbitro es acto de las partes y no del compromisario, quien no interviene en su designación. Los actos que se resienten por la incapacidad del árbitro son aquellos en que él interviene: su aceptación y juramento y las actuaciones del juicio arbitral. Se trata de vicios relativos al propio tribunal, y como tales, de carácter procesal. El árbitro que no reúne los requisitos de capacidad para desempeñar el cargo es un *juez incompetente;* la nulidad del arbitraje que de esta circunstancia se deriva sólo puede reclamarse in limine litis.

(313) Gaete, ob. cit., N.o 106; Albónico, ob. cit., N.os 26 y 27.
(314) Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 105.
(315) C. Suprema, Revista, t. V, Sec. 1.a, pág. 381; C. Temuco, Gaceta 1937, t. II, N.o 205, pág. 789.
(316) C. Suprema, Gaceta 1925, t. I, N.o 37, pág. 401.
(317) Gaceta 1890, N.o 5204, pág. 185; Gaceta 1895, N.o 2653, pág. 585; C. Talca, Revista, t. VIII, sec. II, pág. 94.
(318) Gaceta 1884, N.o 870, pág. 561.
(319) Gaete, ob. cit. N.os 102 y 115.
(320) Revista, t. XXI, s. I, p. 678.

Distinto es el caso de nombramiento como árbitro de una persona inhábil. Las *inhabilidades* para ser árbitro, tanto por la forma externa que el legislador emplea para establecerlas como por su espíritu y contenido, importan auténticas prohibiciones; quien designa árbitro a una persona inhábil efectúa un acto prohibido por la ley, que en consecuencia adolece de nulidad absoluta (C. C. arts. 10, 1466 y 1682). El acto nulo es en este caso el nombramiento mismo, que puede impugnarse según las reglas generales de las convenciones; su nulidad declarada acarrea consigo la del arbitraje que le sigue.

§ III.—*ATRIBUCIONES, DEBERES, PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ARBITROS*

111. *Aplicación a los árbitros de ciertas reglas relativas a los jueces permanentes.*— Siendo los árbitros verdaderos jueces, deben aplicárceles las normas generales prescritas para éstos por la ley, en cuanto lo permita la naturaleza especial de sus cargos.

La calidad de juez, en efecto, otorga a su titular no sólo la competencia necesaria para decidir las cuestiones judiciales sometidas a su conocimiento, sino, además, cierto poder jerárquico sobre las partes que ante él contienden. En sentido inverso, le impone también algunos deberes, prohibiciones y responsabilidades inherentes a la función que ejerce. El rango de juez es una carga pesada de llevar y los honores y prerrogativas que otorga tienen su precio en el celo que se exige a quien lo lleva, en las trabas y limitaciones a que se le sujeta y en las responsabilidades que se le impone.

La investidura privada de los árbitros y su carácter de jueces transitorios, para casos particulares, determinan que muchas de las normas relativas a los magistrados permanentes les sean inaplicables, pero no los pueden liberar de otras que son en absoluto anejas a la función judicial; hay cosas que la ley natural y la ley positiva hacen inseparables del oficio de juzgar.

Así, los árbitros carecen de atribuciones generales relativas a la administración de justicia —facultades correctivas, conservadoras y económicas—; pero indudablemente tienen, sobre las partes que a ellos se someten, cierto poder disciplinario inherente a su rango. Del mismo modo, no están afectos a todas las trabas que en su libertad individual sufren los jueces por la necesidad de mantener la independencia, dignidad y consideración pública de su magistratura; pero esta circunstancia no los libera de sus deberes de imparcialidad y corrección ni de la responsabilidad propia de todo juez.

En los números que siguen hacemos algunas aplicaciones de estos principios, extendiendo a los árbitros ciertas reglas relativas a los jueces permanentes que, en nuestro concepto, pueden y deben regir también respecto de ellos.

112. *Atribuciones disciplinarias.*— Ningún precepto legal otorga a los árbitros facultades disciplinarias y se ha fallado, por esto, que carecen en absoluto de ellas (321).

(321) C. Talca, Gaceta 1908, t. I, N.o 713, pág. 1073.

Sin embargo, nos parece evidente que todo árbitro posee, por el sólo hecho de ser un juez, cierto poder sobre las personas que lo designaron, una jerarquía especial que lo autoriza para velar por la corrección del proceso que se le ha encomendado.

El árbitro no tiene atribuciones disciplinarias sobre otros tribunales; pero hay ciertas facultades correctivas sobre los litigantes que son como una consecuencia ineludible de la jurisdicción y que en nuestro concepto pueden los árbitros ejercer. Nos parece que si uno de los contendientes en sus actuaciones ante el árbitro, incurre en actos inmorales o reprobables o falta el respeto a la otra parte o al propio tribunal, éste puede llamarle la atención y censurarlo. Hay ciertas medidas disciplinarias que la ley otorga a todo tribunal, aun a los jueces de distrito, y que no importan un medio de apremio: tal es, por ejemplo, la amonestación verbal e inmediata. Los árbitros pueden hacer uso de ella.

Igualmente, pensamos que los árbitros pueden ejercer la facultad que los N o 1 y 2 del art. 44 de la L. O. T. otorgan a los jueces de letras, de mandar devolver los escritos que contengan pasajes o palabras abusivas, con orden de que no se admitan mientras no se supriman las incorrecciones, o de hacer tarjar dichas palabras o pasajes por el secretario. El árbitro no puede ser un receptáculo de las difamaciones e insultos que las partes quieran dirigirse, ni hacer el oficio de buzón entre ellas para que por su intermedio se trasmitan todos los odios que se profesen; creemos que ningún tribunal podría dejar de aprobar la conducta de un compromisario que, en casos justificados, amonesta a una de las partes, u ordena devolverle un escrito o tarjar las palabras abusivas que en él se contengan.

113. *Obligación de despacho.*— No tienen los árbitros, como los jueces permanentes, la obligación de residencia en un lugar determinado (L. O. T. art. 147), ni la de asistencia al tribunal durante cierto tiempo (L. O. T. art. 148) (322), ni la de observar cierta conducta moral que asegure su consideración en el concepto público y mantenga el decoro de su ministerio (Ley 3,390, art. 29); pero en cambio, rige con ellos la obligación de despacho que exige a todo tribunal atender por sí mismo, con prontitud y esmero, los negocios que ante él se ventilan (L. O. T. art. 152).

En este sentido es perfectamente aplicable a los árbitros, lo mismo que las demás reglas comunes a todo procedimiento, el art. 73 del C. P. C., en virtud del cual "todas las actuaciones necesarias para la formación del proceso se practicarán por el tribunal que conozca de la causa, salvo los casos en que se encomienden expresamente por la ley a los secretarios u otros ministros de fe, o en que se permita al tribunal delegar sus funciones, o en que las actuaciones hayan de practicarse fuera del lugar en que se sigue el juicio".

Los árbitros, en consecuencia, no pueden delegar en otras personas el

---

(322) Por lo cual son inaplicables a los árbitros las reglas sobre feriado judicial, que se refieren a las obligaciones de residencia y asistencia (L. O. T. art. 149).

ejercicio de su cargo sino en los mismos casos en que pueden hacerlo los jueces ordinarios, y cuando las partes los hayan autorizado expresamente para ello (323). Lo cual no obsta a que, cuando el tribunal arbitral es colegiado, se encargue a uno de sus miembros la práctica de ciertas actuaciones de instrucción del proceso.

Igualmente, creemos aplicable a los árbitros el precepto del art. 31 de la Ley 3,390, según el cual "Las faltas o abusos que los funcionarios judiciales cometieren en la substanciación o fallo de los juicios, deberán corregirse especialmente en los casos siguientes:

1.o) Cuando el tribunal que conoce de un juicio no proveyere al día siguiente de presentados los escritos de mero trámite;

2.o) Cuando retardare por más de cuarenta y ocho horas la providencia de los escritos que exigieren conocimiento de los antecedentes para ser proveídos;

3.o) Cuando retardare por más de tres días la resolución de los incidentes suscitados en el curso del juicio;

4.o) Cuando las sentencias definitivas no fueren pronunciadas dentro del plazo señalado por la ley;

5.o) Cuando de ordinario dictare providencias manifiestamente innecesarias, que importen dilación en la tramitación de los juicios y gravamen para los litigantes;

6.o) Cuando las audiencias a que cite a las partes o sus testigos no se verifiquen por culpa injustificada del juez, y

7.o) Cuando dictaren medidas precautorias manifiestamente injustificadas e innecesarias o negaren en la misma forma las que se solicitan con fundamentos plausibles y apareciere en uno y otro caso que se ha producido un daño irreparable a la parte que reclama de ellas".

Los árbitros que incurran en cualquiera de estas faltas merecen ser sancionados, como los demás jueces, por la vía disciplinaria.

En cuanto a los plazos en que los compromisarios deben pronunciar sus resoluciones, son aplicables las reglas de los tres primeros números del artículo citado, respecto de los decretos, autos y sentencias interlocutorias. En cuanto a las sentencias definitivas, rigen para los árbitros de derecho los plazos prescritos para los jueces ordinarios, según la naturaleza del procedimiento; y para los amigables componedores y los árbitros mixtos la regla general del art. 169 del C. P. C. que ordena que las causas se fallen tan pronto como estén en estado.

Entre las obligaciones que impone al árbitro, como a los demás jueces, este deber de despacho, está también la de vigilar el cumplimiento de la Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado. Al efecto, el art. 53 de la Ley 5,434 sobre la materia dice expresamente: "Los jueces de letras y los jueces árbitros deberán vigilar el pago de los impuestos establecidos en la presente ley, en los juicios de que conocieren, y mandarán de oficio pagar la multa de los

(323) Corte Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 77.

documentos que se presentaren sin haber pagado el impuesto. La apelación en estos casos se concederá sólo en el efecto devolutivo". La infracción a este precepto sujeta al árbitro a las penas de multa señaladas en el art. 13 de la misma ley; y el inciso final del citado art. 53 ordena, que el tribunal que conociendo de un recurso notare alguna infracción a esa ley, amoneste al juez de la causa —en nuestro caso al árbitro— y ordene que el secretario de primera instancia entere, dentro del plazo que se le señale, el valor de la multa correspondiente.

114. *Prohibición del art. 153 de la L. O. T.*— Según el art 153 de la L. O. T. "los jueces deben abstenerse de expresar y aún de insinuar privadamente su juicio respecto de los negocios que por la ley son llamados a fallar. Deben igualmente abstenerse de dar oído a toda alegación que las partes o terceras personas a nombre o por influencia de ellas, intenten hacerles fuera del tribunal".

Esta prohibición debe aplicarse a los jueces árbitros, y su violación constituye una falta o abuso sancionable por la vía disciplinaria. Además, cuando ella consiste en que el juez manifiesta de cualquier modo su dictamen sobre el asunto pendiente, determina en su contra una causal de recusación (L. O. T. art. 250 N.o 10) que puede tener carácter de irrenunciable (C. P. C. art. 130 N.o 8).

115.—*Prohibiciones del art. 154 de la L. O. T.* — El art. 154 de la L. O. T. dispone: "Se prohibe a todo juez comprar o adquirir a cualquier título para sí, para su mujer o para sus hijos las cosas o derechos que se litiguen en los juicios de que él conozca. Se extiende esta prohibición a las cosas o derechos que han dejado de ser litigiosos, mientras no hayan transcurrido cinco años desde el día en que dejaron de serlo; pero no comprende las adquisiciones hechas a título de sucesión por causa de muerte, si el adquirente tuviere respecto del difunto la calidad de heredero abintestato. Todo acto en contravención a este artículo lleva consigo el vicio de nulidad, sin perjuicio de las penas a que, conforme al Código Penal, haya lugar".

En armonía con el texto citado, el art. 1798 del C. C. prohibe al empleado público "comprar los bienes públicos o particulares que se vendan por su ministerio; y a los jueces, abogados, procuradores o escribanos los bienes en cuyo litigio han intervenido, y que se vendan a consecuencia del litigio; aunque la venta se haga en pública subasta".

La infracción de estas prohibiciones, aparte de la sanción civil de nulidad absoluta del acto, constituye en todo caso una falta sancionable por la vía disciplinaria, y puede importar también un delito penal. En efecto, el art. 240 del C. P. declara: "El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del valor del interés que hubiere tomado en el negocio".

No cabe duda que estas prohibiciones, establecidas con el propósito de resguardar el decoro y prestigio de la justicia y de evitar fraudes, rigen también respecto de los jueces árbitros (324). El C. P. hace expresamente aplicable la disposición de su art. 240 "a los peritos, árbitros y liquidadores comerciales respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, adjudicación, partición o administración intervinieren".

Sin embargo, no se aplica la prohibición "al partidor que es a la vez coasignatario de la herencia de cuya división está encargado" respecto de todos los bienes comprendidos en la masa, si es heredero, y respecto sólo de las cosas que le fueron asignadas, si es legatario. (325).

116.—*Responsabilidad de los árbitros.*— Es principio constitucional que "los jueces son personalmente responsables de los delitos de cohecho, falta de observancia de las leyes que reglan el proceso, y, en general, por toda prevaricación o torcida administración de justicia" (Const. Polít., art. 84).

Los jueces árbitros no hacen excepción a esta regla.

Los árbitros están sujetos, en el desempeño de sus funciones, a cuatro clases distintas de responsabilidad: a) responsabilidad penal por los delitos que cometan; b) responsabilidad civil delictual por sus actos dolosos o culpables que causen daño a los litigantes; c) responsabilidad disciplinaria por las faltas o abusos en que incurran, y d) responsabilidad civil contractual por el incumplimiento de la obligación de desempeñar el cargo que le impone el contrato de compromisario.

Sólo las tres primeras lo afectan en cuanto a juez y tienen carácter ministerial; de ellas trataremos aquí. La otra, en cambio, lo afecta en cuanto parte del contrato de compromisario y al hablar de éste nos referiremos a ella.

117.—*Responsabilidad penal.*—Los árbitros, como los demás jueces, pueden cometer en el cumplimiento de su misión algunos *delitos* propios de ella, que bien cabe llamar "*ministeriales*". El art. 159 de la L. O. T. dispone al efecto: "El cohecho, la falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, la denegación y la torcida administración de justicia y, en general, toda prevaricación o grave infracción de cualquiera de los deberes que las leyes imponen a los jueces, los deja sujetos al castigo que corresponda según la naturaleza y gravedad del delito, con arreglo a lo establecido en el Código Penal".

El C. P. reglamenta estos delitos en el párrafo 4 del Título V del Libro II, bajo el calificativo genérico de "*prevaricación*". Esta voz en su acepción más amplia comprende toda falta consciente y voluntaria de las obligaciones de la autoridad o cargo que se desempeña, ejecutada con quebrantamiento de fe, palabra, religión o juramento.

Los arts. 223 a 226 inclusive del C. P. castigan como prevaricación diversos delitos susceptibles de ser cometidos por los jueces, y el art. 227 del mismo Código extiende expresamente esas disposiciones a los compromisarios

(324) Alessandri, Arturo, "De la Compraventa y de la Promesa de Venta", t. I, N.o 455.

(325) Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 145; Alessandri, Arturo, ob. cit., t. I, N.o 459.

Sin embargo, no todos los casos enumerados en ellos son aplicables a los árbitros. Eliminando los delitos que por su naturaleza no pueden ser cometidos por árbitros, resulta lo siguiente:

A.—Los árbitros sufrirán las penas de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares y la de presidio o reclusión menores en cualquiera de sus grados:

1.o Cuando a sabiendas fallaren contra ley expresa y vigente en causa civil, a menos que fueren amigables componedores;

2.o Cuando por sí o por interpuesta persona admitan o convengan en admitir dádiva o regalo por hacer o dejar hacer algún acto de su cargo;

3.o Cuando ejerciendo las funciones de su empleo o valiéndose del poder que éste les da, seduzcan o soliciten a mujer que litigue ante ellos. (Arts. 223 y 227 N.o 3 del C. P.).

B.—Los árbitros sufrirán las penas de inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos en cualquiera de sus grados y la de presidio o reclusión menores en sus grados mínimos a medios:

1.o Cuando a sabiendas contravinieren las leyes que reglan la sustanciación de los juicios, en términos de producir nulidad en todo o en parte substancial;

2.o Cuando maliciosamente nieguen o retarden la administración de justicia o el auxilio o protección que legalmente se les pida;

3.o Cuando revelen los secretos del juicio o den auxilio o consejo a cualquiera de las partes interesadas en él, en perjuicio de la contraria;

4.o Cuando con manifiesta implicancia, que les sea conocida, y sin haberla hecho saber previamente a las partes, fallaren en causa civil (C. P. arts. 224 N.os 2, 3, 6 y 7 y 227 N.o 3).

C.—Los árbitros incurrirán en las penas de suspensión de cargo o empleo y multa de ciento a mil pesos o sólo en esta última, cuando sin malicia o dolo específico, pero por negligencia o ignorancia inexcusables, cometan cualquiera de los delitos señalados en los tres primeros números de la letra anterior (C. P. arts. 225 N.os 1, 2 y 3 y 227 N.o 3).

D.—En las mismas penas incurrirán cuando no cumplan las órdenes que legalmente se les comuniquen por las autoridades superiores competentes, a menos de ser evidentemente contrarias a las leyes, o que haya motivo fundado para dudar de su autenticidad, o que aparezca que se han obtenido por engaño o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever. En estos casos el tribunal, suspendiendo el cumplimiento de la orden representará inmediatamente a la autoridad superior las razones de la suspensión, y si ésta insistiere, le dará cumplimiento, libertándose así de responsabilidad, que recaerá sobre el que la mandó cumplir.

La acción destinada a hacer efectiva la responsabilidad penal de los árbitros no puede interponerse mientras esté pendiente la causa o pleito en que se supone causado el agravio, y prescribe en seis meses contados desde la terminación de dicha causa (L. O. T. arts. 164 y 168). Pero no nos parece necesaria, respecto de los árbitros, la declaración previa de admisibilidad de la acusación que prescribe el art. 163 de la L. O. T.; para hacer efectiva la

responsabilidad criminal de un árbitro no es preciso desaforarlo previamente mediante una querella de capítulos, ya que los árbitros, por su carácter transitorio y su investidura privada, carecen de todo fuero. En consecuencia, tampoco rigen respecto de ellos las reglas especiales de competencia prescritas para esta clase de juicios cuando se siguen en contra de jueces permanentes. La sentencia que se dicte en el juicio sobre responsabilidad penal del árbitro no altera en ningún caso la sentencia firme que él hubiera dictado (L. O. T. art. 166).

118.—*Responsabilidad civil delictual.*—En el desempeño de su ministerio pueden los árbitros como jueces ejecutar actos dolosos o culpables que causen daño a las personas que ante ellos litigan o a terceros, constituyendo de este modo delitos o cuasidelitos civiles. La L. O. T. establece la responsabilidad civil de los jueces por los daños estimables en dinero que causen con sus delitos o cuasidelitos (arts. 160 y 161). Esta responsabilidad civil afecta solidariamente a todos los jueces que hubieren cometido el delito o concurrido con su voto al hecho o procedimiento de que ella nace (L. O. T. art. 162). Estos preceptos deben aplicarse a los árbitros.

Calificamos de delictual esta responsabilidad, aun en el caso de contraerse respecto de las partes que ante el árbitro litigan, no obstante que en este caso existe un vínculo jurídico anterior entre el autor del daño y la víctima, porque los hechos que determinan la responsabilidad que estudiamos son independientes de ese vínculo. En efecto, el contrato de compromisario no impone al árbitro más obligación que la de desempeñar el cargo; el incumplimiento de esta obligación compromete su responsabilidad contractual. Pero las infracciones culpables o dolosas en que incurra el árbitro a sus deberes de juez y que causen un perjuicio, tales como las prevaricaciones, las parcialidades, la concesión de medidas precautorias manifiestamente improcedentes, etc., no violan la ley del contrato que lo liga a las partes, sino que importan más bien delitos o cuasidelitos.

Las acciones para hacer efectiva la responsabilidad civil del árbitro no pueden interponerse mientras esté pendiente la causa en que se supone causado el agravio, y prescriben en seis meses contados desde la terminación de dicha causa. (L. O. T. arts. 164 y 168). Tratándose de cuasidelitos, es necesario también para entablarlas haber reclamado oportunamente del agravio que el hecho culpable ha inferido (L. O. T. art. 165).

Careciendo los árbitros de fuero, no se aplican en las causas sobre responsabilidad civil de ellos, las reglas especiales de competencia que rigen en esos casos respecto de los jueces permanentes.

La sentencia que se dicte en el juicio sobre responsabilidad civil del árbitro no afecta en ningún caso la sentencia firme que éste hubiera pronunciado.

119.—*Responsabilidad disciplinaria.*—¿Están sometidos los árbitros a las normas generales de la disciplina judicial? Es ésta una cuestión que se ha discutido.

Durante mucho tiempo se pretendió hacer efectiva la responsabilidad

disciplinaria de los jueces árbitros por faltas o abusos cometidos en el desempeño de sus funciones, mediante recursos de queja interpuestos ante la respectiva Corte de Apelaciones. Estos tribunales rechazaron invariablemente esos recursos (326). Sin embargo, jamás declararon que los árbitros no estuvieran sometidos a la disciplina judicial, y muy rara vez que no era procedente la vía de la queja para corregir las faltas y abusos cometidos por los árbitros en el ejercicio de sus cargos; se limitaron, en la mayoría de los casos, a establecer que carecían de facultades para conocer de esos recursos, ya que los arts. 68, 69 y 70 de la L. O. T. se refieren únicamente a los jueces de letras y ninguna disposición los ha hecho extensivos a los árbitros. La Corte Suprema, confirmando una sentencia de la Corte de Talca, resolvió expresamente que lo hacía entendiendo que por ella dicho tribunal se había declarado incompetente para conocer de la queja contra un árbitro (327).

Se dejaba así abierta la puerta para buscar la corrección de las faltas de los compromisarios en otro tribunal. La clave al efecto la otorgó el precepto constitucional que confiere a la Corte Suprema "la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación" (Const. Polít., art. 86); teniendo los jueces árbitros la calidad de tribunales, quedan naturalmente comprendidos dentro de esta disposición (328). La Corte Suprema no ha tenido dudas a este respecto y haciendo uso de las atribuciones que le otorga ese precepto constitucional y los arts. 108, y 109 de la L. O. T., ha acogido numerosas quejas contra jueces árbitros y aún ha impuesto a éstos sanciones disciplinarias (329).

Nos parece acertada esta práctica. Las Cortes de Apelaciones no tienen facultades disciplinarias sobre los jueces árbitros, porque ningún texto se las ha concedido y está prohibido a las autoridades ejercer otras atribuciones que las que las leyes expresamente les confieran. En cambio, la Corte Suprema no se halla en igual caso. Según el art. 108 de la L. O. T., precepto armónico con el art. 86 de la Constitución Política, corresponde a la Corte Suprema "ejercer la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica sobre todos los tribunales de la Nación", y el art. 109 la faculta, en consecuencia, para corregir por sí las faltas o abusos que *cualesquiera jueces o funcionarios del orden judicial* cometieren en el desempeño de su ministerio, usando para ello de las facultades discrecionales que corresponden a las Cortes de Apelaciones con arreglo a los arts. 69 y 70". Como se ve, la Corte Suprema puede hacer uso de estas facultades no sólo respecto de los jueces de letras, sino res-

(326) C. Tacna, Gaceta 1905, t. II, N.o 1701, p. 487; C. Santiago, Revista, t. IX, s. II, p. 5 (un voto en contra); C. Valparaíso, Gaceta 1911, t. I, N.o 617, p. 1042; C. Santiago, "Jurisprudencia C. P. C." 1.a Ap., t. II, p. 962; C. Santiago, Otero, ob. cit., pág. 964; C. Talca, Gaceta 1912, N.o 32, p. 76; C. Talca, Gaceta 1913, N.o 448, p. 1497; C. Valparaíso, Gaceta 1914, N.o 479, p. 1322; C. Tacna, Gaceta 1916, t. II, N.o 187, p. 667; C. Valparaíso, Otero, ob. cit., pág. 964.

(327) C. Suprema, Gaceta 1913, N.o 542, p. 1796.

(328) Benavente, ob. cit., pág. 94; Carvajal Ravest, Horacio, "La Corte Suprema", Santiago, 1940, págs. 171 y 200.

(329) Revista, t. XVII, s. I, p. 395; Revista, t. XXVI, s. I, p. 367; Revista, t. XVIII, s. I, p. 469; Revista, t. XXIX, s. I, p. 531; Gaceta 1932, t. II, N.o 28, p. 138; Revista, t. XXX, s. I, p. 82; Revista, t. XXX, s. I, p. 222; Revista, t. XXXI, s. I, p. 523; Revista, t. XXXIII, s. I, p. 77; Revista, t. XXXVII, s. I, p. 377.

pecto de "cualesquiera jueces o funcionarios del orden judicial", entre los que naturalmente quedan comprendidos los jueces árbitros.

Claro está que no todas las medidas disciplinarias que los preceptos citados permiten aplicar a los jueces son igualmente aplicables a los compromisarios; no lo es la suspensión de funciones; pero no hay inconveniente alguno para que se les aplique la amonestación privada, la censura por escrito, el pago de costas y la multa que no exceda de dos mil pesos ni sea inferior a cien.

Al discutirse el Proyecto de Código Orgánico de Tribunales de 1912, los señores Agustín Correa Bravo y Miguel Luis Valdés propusieron que los árbitros quedaran sometidos en materias disciplinarias y económicas a la jurisdicción de la respectiva Corte de Apelaciones, en cuanto les fueren aplicables las facultades de que disponen respecto de los jueces y siempre que su intervención fuere reclamada por la partes interesadas en el juicio arbitral. El señor Valdés, defendiendo esta indicación, expresó que "la jurisdicción arbitral es una desmembración de la jurisdicción ordinaria, aceptada por la ley para ciertos casos en virtud de consideraciones especiales de conveniencia, y si hay poderosas razones para conceder a la Cortes de Apelaciones la facultad de controlar la administración de la justicia hecha por los funcionarios públicos nombrados para el efecto, nada hay que haga disminuir la fuerza de esas razones en lo que toca al control de los jueces privados llamados árbitros". La idea fué acogida respecto de los árbitros de derecho, pero se produjo un empate al tratarse de los arbitradores (330). El Proyecto del año 1929 establece, en cambio, sin distinguir, que "las Cortes de Apelaciones tendrán también jurisdicción disciplinaria y correccional sobre los árbitros para los efectos de corregir las faltas o abusos que cometieren en el ejercicio de sus funciones" (art. 255).

En nuestro concepto, el sometimiento de los árbitros a las normas generales de la disciplina judicial es consecuencia lógica de su calidad de jueces, (331) y afecta por consiguiente en la misma forma a los árbitros de derecho que a los amigables componedores y a los árbitros mixtos. Así lo ha entendido la Corte Suprema que ha acogido numerosas quejas contra arbitradores. La reforma tendiente a dar facultades coercitivas sobre los compromisarios a las Cortes de Apelaciones, debe prosperar; si dichos tribunales son considerados por la ley como superiores jerárquicos de los árbitros para otros efectos, como por ejemplo, para conocer de los recursos contra sus resoluciones, resolver las contiendas de competencia y fallar las implicancias, deben serlo igualmente en lo que se refiere a la disciplina judicial.

---

(330) Actas de la Comisión Especial nombrada por la Cámara de Diputados para estudiar el Proyecto de Código Orgánico de Tribunales (1904-1911). Santiago, 1913, pág. 237.

(331) Así lo admiten categóricamente en Francia Glasson, Tissier et Morel, declarando por ello procedente contra los árbitros la "prise a partie", que es un recurso de carácter manifiestamente disciplinario destinado a obtener que se corrija el daño causado por la falta de un juez o tribunal. Estos autores rechazan la argumentación de que la prise a partie ha sido establecida únicamente en homenaje al respeto que merece la magistratura permanente y su jerarquía y que contra los árbitros procede en casos de faltas o abusos la acción ordinaria de indemnización de perjuicios (ob. cit., t. V, N.o 1846).

Mientras la reforma no se haga, sin embargo, los árbitros permanecerán sujetos únicamente a la jurisdicción disciplinaria de la Corte Suprema, y este tribunal podrá siempre corregir, por la vía de la queja, las faltas y abusos que los compromisarios cometan en el desempeño de sus funciones, ya sea faltando a los deberes o violando las prohibiciones que el ejercicio de su cargo les impone, ya pronunciando resoluciones manifiestamente injustificadas y dañinas.

TITULO SEGUNDO

Constitución del Tribunal Arbitral

Capítulo I

LAS FUENTES DE ARBITRAJE: LA LEY Y LA CONVENCION DE ARBITRAJE

120 *Constitución del tribunal arbitral.* — Para hacer funcionar el mecanismo del arbitraje es preciso, antes que nada, constituir el tribunal arbitral. Los jueces árbitros están establecidos por la ley; pero no tienen vida permanente y real; existen sólo en potencia, y corresponde a los propios interesados hacer de ellos una realidad concreta y colocarlos en aptitud de desempeñarse. Constituir el tribunal arbitral es, pues, dar existencia efectiva al organismo llamado a administrar justicia que la ley establece de un modo abstracto.

La constitución del tribunal arbitral supone una voluntad previa de recurrir a juicio de compromisarios, voluntad que puede tener su origen en un mandato imperativo de la ley o en una convención de las partes. Un precepto legal que ordena el arbitraje o un acuerdo de las partes para acudir ante árbitros, debe ser, en todo caso, el primer elemento en la organización del juicio arbitral; se trata de elementos generadores: son las fuentes del arbitraje. Y según tenga el arbitraje su fuente en la ley o en la convención, vale decir, según sea forzoso o voluntario, la manera de constituir el tribunal arbitral será más o menos simple.

a) *Arbitraje forzoso*

121 *Fuente: la ley.*— El arbitraje obligatorio tiene su fuente en la ley; es la voluntad del legislador lo que impone a las partes contendientes la necesidad de llevar su disputa ante árbitros, al disponer la competencia de éstos para conocer de ciertos negocios. Suscitada una controversia de las que necesariamente deben resolverse para compromisarios, cualquiera de los interesados puede compeler a los demás para que se sometan al juicio arbitral, como podría someterlos a la jurisdicción de un juez de letras si éste

y no el árbitro fuera el tribunal competente. Ninguna convención previa, ningún acuerdo de voluntades entre las partes para acudir ante árbitros, se precisa en este caso; basta con el mandato de la ley.

122 *Forma de constituir el tribunal.* — Estando determinada por la ley la competencia privativa del tribunal arbitral para conocer de un asunto con exclusión de cualquier otro juez, la tarea de constituir ese tribunal se reduce, en los casos de arbitraje forzoso, a dos operaciones: *nombramiento de los árbitros* y *aceptación de éstos.*

b) *Arbitraje voluntario:*

123 *Forma de constituirlo.* — No ocurre lo mismo cuando se trata de arbitraje puramente voluntario. Para que pueda verificarse en este caso el nombramiento de los árbitros y la aceptación consiguiente de éstos, debe producirse antes un acuerdo entre los interesados para someterse a la jurisdicción arbitral. En efecto, todo litigio que no sea de arbitraje forzoso es de la competencia de alguno de los tribunales permanentes establecidos por la ley; cada vez que uno se suscita y quieren las partes solución judicial, deben acudir a ese tribunal, salvo que, de común acuerdo, hayan determinado o determinen que sea resuelto por árbitros. Para que tenga lugar el arbitraje es necesario un convenio de los interesados para verificarlo. La constitución del tribunal arbitral, en caso de arbitraje voluntario, comprende, pues, tres operaciones: *convención de arbitraje, nombramiento de árbitros* y *aceptación de éstos.*

Esta diferencia entre arbitraje voluntario y arbitraje forzoso tiene fácil explicación; la fuente del segundo está en la ley y no es preciso crearla; la fuente del primero es una convención que los propios interesados deben celebrar.

Esto nos conduce a estudiar la convención de arbitraje.

124 *Fuente: la convención de arbitraje.* — La fuente del arbitraje voluntario es una convención de arbitraje. Llamamos con esta denominación genérica al acuerdo de voluntades que, en todo arbitraje voluntario, debe producirse previamente entre las partes, *acuerdo por el cual sustraen un determinado asunto a las jurisdicciones ordinarias y determinan a su respecto la competencia de jueces árbitros.*

El estudio de la convención de arbitraje presenta dificultades en razón de que ella puede tomar diversas formas y no hay un criterio uniforme, ni en legislación ni en doctrina, para apreciar cuándo debe considerársela válida y qué requisitos debe reunir.

Puede ocurrir, en efecto, que las partes convengan en someter a árbitros todas las contiendas que ocurran entre ellas. Puede suceder, por el contrario, que determinen el arbitraje de un determinado litigio, ya nacido; o de una controversia, también determinada, pero futura; o de todas las disputas que entre ellas puedan surgir con ocasión de cierta relación jurídica. En cada uno de estos casos, a su vez, es posible que las partes designen

en el mismo acto el árbitro, o que nada digan al respecto. ¿Cuándo vale la convención de arbitraje y cuándo no? ¿Qué requisitos debe reunir en cada caso? Y aún ¿con qué nombre específico debe denominársela en cada uno?

De las diversas cuestiones que en torno a la convención de arbitraje se plantean, sólo sobre una hay consenso unánime: no puede ella referirse válidamente a todos los litigios que puedan sobrevenir entre dos personas.

125 *La convención de arbitraje universal no vale.* — El convenio por el cual dos o más personas someten o acuerden someter a arbitraje todas las contiendas que ocurran entre ellas, en general e indeterminadamente, no tiene ningún valor ante la ley, porque carece de objeto determinado o determinable, importa una renuncia general e indeterminada de derechos — lo que a nadie está permitido — e invade el campo del Derecho Público, significando una derogación absoluta, por un acto puramente privado, de la jurisdicción que corresponde a los tribunales permanentes (332).

126 *Formas válidas de la convención de arbitraje.* — La convención de arbitraje ha de tener, pues, para que valga, un objeto más o menos determinado.

Pero ¿cuál debe ser el grado de esta determinación? y ¿qué otros requisitos debe reunir? Cada legislación tiene un sistema al respecto y esta diversidad de leyes constituye uno de los obstáculos más serios para el desenvolvimiento del arbitraje en el Derecho Internacional Privado (333). Ella crea, por otra parte, una gran peligro de incurrir en errores al tratar de formular teorías generales y absolutas sobre esta materia.

Esta circunstancia nos mueve a hacer un somero estudio de la convención de arbitraje en diversas legislaciones extranjeras antes de analizarla en la chilena; de tal modo podremos establecer claramente los caracteres propios de la institución en nuestro país.

127 *La convención de arbitraje en Francia.* — El Código de Procedimiento Civil francés concibe la convención de arbitraje como un contrato por el cual las partes acuerdan hacer juzgar un litigio determinado por uno o varios árbitros que ellas designan (334); es lo que llama *compromiso*. Es requisito esencial del compromiso la designación de "los objetos en litigio" y de "los nombres de los árbitros"; la omisión de cualquiera de éstas enunciaciones está sancionada con nulidad (art. 1006). En cuanto a la primera, los intérpretes estiman que la ley desea que la dificultad que se somete a arbitraje sea "bien precisada" (335), para fijar con exactitud los límites de

(332) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1815; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 743; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 486, p. 22; Kisch, ob. cit., p. 412; Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 134; Bernard, ob. cit., N.os 176, 860 y 926; Morel, ob. cit., N.o 22; Miranda, ob. cit., N.o 54; Vargas, ob. cit., N.os 6 y 7.

Conforme a esta doctrina, el art. 1026 del Código Procedimiento Civil alemán dispone expresamente que "el compromiso para litigios futuros no producirá efecto alguno si no se refiere a relación jurídica determinada y a las cuestiones que de la misma puedan derivarse".

(333) Bernard, ob. cit., N.o 856.

(334) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1805.

(335) René Leray: "L'arbitrage et la loi nouvelle sur la clause compromissoire", París, 1927, p. 4.

la competencia del árbitro (336); pero no es indispensable que se detallen los pormenores de la controversia (337), y la jurisprudencia considera bastante que se indique la naturaleza del litigio, llegando hasta admitir la validez de un compromiso sobre una contienda aún no producida, pero que es "expresamente prevista y especificada" (338). En lo que concierne a la designación de los árbitros, no hay necesidad de indicar precisamente sus "nombres y apellidos", sino tan sólo de individualizarlos de manera que no haya duda sobre su identidad, pudiendo hasta designárseles por sus calidades o por la función que desempeñan (339).

Ninguna otra convención de arbitraje, que no reúna rigurosamente los requisitos exigidos para el compromiso, es aceptada en Francia de manera general. Los convenios entre partes para someter a juicio arbitral todas o algunas de las dificultades que entre ellas puedan sobrevenir con ocasión de un contrato o de cierta relación jurídica, carecen generalmente de valor. Por excepción, el Código de Comercio los admite en materia de seguros marítimos (art. 332), y una ley de 31 de Diciembre de 1925, los ha aceptado en asuntos comerciales, siempre que se refieran a alguno de los litigios que taxativamente enumera. Estos acuerdos se conocen en Francia con el nombre de *cláusula compromisoria.*

La cláusula compromisoria es, para los franceses, una estipulación, contenida en un contrato, por la cual las partes se obligan por adelantado a someter a árbitros todas o algunas de las dificultades que puedan producirse entre ellas con motivo de ese contrato. La cláusula es siempre *accesoria* a otra convención principal y se refiere a *litigios futuros y eventuales* que puedan nacer de una relación *contractual;* éstos son sus caracteres distintivos y esenciales. En consecuencia, no debe ni puede contener la designación precisa de los objetos en litigio, puesto que aún no se ha producido controversia alguna; ni es necesario que contenga la designación de los árbitros, aunque pueden las partes nombrarlos desde luego, o fijar las normas a que sujetarán su nombramiento. Jurídicamente, la cláusula compromisoria importa una *promesa de comprometer* que crea para sus otorgantes la obligación de celebrar el contrato de compromiso (340).

Antes de dictarse la ley de 31 de Diciembre de 1925 hubo en Francia mucha discusión acerca del valor de la cláusula compromisoria. Admitida sin réplica por los Tribunales durante la primera mitad del siglo pasado, la jurisprudencia se volvió, sin embargo, en contra suya, de manera decidida y uniforme, desde un fallo de la Corte de Casación de 10 de Julio de 1843. Se estimó, al efecto, que la cláusula compromisoria importa un peligro demasiado grande para los contratantes, que en el momento de otorgarla ig-

(336) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 245; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 242.

(337) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 245.

(338) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809.

(339) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 241; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 242; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809; Robert, ob. cit., N.o 41.

(340) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.os 1812 y 1815; René Morel, ob. cit., N.os 1, 10, 22 y 23; M. Landrau, ob. cit., p. 68; Leray, ob. cit., p. 74; Paul Farcy, "Le Livre de l'arbitrage", París, 1928, p. 7.

noran la extensión de los sacrificios que hacen y pueden, por consiguiente, ser fáciles víctimas de su ligereza e imprevisión. De acuerdo con este criterio se la declaró nula por no reunir en sí los requisitos prescritos por el art. 1006 del Código Procedimiento Civil: designación de los objetos en litigio y nombramiento de los árbitros (341).

Esta jurisprudencia, defendida por algunos tratadistas como Garsonnet (342), Bioche, Borbeaus, Boitard y Colmet-Daage (343), ha sido calurosamente impugnada por otros, entre los que sobresalen Mongalvy (344), Bellos, Chavau, Rodiére (345) y Glasson, Tissier et Morel (346). Según éstos no puede argumentarse, para afirmar la nulidad de la cláusula compromisoria, con el art. 1006 del Código Procedimiento Civil, porque esta disposición se refiere al compromiso y no a la cláusula; lo demás es confundir ambos actos, que son jurídicamente distintos; media entre ellos la diferencia que hay entre la promesa de celebrar un contrato y el contrato prometido. Como ningún texto legal prohibe la cláusula compromisoria, que en sí nada tiene de contrario a la ley ni al orden público, consideran estos autores que debe aceptarse su validez sin restricciones.

Con todo, el criterio de los tribunales no ha variado. La nulidad de la cláusula compromisoria, que ellos han establecido, no es, sin embargo, absoluta ni de orden público; las partes pueden renunciarla ejecutando voluntariamente la cláusula (347).

A esta nulidad hacen excepción, actualmente, las cláusulas compromisorias que se otorgan en materia mercantil en virtud de la ya citada ley de 1925.

Pero aun tratándose de estas cláusulas válidas, se ha manifestado en Francia el criterio contrario a la cláusula compromisoria, mediante la opinión, sostenida por ciertos autores y algunas resoluciones judiciales, de que la obligación de comprometer que deriva de una cláusula válida no es susceptible de ejecución forzada y, en caso de que una de las partes se niegue a cumplirla, la otra sólo puede perseguir indemnización de perjuicios; se fundan para ello en el carácter esencialmente voluntario del arbitraje y en la circunstancia de que, conforme al art. 1142 del Código Civil, toda obligación de hacer se resuelve en indemnización de perjuicios en caso de inejecución por parte del deudor. Los más autorizados intérpretes repudian, sin embargo esta opinión, que disminuye enormemente la importancia y el valor de la cláusula compromisoria, y piensan que la obligación de comprometer que ésta genera tiene plena eficacia y si una parte se resiste a cumplirla, la

---

(341) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1812; M. Landrau, ob. cit., págs. 71 a 76; Robert, ob. cit., N.os 92 y 93.

(342) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 243.

(343) Bernard ob. cit., N.o 153.

(344) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 246.

(345) Bernard, ob. cit., N.o 153.

(346) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., T. V, N.o 1812; Morel, ob. cit., N.o 9.

(347) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V. N.o 1812; Landrau, ob. cit., p. 79; Morel, ob. cit., N.o 1.

otra puede obtener de la autoridad judicial, que designe árbitros en su reemplazo (348).

128 *La convención de arbitraje en Bélgica.* — Sobre la base de textos legales idénticos a los de Francia — rigen en Bélgica sobre la materia los arts. 1003 a 1028 del Código de Procedimiento Civil, exactamente iguales a los del Código de Procedimiento Civil francés — la jurisprudencia y los autores belgas admiten la convención de arbitraje con mucha más amplitud que la francesa.

En efecto, la exigencia del art. 1006 relativa a la designación de los objetos en litigio y del nombre de los árbitros que el compromiso debe contener, es interpretada aun con mayor libertad por los tribunales belgas que por los franceses; no se considera necesario especificar precisamente la controversia y se estima que cumplen con el art. 1006 las estipulaciones en que se somete a arbitraje "todos los litigios suscitados entre las partes", "los diferendos que resulten de la comunidad y de las relaciones civiles y comerciales que han existido entre las partes" y "las cuentas por reglar entre las partes" (349). La Corte de Casación, en fallo de 17 de Diciembre de 1936, ha resuelto que la exigencia legal de designar "los objetos en litigio" no implica que el compromiso deba referirse a dificultades ya nacidas y que ninguna disposición prohibe celebrarlo respecto de controversias futuras y eventuales.

En cuanto a la cláusula compromisoria, nunca se ha negado en Bélgica su valor, ni se ha pretendido someterla al art. 1006 del Código de Procedimiento Civil, disposición aplicable exclusivamente al compromiso. Puesto que éste puede referirse a litigios futuros y eventuales, no debe buscarse en el carácter futuro y eventual de la controversia el elemento propio y distintivo de la cláusula. Lo que distingue un contrato de otro "es que el compromiso contiene, junto con la indicación de los objetos del litigio, el nombre de los árbitros, en tanto que la cláusula compromisoria no constituye sino una promesa de comprometer con motivo de una relación de derecho determinada" (350).

129 *La convención de arbitraje en Italia.* — El Código de Procedimiento Civil italiano, trata de la convención de arbitraje bajo la denominación de *compromiso* y dispone que debe contener, so pena de nulidad, el nombre y apellido de las partes y de los árbitros y la determinación de las cuestiones sujetas al arbitraje (art. 11). En cuanto a la designación de los árbitros, se considera por los tribunales y tratadistas que basta con que se les individualice de manera que no pueda confundírseles, no siendo indispensable que se indique su nombre y apellido. Por lo que respecta a los asuntos que se someten a arbitraje, deben ser determinados por lo menos en su especie; pero se acepta unánimemente que no es necesario que se detallen los extremos particulares de la cuestión y las respectivas pretensiones de las partes "sino

(348) Glasson, Tissier et Morel, ob cit., t. V, N.o 1817; Morel, ob. cit., N.os 40 a 43; Robert, ob. cit., N.os 122 a 126.
(349) Bernard ob. cit., N.o 83.
(350) Bernard, ob cit., N.o 151.

que basta que aparezca designado y circunscrito el objeto de la litis, de modo que de la confrontación de los términos del compromiso con los de la sentencia de los árbitros se pueda reconocer si esta sentencia decide todos los puntos comprometidos y no excede de los límites del compromiso". En todo caso, debe tratarse de litigios perfectamente definidos y ya existentes.

No obstante lo anterior, el art. 12 del Código de Procedimiento Civil italiano se pone en el caso de que en un contrato o después, las partes se obliguen a someter a compromiso las controversias que puedan surgir de él y prescribe que si los árbitros no fueren designados en el mismo acto o por cualquiera causa faltaren todos o alguno de ellos, el nombramiento se hará por la autoridad judicial que sea competente para conocer de la controversia, siempre que las partes no hayan establecido otra cosa. Esta disposición reconoce la validez de convenciones de arbitraje relativas a litigios aun no producidos y que pueden no contener la designación de árbitros: es lo que la doctrina italiana denomina *cláusula compromisoria*. Se trata de un convenio *accesorio* que supone otro contrato anterior al cual va anejo y del cual depende y es característica esencial suya el referirse a litigios *futuros y eventuales*, por lo cual no puede contener la determinación precisa de ellos, sino la sola referencia al vínculo contractual del cual podrán nacer. Suscitada después la controversia, deben las partes especificarla debidamente para iniciar el juicio arbitral; y si no han nombrado árbitros y no convienen en hacerlo, cualquiera de ellas puede pedir a la justicia ordinaria que haga la designación (351).

130 *La convención de arbitraje en Alemania.* — En el derecho alemán el arbitraje voluntario puede tener su fuente u origen no sólo en una convención de las partes, sino también en disposiciones de última voluntad o en otros actos de naturaleza extracontractual (Código Procedimiento Civil alemán, art. 1043).

En cuanto a la primera, se designa con la expresión *Schiedsvertrag*— convención de arbitraje — y puede referirse indistintamente a litigios actuales o futuros; lo único que la ley exige es que verse sobre objetos susceptibles de arbitraje. No se distingue, pues, entre compromiso y cláusula compromisoria: pero la "convención de arbitraje sobre controversias futuras sólo tiene efecto si se refiere a una relación jurídica determinada o a las controversias que de ella puedan nacer", según expresamente dispone el art. 1026 del Código de Procedimiento Civil. Esta relación de derecho previa que la ley alemana exige no debe necesariamente ser de índole contractual, sino que puede también ser de cualquier otro carácter: es posible someter a arbitraje todas las dificultades que puedan nacer entre dos personas con motivo de su relación de vecindad; el contrato en que esto se convenga produce plenos efectos en Alemania.

No es esencial que la convención de arbitraje contenga el nombramiento de árbitros. Si las partes quieren, pueden hacerlo, y su designación tiene valor de cualquiera manera que la hagan, aunque no indique el nombre

(351) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.os 742, 744, 757, 761, 763 y 764; Chiovenda, ob. cit., t. I, págs. 133 y 134; Vargas, ob. cit., N.o 13; Miranda, ob. cit., N.o 65.

ni apellido de los árbitros, siempre que los individualice suficientemente. Si las partes no hacen nombramiento de árbitros en la convención ni acuerdan nada al respecto, la ley suple su silencio preceptuando que, llegado el caso, cada parte deberá designar uno y si alguna se niega a hacerlo, la otra puede nombrar por sí al suyo y pedir a la justicia ordinaria que, pasado el plazo de una semana, designe al de la contraria si aun no ha sido nombrado (352).

131 *La convención de arbitraje en Inglaterra.* — En el derecho inglés, la convención de arbitraje, denominada *submission*, tiene muy amplia acogida: es un acuerdo entre partes para someter a arbitraje un diferendo presente o futuro. Puede referirse indistintamente a litigios ya producidos, —actuals differences— o a controversias eventuales y por nacer —futures differences,— y puede contener o no la designación de árbitros. En Inglaterra no se distingue entre compromiso y cláusula compromisoria (353).

132 *La convención de arbitraje en España.* — En España, el arbitraje voluntario, único reconocido por la ley, tiene su fuente en el *compromiso*, que según el art. 793 del Código de Procedimiento Civil, debe contener, entre otras enunciaciones, "los nombres, profesión y domicilio de los árbitros" y "el negocio que se someta al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias". Según esto, la convención de arbitraje reconocida por la ley española debe referirse a controversias bien determinadas y debe contener el nombramiento de los compromisarios.

Sin embargo, se admite por los tribunales y tratadistas la validez de los pactos en que los interesados someten a juicio arbitral todas las contiendas entre ellos existentes o las que puedan nacer de un determinado contrato, aunque no contengan designación de árbitros; pero no se asigna a esos acuerdos otro efecto que "los consiguientes a la obligación personal contraída: quedan obligadas las partes a otorgar la correspondiente escritura pública formalizando el compromiso con todos los requisitos que se determinan en el art. 793, y la que se niegue a verificarlo tendrá que abonar a la otra los daños y perjuicios, como sucede en toda obligación de hacer o no hacer cuando es personalísima y no se puede cumplir de otro modo". La designación de los árbitros debe efectuarse siempre por los propios compromitentes, que no pueden encomendarla a un tercero ni ser reemplazados forzosamente por el juez (354).

133 *La convención de arbitraje en Chile. — Legislación.* — Dentro de nuestros textos legales, diversas disposiciones contemplan la convención de arbitraje. En la L. O. T., los arts. 181, 182 y 183, reglamentan el *nom-*

(352) Goldschmidt, ob. cit., págs. 495 y sigtes.; Víctor Loewenwarter, op. cit, Revista, T. XXXII, 1.a parte, p. 114; Bernard, ob. cit., N.os 859, 860, 862 y 863; Vargas ob. cit. N.o 12.

(353) M. Landrau ob. cit., págs. 25, 31, 32, 45 y 46; Bernard, ob. cit., N.os 885, 886, 887 y 893.

(354) Manresa, ob. cit., t. IV, pág. 14; Silva Melero, Valentín, "El Compromiso", opúsculo publicado en la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", año LXXXI, t. 161, Madrid, 1932, p. 427.

bramiento de árbitros y el último de ellos prescribe que debe hacerse por escrito y contener, entre otras enunciaciones, el nombre y apellido de las partes litigantes, el nombre y apellido del árbitro nombrado y el asunto sometido al juicio arbitral. Los arts. 184, 189 y 190 de la misma ley, 400 del Código Civil, 415 del Código de Comercio, 21 y 67 de la ley de Quiebras, y 788, 789, 792, 793, 796, 798 y 799 del Código de Procedimiento Civil, hablan del *compromiso,* aunque ninguno de éstos preceptos define lo que debe entenderse por tal. En varios de ellos parece que la palabra "compromiso", se empleara como sinónimo de "arbitraje" (arts. 415 del Código de Comercio, 67 de la ley de Quiebras, 789, 793, 796 y 799 del Código de Procedimiento Civil); en otros indica claramente un acto por el cual los interesados acuerdan someterse a juicio arbitral (arts. 484 de la L. O. T., 400 del Código Civil, y 21, N.o 12 de la ley de Quiebras), y en no pocos tiene una acepción ambigua, susceptible de entederse en ambos sentidos (arts. 189 y 190 de la L. O. T., y 788, 792 y 798 del Código Procedimiento Civil). Los arts. 2141 del Código Civil, 8 del Código de Procedimiento Civil y 395 del Código de Comercio, hablan de la facultad de *comprometer,* y el art. 352 del Código de Comercio, en su número 10, establece el derecho de los socios para expresar en la escritura social "si las diferencias que les ocurran durante la sociedad deberán ser o no sometidas a la resolución de arbitradores". No conocemos precepto legal alguno en nuestro derecho que hable de la *cláusula compromisoria,* denominándola expresamente con este nombre y determinando lo que ella es.

134 *La convención de arbitraje en Chile. — Doctrina.* — El estudio de la convención de arbitraje en Chile se ha reducido, generalmente, a un intento de los intérpretes para encajar, dentro de los textos legales citados, los conceptos de las doctrinas francesa e italiana. Es así cómo la mayoría de los comentadores, sin afirmarlo categóricamente ni establecer al respecto un sistema, han entendido que el art. 183 de la L. O. T., reglamenta el *compromiso,* considerando que lo es el acuerdo por el cual las partes someten *determinados litigios actuales* a la decisión de *árbitros también determinados,* y que éste es el único medio legal de constituir el arbitraje. Han pensado, generalmente, sin embargo, que no hay obstáculo para que las partes convengan en someter a arbitraje *controversias futuras o eventuales,* pero que este acuerdo, a que llaman *cláusula compromisoria,* no importa compromiso ni está sujeto a los preceptos del art. 183 de la L. O. T., puede contener o no la designación de los árbitros y no da lugar directamente al arbitraje, sino sólo una vez que las partes lo cumplen, cuando el litigio se produce, celebrando el correspondiente compromiso (355). Para algunos esta cláusula constituye una promesa de comprometer, que se rige por las reglas del art. 1554 del Código Civil (356); para otros, se trata de una convención con indivi-

(355) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.os 1093, 1694 y 1702; Abel González G., "Breve estudio sobre el juicio arbitral en Chile", Memoria, Santiago, 1904, págs. 18 y sgtes.; Ernesto Tricot, "Del arbitraje y en especial de la cláusula arbitral y del nombramiento de árbitros", Memoria, Valparaíso, 1922, p. 29; Benavente, ob. cit., págs. 63 a 69 y 133 y sigtes.; Raúl Varela Varela, nota a sentencia de C. Suprema de 21 de Octubre de 1933, Revista, t. XXXI, s. I, p. 179.

(356) Ballesteros, ob. cit., t II, N.o 1702.

dualidad propia, que tiene plena eficacia en virtud del principio de la libre contratación (357).

Estas ideas, que constituyen un lugar común en nuestro ambiente jurídico, han sido rebatidas en el último tiempo. Osvaldo Vargas Barros, en su memoria sobre "La Cláusula Compromisoria", del año 1938, sostiene que "la doctrina francesa sobre la cláusula compromisoria es inaplicable en Chile" y que "es necesario desterrar definitivamente la errada idea, tan difundida por la lectura de los textos franceses, de que la cláusula compromisoria es sólo la promesa de someter al arbitraje los litigios futuros y eventuales que pudieran surgir de un contrato" (358). Según él, no hay en nuestra legislación ningún antecedente legal para sostener que la cláusula compromisoria debe ir aneja a otro contrato y que sólo puede referirse a litigios futuros y eventuales (359), ni tampoco para afirmar que el compromiso exija un litigio actual; los términos del N.o 3 del art. 183 de la L. O. T., hablan en general y no distinguen entre controversias pendientes o eventuales y no puede por consiguiente buscarse un criterio diferencial entre el compromiso y la cláusula compromisoria en el carácter actual o futuro de los asuntos que se someten a arbitraje (360). La verdadera diferencia está, para él "*en que la cláusula no debe designar los árbitros y el compromiso, por el contrario, los debe designar con su nombre y apellido*" (361). Vargas ve en la cláusula compromisoria una promesa de someterse a arbitraje y en el compromiso el cumplimiento de esa promesa mediante la designación de árbitros; "el compromiso tiene por objeto la constitución del juicio arbitral y la cláusula compromisoria, por el contrario, simplemente importa al promesa de constituirlo". Ambos actos no pueden coexistir simultáneamente; "si llega el momento de designar los árbitros desaparece la cláusula y se constituye el compromiso" (362).

135 *La convención de arbitraje en Chile. — Jurisprudencia.* — Las decisiones de nuestros tribunales acerca de la convención de arbitraje no han llegado a elaborar, en su tarea interpretativa de los textos legales, una doctrina clara y definida sobre la materia. Con todo, ellas son la mejor fuente para un estudio sobre el particular, ya que importan un esfuerzo serio, hecho con criterio realista y generalmente libre de prejuicios y de influencias doctrinarias extrañas, para interpretar los preceptos que rigen la convención de arbitraje en Chile de acuerdo con las necesidades y costumbres de nuestra vida jurídica moderna. Y es lo cierto que si aun no logran establecer un sistema acabado, evolucionan cada día hacia una concepción más clara y precisa sobre la materia y ya constituyen jurisprudencia uniforme sobre muchos aspectos fundamentales de ella.

Nuestros tribunales han aceptado, por lo común, la validez de las convenciones de arbitraje, aunque no contengan la designación de los árbitros

(357) Varela, op. cit.
(358) Vargas, ob. cit., N.o 11.
(359) Vargas, ob. cit., N.o 11.
(360) Vargas, ob. cit., N.o 23.
(361) Vargas, ob. cit., N.o 24.
(362) Vargas, ob. cit., N.o 25.

y se refieran a litigios futuros y eventuales. Es así cómo no sólo han reconocido eficacia a estipulaciones en que se someten *litigios presentes* al arbitraje de *compromisarios que se nombran;* sino además, a las que, *designando árbitros,* les encargan la decisión de *controversias aún no producidas* (363), y también a las que someten a arbitraje, en general, *sin nombrar árbitros,* el fallo de *dificultades futuras y eventuales* (364).

La jurisprudencia ha establecido que el art. 183 de la L. O. T., sólo reglamenta la convención de arbitraje que lleva aneja la designación de árbitros y que no puede aplicarse este precepto a los convenios en que las partes acuerdan simplemente someter ciertos asuntos a juicio arbitral, sin hacer en el acto el nombramiento de compromisarios (365).

La convención de arbitraje que contiene nombramiento de árbitros debe sujetarse en todo caso, rigurosamente, según el criterio de nuestros tribunales, a las prescripciones del art. 183 de la L. O. T. De aquí que se haya fallado que las estipulaciones en que las partes se someten al fallo de ciertos árbitros que designan, pero cuyo nombramiento se hace en otra forma que por la indicación de su nombre y apellido, carecen de valor legal por violar lo dispuesto en el N.o 2 de dicho artículo (366). En cuanto a la expresión del "asunto sometido al juicio arbitral", prescrita por el N.o 3 de la misma norma, no se exige, en cambio, que se haga de manera detallada y precisa, ni que se refiera necesariamente a un litigio ya producido; varios fallos han admitido la validez de convenios en que se nombren árbitros para resolver dificultades futuras y eventuales (367), y sólo conocemos uno que rechaza la eficacia de un acuerdo como constitución de arbitraje por referirse a tal clase de litigios (368). Es, por lo demás, muy significativa a este respecto, la circunstancia, que Vargas hace notar, de que cuando nuestros tribunales han anulado convenios de arbitraje por no cumplir los requisitos del art. 183 de la L. O. T., no se han basado en que ellos, por haberse acorda-

(363) C. Valparaíso, Gaceta 1915, N.o 299, p. 739; C. Santiago, Gaceta 1916, t I, N.o 188, p. 586; C. Suprema, Gaceta 1932, t. II, N.o 28, p. 138; C. Suprema, Revista, t. XXIX, s. I, p. 100; C. Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 77.

(364) C. Santiago, Revista, t. II, s. p 111; C. Suprema, Revista, t. VI, s. I, págs. 194 y 205; C. Valparaíso, Gaceta 1914, N.o 481, p. 1324; C. Valparaíso, Gaceta 1915, t. II, N.o 299, p. 739; C. Tacna, Revista, t. XVII, s. I, p. 75; C. Tacna Gaceta 1916, t. I, N.o 129, p. 410; C. Tacna, Gaceta 1917, t. I, N.o 188, p. 286; C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75; C. Iquique, Gaceta 1920, t. II, N.o 91, p. 445; C. Valparaíso, Gaceta 1935, t. II, N.o 1, p. 3; C. Suprema, Revista, t. XXXII, s. I, p. 402; C. Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 173.

(365) C. Tacna, Revista, t. XVIII, s. I, p. 175; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 129, p. 410; C. Tacna, Gaceta 1917, t. I, N.o 118, p. 286; C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75. Este fallo, en su cons. 5.o, dice: "que son cosas diversas la constitución del compromiso y el nombramiento de los árbitros que deben desempeñar el encargo, aunque ambos actos puedan comprenderse en una misma convención si se trata de un asunto pendiente, y como en el caso actual no se ha efectuado tal nombramiento no ha llegado la oportunidad de cumplir el art. 183 de la L. O. T.".

En sentido contrario, C. Valparaíso, cit. por Tricot, ob. cit., p. 40, y C. Talca, Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520.

(366) C. Suprema, Revista, t. XXXI, s. I, p. 178. La C. de Valparaíso, sin embargo, ha admitido valor a un pacto por la cual las partes someten al arbitraje del Presidente de la Cámara de Comercio cualquiera dificultad que surja entre ellas con motivo del contrato, Gaceta 1939, t. I, N.o 78, p. 351).

(367) C. Valparaíso, Gaceta 1915, N.o 299, p. 379; C. Santiago, Gaceta 1916, t. I, N.o 188, p. 586; C. Suprema, Revista, t. XXIX, s. I, p. 100; C. Suprema, Rexista, t. XXXIII, s. I, p. 77.

(368) C. Suprema, Revista, t. XXII, s. I, p. 725.

do con anterioridad al litigio, no cumplían con el requisito del No. 3 de la disposición citada, lo que en casi todos los casos habrían podido hacer, sino que han tenido como fundamento defectos de forma en la designación de los árbitros (369).

En lo que se refiere a las convenciones de arbitraje que no contienen la designación de árbitros, la jurisprudencia suple el silencio del legislador, que no las ha reglamentado expresamente en ningún precepto legal, atribuyéndoles eficacia jurídica en virtud de los principios generales del derecho, que reconocen la autonomía de la voluntad y dan al contrato la fuerza de ley entre las partes (370).

136 *Bases para una doctrina sobre la convención de arbitraje en Chile.* — El análisis de nuestros textos legales, de las opiniones de los tratadistas y del criterio de los tribunales, hecho en los tres números anteriores, nos proporcionan algunos antecedentes para construir la verdadera doctrina sobre la convención de arbitraje en la legislación chilena. Creemos que ella debe preferentemente elaborarse sobre los trazos generales establecidos por la jurisprudencia.

De los preceptos de la L. O. T., y del Código de Procedimiento Civil que reglamentan la materia, no fluye espontáneo y nítido ningún sistema sobre la convención de arbitraje. Los vacíos y deficiencias de esas disposiciones manifiestan, por otra parte, que sus autores no tenían ideas muy exactas al respecto.

Estas circunstancias, sin embargo, no autorizan para que se deje de mano todo lo peculiar que nuestras normas legales puedan tener y se pretenda encajar en ellas, sin análisis ni discusión, como la mayoría de sus intérpretes han hecho, los conceptos establecidos sobre el particular por legislaciones o doctrinas extranjeras. Pensamos que no debe hablarse entre nosotros, a priori, de *compromiso* y de *cláusula compromisoria,* porque la ley chilena no ha dicho en ninguna parte lo que entiende por "compromiso" y ni siquiera ha nombrado a la "cláusula compromisoria". Antes de poner nombres, lo que encasilla nuestro pensamiento de antemano dentro de límites preconcebidos, debemos averiguar cuál es la verdadera fisonomía jurídica de la institución en estudio en nuestra ley y cuáles son sus auténticos caracteres. Sólo cuando se hayan obtenido los frutos de esta labor llegará la hora de preguntar qué nombres les da la ley, y en el caso de que nos los haya denominado expresamente, de bautizarlos con el que mejor corresponda, con el fin meramente didáctico de llamar a las cosas con un apelativo. Mucho de esto ha hecho la jurisprudencia, y merece observarse que los tribunales chilenos, por lo general, han evitado emplear en sus fallos las denominaciones doctrinarias de "compromiso" y "cláusula compromisoria" (371).

---

(369) Vargas, ob. cit., N.o 23.

(370) C. Tacna, Revista t. XVIII, s. I, p. 75; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 129, p. 410; C. Tacna, Gaceta 1917, t. I, N.o 118, p. 286; C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75; C. Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 173.

(371) Por excepción, define la cláusula compromisoria la sentencia de la C. Tacna de 6-IV-1916, como "la obligación recíproca de someter las diferencias que ocurran a un juicio arbitral y que en acto posterior, una vez realizada la condición de

El tenor literal de los textos legales y, sobre todo, la historia fidedigna de su establecimiento, proporcionan, si no datos acabados, por lo menos los fundamentales para una interpretación de la convención de arbitraje en Chile. Lo demás es preciso construirlo, sobre el cimiento de estos datos, con ayuda de los conceptos legislativos y doctrinarios extranjeros, en cuanto se amolden al espíritu general de la legislación chilena y a la equidad natural (Código Civil, art. 22). Creemos que para estos efectos de una interpretación general y no casuística, puede entenderse por equidad natural lo que estando de acuerdo con el sentimiento de la justicia, corresponde en mejor modo a las necesidades y usos de la vida social.

El único precepto que reglamenta en detalle entre nosotros la convención de arbitraje, es el art. 183 de la L. O. T. Trata esta norma del *nombramiento de árbitros*, y dispone que "debe hacerse por escrito", y expresar, entre otras enunciaciones, "el nombre y apellido de las partes litigantes", "el nombre y apellido del árbitro nombrado" y "el asunto sometido al juicio arbitral". Según su último inciso, la omisión de estos requisitos está sancionada con nulidad.

Establece esta disposición, por consiguiente, una forma de convención de arbitraje cuya validez expresamente reconoce: la que se traduce en un nombramiento de árbitros y cumple con los requisitos que ella exige, esto es, se otorga por escrito, con expresión del nombre y apellidos de las partes, el nombre y apellidos del árbitro y el asunto sometido al juicio arbitral.

Como el precepto no dice que el asunto sometido al juicio arbitral deba necesariamente ser un litigio ya nacido, ni de su texto literal ni de su historia puede deducirse tal cosa, ni ninguna otra disposición lo establece, debe entenderse, puesto que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, que se cumple con el N.o 3 del art. 183 en análisis, no sólo cuando se indica un litigio ya pendiente, sino también cuando se designan ciertas controversias futuras y eventuales, siempre que se las determine. Así se ha resuelto por la jurisprudencia (372), ello no se opone al espíritu general de nuestra legislación y es de manifiesta conveniencia y utilidad práctica. El hecho de que en otras naciones, como España, Francia y Argentina, se haya estimado que el nombramiento de árbitros sólo puede hacerse para fallar litigios actuales, no puede influir en la interpretación de la ley chilena, porque los preceptos que rigen en esos países sobre la materia son diversos a los nuestros (373).

---

existir diferencias, se designen los árbitros y se fije la materia litigiosa" (Revista, t. XVIII, s. I, p. 75). Sigue, según se ve, las doctrinas francesa e italiana.

(372) La C. Suprema, en su fallo de 23-X-1919, dice: "Las partes pueden, en general, someter al juicio o decisión de árbitros los negocios que deseen o en que consientan, menos las cuestiones o causas que por excepción se consignan en los arts. 178 y 179 de la L. O. T., y entre las excepciones nombradas no están comprendidas las controversias que pueden suscitarse en la ejecución y cumplimiento de un contrato" y, por tanto, esta estipulación "se ajusta a los preceptos constituciones y legales" (Revista, t. XVIII. s. I, p. 75).

En el mismo sentido, véanse fallos citados en la nota N.o 363.

(373) Conviene anotar, además que a lo menos en Francia, el rechazo del compromiso sobre controversias futuras no aparece claramente del texto de la ley, sino que es el fruto del espíritu contrario al arbitraje que caracteriza a los tribunales franceses. Tanto es así que, en Bélgica, con los mismos textos, se resuelve unánimemente

Puede pues, darse por establecido que el derecho chileno admite expresamente la convención de arbitraje que contiene el nombramiento de árbitros, sea que se refiera a litigios pendientes o a dificultades futuras y eventuales.

Cabe ahora preguntarse ¿fuera de ésta, tiene valor para nuestra ley alguna otra forma de convención de arbitraje? ¿Qué eficacia jurídica posee el convenio en que las partes acuerdan simplemente someter ciertos asuntos al fallo de árbitros que no designan? ¿Es lícito entre nosotros el pacto por el cual se estipula que determinadas controversias no serán llevadas a la decisión de los tribunales ordinarios sino a juicio arbitral, pero en el cual no se nombran los compromisarios, sino que se contrae la obligación de designarlos en un acto posterior?

Hay en nuestra legislación antecedentes bastantes como para hacer indudable la plena eficacia de estos convenios. Ningún precepto los prohibe y, por el contrario, los arts. 352 N.o 10 y 415 del C. de C. contemplan expresamente la posibilidad de que se inserten estipulaciones de esta clase en los contratos de sociedad (374). Nada autoriza para pensar que estas normas tengan carácter de excepción, pues en ninguna parte ha establecido la ley chilena principios generales diferentes y debiendo toda prohibición interpretarse restrictivamente, no se puede en este caso deducir, por medio del razonamiento "a contrario", que el legislador prohibe en general estas cláusulas porque en los citados artículos las acepta de modo expreso.

Pero hay más aún: la historia fidedigna del establecimiento de la L. O. T. proporciona una prueba evidente de la validez de estos convenios. El art. 219 del proyecto de Vargas Fontecilla, luego de establecer que el nombramiento de árbitros debía hacerse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión, se ponía en el caso de que no hubiera avenimiento entre las partes respecto de la persona que se tratare de designar y disponía para tal evento que el nombramiento se haría por la justicia ordinaria "si el negocio litigioso fuere alguno de los enumerados en el art. 217"—actual 176 de la L. O. T., esto es, si se tratare de un asunto de arbitraje forzozo. La Comisión aprobó este artículo suprimiendo la frase "si el negocio litigioso fuere alguno de los enumerados en el art. 217", "a fin de hacer extensiva la regla de este inciso—dice el acta correspondiente— a todos los casos en que deba hacerse nombramiento de árbitros, sea por disposición de la ley o *por convenio de las partes*". El actual art. 181 de la L. O. T. reproduce el aludido precepto en la forma como fué aprobado por la Comisión (375).

Este antecedente deja en claro que los autores de la ley de 15 de Octubre de 1875 tuvieron la expresa voluntad de dar cabida, dentro de las disposiciones de este Código, a los acuerdos por los cuales las partes contraen la

---

lo contrario, y en la propia Francia, algunos fallos han admitido compromisos sobre dificultades eventuales siempre que estén especificadas. Véase, N.os 127 y 128.

Véase, en igual sentido, Vargas, ob. cit., N.o 23.

(374) Dichos preceptos se refieren a las sociedades colectivas, pero son aplicables a las anónimas, en comanditas y de responsabilidad limitada conforme a los arts. 425, 474 y 491 del Código de Comercio y 4 de la ley 3,918, de 14 de Marzo de 1923.

(375) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1681.

obligación de nombrar árbitros para el fallo de ciertos negocios, esto es, a las convenciones de arbitraje que no contienen la designación de compromisarios sino la promesa de nombrarlos en un acto posterior. El legislador reconoció la plena eficacia de estos convenios y los equiparó en sus efectos a los preceptos legales que establecen arbitrajes forzosos, disponiendo que si las partes no se ponen de acuerdo para hacer la designación a que se han obligado por actos de su propia voluntad, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria. Más amplia consagración no puede concebirse.

Caben, pues, en el Derecho chileno, dos formas distintas de convención de arbitraje: una que lleva aneja el nombramiento de árbitros y otra que no contiene esa designación.

La L. O. T., proporciona motivos para llamar *compromiso* a la primera. En efecto, el art. 213 del proyecto de Vargas Fontecilla, decía expresamente en uno de sus incisos, que "la jurisdicción del árbitro tiene por fuente la voluntad de las partes, o sea, la convención celebrada por ellas, al hacer el nombramiento. Esta convención — agregaba — se llama *compromiso*". Aunque la Comisión Revisora, suprimió este inciso, por estimarlo inexacto, "pues no siempre la jurisdicción arbitral tiene su origen en la voluntad de las partes, desde que esta misma ley establece ciertos casos de compromiso forzoso" (376), se puede fundadamente pensar que los legisladores de la L. O. T., no rechazaron la denominación que ese precepto contenía, pues, por lo menos en el inc. 2.o del art. 184, emplean la palabra "compromiso" en el mismo sentido que le atribuía Vargas Fontecilla.

En cuanto al acuerdo de arbitraje que no contiene designación de compromisarios, ningún nombre le ha dado la ley; en su silencio, creemos que es esto lo que constituye entre nosotros la *cláusula compromisoria*, y así lo llamaremos.

137 *El compromiso y la cláusula compromisoria.* — Entendemos, pues, por *compromiso*, una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan, y por *cláusula compromisoria*, una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias, y los someten a juicio arbitral, obligándose a nombrar árbitros en un acto posterior.

La distinción entre ambos actos es de suma importancia práctica. En el compromiso, las partes se someten a *determinados árbitros*, y si éstos, por cualquier motivo, no pueden cumplir el encargo, queda sin efecto la convención de arbitraje, y recuperan su imperio las juridicciones ordinarias. En la cláusula compromisoria, por el contrario, las partes se someten *en general a arbitraje*, y quedan obligadas a nombrar árbitros tantas veces cuantas sean necesarias para obtener el fallo definitivo del asunto que comprometen.

Si el árbitro designado por un compromiso no acepta el cargo, o fallece o renuncia antes de dictar sentencia, caduca el compromiso; las partes

(376) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1605.

quedan sometidas nuevamente a los tribunales ordinarios y para ir a juicio arbitral necesitan un nuevo acuerdo. A la inversa, si el árbitro que se nombra por las partes o por el juez en subsidio en virtud de una cláusula compromisoria, no acepta el cargo, o fallece o renuncia antes de dictar sentencia, la cláusula compromisoria sigue vigente y las partes, salvo que convengan otra cosa, deben designar nuevo árbitro, y si no se ponen de acuerdo sobre su persona, corresponde a la justicia ordinaria hacer el nombramiento.

El compromiso tiene cierto carácter de acto de confianza que se celebra en atención a una persona: la del árbitro. Como esta persona no es una de las partes, sino un tercero, no puede, sin embargo, decirse que sea un acto "intuito persona"; pero la verdad es que lo que las partes acuerdan en él no es simplemente someterse a arbitraje, sino que someterse al fallo de determinado árbitro.

La cláusula compromisoria no tiene este carácter; no la celebran los interesados en consideración a ninguna persona. Lo que se conviene en ella es, únicamente, que ciertos asuntos no sean juzgados por los tribunales ordinarios, sino por tribunales arbitrales. La cláusula es una convención de arbitraje que se estipula en atención a la cosa — juicio arbitral — y sin tener en cuenta a una persona determinada — árbitro.

Creemos que esta diferencia proporciona el verdadero criterio para distinguir, entre nosotros, el compromiso de la cláusula compromisoria. Si lo que las partes acuerdan es someterse al juicio de ciertos árbitros, hay compromiso; si lo que convienen es simplemente recurrir a arbitraje, hay cláusula compromisoria.

Pero no debe creerse que basta para hacer la calificación con atender a la circunstancia formal de si la convención de arbitraje contiene o no, materialmente, una designación de árbitros; hay casos en que los términos empleados por las partes pueden inducir a error. Para calificar acertadamente al acto debe realizarse, en cada caso, una tarea de interpretación de la voluntad de las partes (377).

Por lo corriente, esta labor es sencilla; pero puede haber ocasiones en que la verdadera voluntad de las partes no aparezca con claridad. Tal ocurre, por ejemplo, cuando el acto contiene una designación de árbitros hecha en términos ambiguos o que no cumple con las exigencias legales, como cuando se nombra un compromisario indicando sólo la función que desempeña en vez de individualizarlo por su nombre y apellido. La Corte Suprema ha calificado estas estipulaciones de "compromisos nulos" (378). Creemos que no puede establecerse una regla general y que, en cada caso, hay que determinar la intención de las partes. Cuando indican, v. gr., un cargo determinado, pueden los interesados querer someterse al fallo de la persona física que en ese momento ocupa dicho cargo: habría en tal caso un compromiso nulo, por no expresar el nombre y apellido del árbitro nombrado; o puede ser su intención la de limitar su libertad para nombrar compromisario, disponiendo que lo sea la persona —cualquiera— que ocupa dicho puesto en el

(377) En este mismo sentido, Vargas, ob. cit., N.o 28.
(378) Revista, t. XXXI, s. I, p. 178.

momento en que deba hacerse la designación: habría en este caso una cláusula compromisoria, restringida, pero válida (379). Esta interpretación de la voluntad de las partes debe hacerse considerando las demás estipulaciones y características del acto.

Determinar la intención de las partes es cuestión de hecho, que corresponde exclusivamente a los tribunales de fondo y escapa al control de la Corte Suprema. Pero calificar jurídicamente, esa intención es asunto de derecho que el tribunal de casación puede efectuar. Nos parece, por ejemplo, que si la Corte de Apelaciones establece que la intención de las partes fué someterse al fallo de determinados árbitros y sólo de ésos, y califica sin embargo, el acto de cláusula compromisoria, la Corte Suprema puede casar esa sentencia y resolver que en el caso, se trata de un compromiso; pero no le es permitido fallar que la voluntad de las partes fué someterse en general a arbitraje (380).

El compromiso y la cláusula compromisoria, son dos actos con individualidad propia e independiente. No debe decirse que la cláusula es una promesa de comprometer, porque en ella se compromete lo mismo que en el compromiso (381). Comprometer es convenir un arbitraje o juicio de compromiso, y esto se hace toda vez que las partes acuerdan substraerse a las jurisdicciones ordinarias y someterse a tribunal arbitral, sea que designen compromisarios en el mismo acto o dejen pendiente dicho nombramiento.

Es, sin duda, en este sentido que la Corte Suprema ha dicho "que son cosas diversas la constitución del compromiso y el nombramiento de los árbitros que deben desempeñar el encargo, aunque ambos actos pueden comprenderse dentro de una misma convención" (382). Al hablar de "constitución de compromiso", se ha referido nuestro más alto tribunal al "acuerdo o convención de arbitraje", al acto por el cual las partes se substraen a los tribunales ordinarios y convienen en someterse a juicio arbitral; lo que es cosa diversa del nombramiento de compromisarios. "Ambos actos pueden comprenderse dentro de una misma convención", agrega la Corte; es lo que ocurre en el compromiso. Pero pueden las partes simplemente convenir un arbitraje y no designar desde luego árbitros: tal es lo que hacen en la cláusula compromisoria. En ambos casos se compromete, y cada vez que la ley habla de "comprometer", debemos entender que se refiere tanto al compromiso como a la cláusula compromisoria.

---

(379) Véase, N.o 260.

(380) Creemos demasiado absoluta, por esto, la afirmación hecha por Vargas, (ob. cit., N.o 28), de que "es una cuestión de hecho, soberana del tribunal sentenciador, entrar a considerar si la cláusula de un contrato es nombramiento de árbitros o, por el contrario, una cláusula compromisoria".

(381) Véase, N.o 242.

(382) C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75.

Capítulo Segundo

DEL COMPROMISO

§ I. — *Concepto y caracteres*

138 *Definición. — El compromiso es una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos presentes o futuros al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan.*

Se trata de una convención de arbitraje que comprende y lleva anejo el nombramiento de árbitros. Por el compromiso, las partes no sólo renuncian a que ciertos asuntos judiciales sean resueltos por los tribunales ordinarios y determinan a su respecto, la competencia de árbitros, sino que, a la vez, fijan la persona de los árbitros. No se limitan en él a someter a arbitraje, simplemente, de manera general, ciertas controversias; las someten al arbitraje de determinados árbitros.

139 *Naturaleza jurídica.* — En cuanto acuerdo privado de voluntades destinado a producir efectos jurídicos, puede calificarse el compromiso como una *convención*. Ya hemos dicho que es una especie de lo que llamamos convención de arbitraje. Como tal, cae en el campo del derecho civil, y vale la pena hacer notar, a este respecto, que el Proyecto del Código Civil chileno del año 1853 lo contemplaba expresamente.

Pero los efectos de esta convención rebasan la esfera del Derecho Civil, y entran en el terreno del Derecho procesal. El compromiso crea una excepción al orden normal de las jurisdicciones, derogando la que corresponde a los tribunales ordinarios. Importa, en este sentido, un *pacto procesal* que *causa* importantes consecuencias judiciales.

---

(383) El Título XL de ese Código trataba "De la transacción y el compromiso". Sus dos últimos artículos, preceptuaban:

"Art. 2653. Las mismas personas que pueden transigir, pueden comprometer sus derechos en un tercero para la decisión de sus desavenencias".

"Art. 2654. Las reglas de la transacción se aplican a los compromisos en lo que no se determine sobre los requisitos del compromiso y sobre los deberes y facultades de los compromisarios en el Código de Procedimientos".

Estos preceptos son copia de los arts. 1820 y 1821 del Código Civil español.

140 *El compromiso como convención civil.* — La generalidad de los tratadistas califican de *contrato* al compromiso (384). A pesar de la uniformidad con que se le sostiene, dudamos de la exactitud de dicho aserto. Se llama contrato a una especie de convención: aquélla cuyo efecto jurídico consiste en producir obligaciones. Contrato es la convención que genera obligaciones. Ahora bien, ¿qué obligaciones nacen del compromiso?

"Obligación es un vínculo jurídico que coloca a una persona determinada en la necesidad de dar, hacer o no hacer alguna cosa respecto de otra también determinada" (385). Es indudable que el compromiso crea un vínculo jurídico, un lazo de derecho entre las partes que lo otorgan. Pero, ¿consiste ese lazo en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo? ¿qué cosa es la que deben las partes dar, hacer o no hacer?

Nos parece a todas luces erróneo decir que por el compromiso contraen, quienes lo suscriben, la obligación de someterse a juicio de árbitros y de no ocurrir ante los tribunales ordinarios. Lo cierto es que las partes no se obligan a ello, sino que se someten desde luego a tal juicio; aún en el caso de no haber nacido la controversia que los interesados comprometen, no es el compromiso un acuerdo para hacerla juzgar por árbitros cuando se produzca, sino que el actual sometimiento de la misma, sujeto a la condición de que llegue a existir, al arbitraje de determinadas personas. El compromiso da vida, desde que se celebra — y siempre que los árbitros acepten el nombramiento — a un tribunal arbitral que tiene competencia privativa para conocer de los negocios a que él se refiere. Si las partes deben concurrir a este tribunal y no pueden hacerlo ante ningún otro, no es porque hayan contraído tal obligación, sino porque se hallan sometidos a la jurisdicción de dicho tribunal y están al margen de la que todos los demás puedan tener. Tanto es así, que no son aplicables en este caso, las reglas generales sobre ejecución de las obligaciones, sino las normas procesales que rigen la competencia de los jueces (386).

Tampoco puede pensarse que del compromiso nace la obligación de respetar y cumplir el fallo de los árbitros La sentencia arbitral importa un acto de jurisdicción y como tal obliga; su fuerza obligatoria y ejecutiva arranca de ese carácter y no de un contrato entre las partes.

No vemos, en verdad, cuáles pueden ser las obligaciones que generan compromiso. Nos parece, por el contrario, que no las hay, y que los efectos de esta convención no tienen el carácter de obligaciones civiles, sino que revisten una naturaleza puramente procesal.

El compromiso, en sí mismo, es un acto civil; es una convención. Como tal, debe reunir todos los requisitos propios de éstas: consentimiento no

(384) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 214; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 729; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 220; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 485, p. 19; Bernard, ob. cit., N.os 34 y 105; Robert, ob. cit., N.os 33 y 90; Miranda, ob. cit., Nos. 20 y 122; Benavetne, ob. cit., p. 29; Vargas ob. cit., N.o 25.

(385) Alessandri Rodríguez, Arturo, "Teoría de las Obligaciones". Apuntes de Clase de Derecho Civil, Tercer Año, Santiago, 1935, p. 7.

(386) Nos parece que sólo por un equívoco puede haber dicho Vargas Barros, en su Memoria, que "el compromiso crea una obligación actual de designar árbitros", (ob. cit. N.o 25). Por el compromiso no se obligan las partes a designar árbitros, sino que, precisamente, los designan.

viciado, capacidad de las partes, objeto y causa lícita y aun solemnidades. Pero los efectos jurídicos del compromiso traspasan las fronteras del campo meramente civil y le dan la categoría de un pacto procesal.

141 *El compromiso como pacto procesal.* — El objeto del compromiso es derogar el orden normal de las jurisdicciones, substranyendo la decisión de ciertos asuntos a los tribunales que corresponden según la ley y defiriéndola a un tribunal arbitral que los propios interesados establecen (387).

En su aspecto negativo, el compromiso implica una renuncia al conocimiento de las controversias por la autoridad judicial (388), y crea una "excepción impeditiva" (389), de "inadmisibilidad de la jurisdicción ordinaria" (390). Según las expresiones de Chiovenda, "si una de las partes compromitentes cita a la otra ante el juez, el demandado puede impedir el examen de fondo mediante la *excepción de compromiso,* que no es de incompetencia ni de litis pendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocer por la autoridad judicial" (391).

En su aspecto positivo, el compromiso provoca la sumisión de las partes al tribunal arbitral y consecuencialmente al laudo y sentencia que dicten los árbitros designados (392).

La naturaleza de estos efectos reviste al compromiso del carácter de pacto procesal: un acuerdo de voluntades extrajudicial destinado a producir consecuencias procesales. Por él se pretende dar vida a un tribunal arbitral, a cuya jurisdicción se someten, desde luego, las partes; se determina su competencia, excluyéndose sobre las materias en ella comprendidas la autoridad de todo otro tribunal, y se designan las personas que lo integrarán.

No significa lo dicho que el compromiso importe un acto procesal. Ordinariamente no lo es, puesto que se verifica al margen de todo proceso, (en el común de los casos, con vista a un proceso futuro); no es un acto de un juicio. Sin embargo, puede excepcionalmente aparecer como tal, cuando se produce en el curso de un proceso ya incoado y se manifiesta mediante una actuación común de las partes encaminada a concluirlo.

142 *El compromiso y la prórroga de competencia.* — El compromiso tiene particular semejanza con la prórroga de la competencia.

La L. O. T., dice que la prórroga de jurisdicción — así la denomina— se verifica cuando las partes, expresa o tácitamente, convienen en ser juzgadas por un tribunal diverso de aquél a quien según la ley, corresponde el conocimiento del asunto (art. 235). Se trata, conforme este precepto lo deja en claro, de una convención por la cual las partes, lo mismo que en el compromiso, se proponen alterar las reglas legales que determinan el tribunal competente para conocer de un asunto. Por un acto puramente privado,

(387) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.os 727 y 728.
(388) Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 127.
(389) Goldschmidt, ob. cit., p. 499.
(390) Loewenwarter, op. cit. Revista, t. XXXII, 1.a parte, p. 123.
(391) Chiovenda ob. cit., p. 127.
(392) Goldschmidt, ob. cit., p. 499; Chiovenda, ob. cit., t. I, págs. 125 y 127.

fruto de la autonomía de su voluntad, los interesados sacan un negocio judicial de la esfera de atribuciones del tribunal que, según la ley, es naturalmente competente para juzgarlo, y lo entregan al fallo de otro juez.

El compromiso y la prórroga de competencia son dos actos de igual naturaleza: convenciones civiles destinadas a derogar las reglas legales que rigen la jurisdicción y competencia de los jueces. Difieren únicamente por la amplitud o extensión de sus efectos; mientras el compromiso afecta a la jurisdicción, la prórroga de competencia, como su nombre lo dice, sólo a la competencia afecta; el primero deroga la jurisdicción que corresponde a todos los tribunales establecidos permanentemente por la ley y pone en ejercicio la jurisdicción excluyente de un tribunal arbitral que designa; la segunda deroga la competencia — vale decir, parte o grado de jurisdicción — que corresponde a un determinado tribunal, y difiere el negocio a la decisión de otro tribunal de la misma clase. Por el compromiso se rechaza, en general, la actuación de los tribunales permanentes y se recurre a la justicia de árbitros; por la prórroga de competencia se acepta la jurisdicción de los tribunales permanentes; pero se substrae el asunto al fallo del juez que según la ley es competente y se le somete a otro juez determinado de la misma clase (393).

Tanto en el compromiso como en la prórroga de competencia deben las partes determinar con precisión el tribunal al cual se someten (L. O. T., arts. 183 N.o 3, 240, y 241). Pero mientras en el compromiso ha de ser éste un tribunal de árbitros, distinto de los establecidos permanentemente por la ley, en la prórroga de competencia debe ser, precisamente, uno de estos tribunales permanentes que forman la estructura judicial ordinaria; más aún: debe ser un tribunal que tenga la misma jerarquía del que por la ley está llamado a fallar el negocio (L. O. T., art. 237), porque entre nosotros la prórroga sólo afecta a las reglas de la competencia relativa, que en razón del territorio, determinan cuál de los tribunales de un mismo rango deben conocer de un negocio, más no a las normas de la competencia absoluta, que en razón de la cuantía, la materia y el fuero, fijan la jerarquía o rango de ese tribunal (394).

143 *El compromiso y la transacción.* — La transacción es también un acto civil que causa efectos procesales, puesto que goza de autoridad de cosa juzgada. (Código Civil art. 2460). Pero, sin insistir en sus diferencias con el arbitraje como medio de poner término a las controversias (395), conviene recalcar aquí que su naturaleza es muy diversa a la del compromiso y que éste tiene una individualidad propia, independiente de aquélla.

La transacción es un contrato en el cual las partes, por sí, sin juicio y sin intervención de tribunal, terminan un litigio pendiente o precaven un

(393) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 728; Vargas, ob. cit., N.o 31.

(394) El compromiso y la prórroga de la competencia, según ésto, son actos semejantes, pero distintos. Incurre en un error, pues, el Ministro de la C. de Talca, señor Matías Núñez, cuando en voto disidente a sent., de 14-VIII-1926, desconoce la individualidad del compromiso y basándose en que como prórroga de competencia no puede valer, recurre a la idea de la transacción para atribuirle eficacia (Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520).

(395) Véase supra, N.o 5.

litigio eventual mediante concesiones recíprocas. Por la transacción se concluye o se evita un juicio y se resuelve en el acto la cuestión de fondo. La transacción no se celebra con miras a un proceso; no es un pacto procesal.

El compromiso, en cambio, no persigue terminar ni evitar un juicio, ni tampoco resolver el fondo de la controversia. Por el contrario, supone la posibilidad de uno o más juicios y se celebra, precisamente, con mira a ellos; sólo tiene por objeto substraer esos juicios a las jurisdicciones ordinarias y someterlos a la extraordinaria de árbitros. En ciertos casos se propone, además, determinar normas para la tramitación y el fallo de esos juicios. En todo evento lo que hace es, pues, una *regulación convencional del proceso*.

El compromiso y la transacción son, por consiguiente, dos actos distintos que no pueden confundirse ni asimilarse bajo ningún aspecto. Es erróneo afirmar, como se ha hecho, que el compromiso, cuando se hace en el curso de un litigio, "es el resultado de una transacción" (396), o que "el compromiso importa transacción", o recurrir a la idea de la transacción para explicar el compromiso o justificar su eficacia jurídica (397).

La Corte de Talca ha resuelto muy bien que un convenio celebrado por las partes, durante la segunda instancia de un juicio, para someterlo a la decisión de un árbitro, no es transacción, "puesto que los contendientes, lejos de querer terminar el juicio, se propusieron inequívocamente terminarlo con sólo mudar la jurisdicción a que a la sazón estaba sometido, o sea, sacarlo del conocimiento de la justicia ordinaria para llevarlo a la del juez arbitrador que en el mismo contrato fué designado" (398). La Corte Suprema ha fallado igualmente, de manera categórica, que "el compromiso no importa transacción" (399). El compromiso es una convención con individualidad jurídica propia e independiente y tiene valor en virtud de la autonomía de la voluntad y porque la ley expresamente lo contempla.

A lo dicho, no obsta la circunstancia de que tanto en doctrina (400), como en legislación (401), se equiparen con frecuencia la transacción y el compromiso en cuanto a ciertos requisitos que deben reunir, especialmente en lo que se refiere a las materias que pueden ser objeto de esos actos y a la capacidad que deben tener las partes para otorgarlos. Si se exige para transigir y comprometer la libre disposición de los bienes que son materia de estos actos, y sólo los bienes cuya libre disposición se posee, pueden ser objeto de transacciones o compromisos, es únicamente porque se estima, por lo general, que ambos actos importan ejercicio del derecho de disponer de lo propio.

---

(396) Borjas, ob. cit., t. V, N.o 485, p. 19.

(397) Voto de Ministro Núñez, de C. Talca, ya citado (Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520; C. Santiago, Revista, t. XXII, s. I, p. 205.

(398) C. Talca, Gaceta 1926; t. II, N.o 116, p. 520 (cons. 2.o de sentencia de mayoría).

(399) C. Suprema, Revista, tomo XXII, s. I, p. 205.

(400) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 738; Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 134; M. Landrau, ob. cit., p. 28.

(401) C. P. C. alemán, art. 1025; C. de P. C. italiano, art. 9.o; C. de P. C. venezolano, art. 502; C. C. español, arts. 1820 y 1821; Proyecto de C. C. chileno del año 1853, arts. 2653 y 2654.

§ II. — *Requisitos*

144 *Enunciación.* — El compromiso debe reunir en sí todas las exigencias generales que según la ley son necesarias para la existencia y validez de una convención. Deben concurrir en él, en consecuencia, los siguientes requisitos: a) consentimiento no viciado; b) capacidad de las partes; c) objeto lícito; d) causa lícita, y e) solemnidades.

a) *Consentimiento*

145 *Quiénes deben otorgarlo.* — El compromiso debe celebrarse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio (L. O. T. art 181). Es ésta una aplicación del principio general de derecho, según el cual las convenciones sólo afectan a las partes que las otorgan, pero no empecen a terceros extraños, principio que consagra el art. 1445 del Código Civil al disponer que, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es preciso, entre otros requisitos, que consienta en dicho acto o declaración. Ninguna persona puede ser ligada por un compromiso al cual no ha consentido expresamente.

146 *Consentimiento por representante. — Poder para comprometer.* —El consentimiento puede expresarse no sólo personalmente por la parte misma, sino también por su representante legal o convencional (Código Civil, art. 1448).

Sobre la actuación de los representantes legales en el compromiso y las formalidades que deben cumplir para afectar a sus representados hablaremos al tratar de la capacidad.

En cuanto a los representantes convencionales, debe tenerse presente que no pueden comprometer sino cuando están expresamente autorizados para ello por su mandante. Así lo ha dispuesto, de manera categórica, el art. 8.o del Código Procedimiento Civil, al prescribir que no se entiende concedida al procurador judicial, sin expresa mención, la facultad de comprometer. Este precepto, no hace otra cosa que aplicar al apoderado para juicio, el precepto establecido en el art. 2132 del Código Civil, según el cual el mandato no confiere al mandatario más que el poder de efectuar los actos de administración, y para todos los que salgan de estos límites, es necesario un poder especial.

El acto de comprometer, en cuanto importa una renuncia al derecho de ser juzgado por los tribunales ordinarios y, consiguientemente, de ciertas garantías judiciales, no puede considerarse como simple acto administrativo Esta regla debe aplicarse a todo mandatario, sea civil, comercial o judicial; sea general o especial (402).

(402) La C. Valdivia, en fallo de 10-XII-1914, resolvió que "la limitación contenida en el inc. 2.o del art. 8.o del C. de P. C., se refiere exclusivamente al procurador judicial, tanto porque así aparece de la letra de dicha disposición como de su contexto y del título en que ella se consigna", y que no se aplica al administrador de una sociedad, (Gaceta 1914, N.o 691, p. 1985). La C. Suprema, al casar esta sentencia por otros motivos, no rectificó este error, pero estableció que en el caso, el poder era también para asuntos judiciales, (Revista, t. XV, s. I, p. 502).

En realidad, el mandato de los administradores de una sociedad no se limita a

En armonía con estas disposiciones, el legislador ha establecido que la facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viciversa (Código Civil, art. 2141); que los administradores delegados y los liquidadores de una sociedad comercial no pueden comprometer los negocios sociales, de cualquiera naturaleza que sean, si no están investidos de poder especial (Código de Comercio, art. 395); y que la representación judicial que la ley presume en el gerente o administrador de las sociedades civiles y comerciales, y en el presidente de las corporaciones y fundaciones con personalidad jurídica, aunque no les corresponda según los estatutos o actos constitutivos, no comprende la facultad de comprometer (Código de Procedimiento Civil, art. 9.o).

La Corte Suprema ha resuelto que la mención expresa exigida por la ley no obliga a emplear necesariamente en el mandato el término "comprometer" ni otro determinado, y que bastan al efecto cualesquiera expresiosiones de que se deduzca la voluntad de las partes de someterse a arbitraje (403). Merece observarse que en este fallo el tribunal de casación se creyó autorizado para entrar a apreciar por sí la extensión del mandato, contra el voto de los Ministros, señores Urrutia, Gaete y Vial Ugarte, quienes opinaron "que corresponde a los jueces del pleito, como cuestión de hecho, fijar la extensión que tenga el mandato según sus cláusulas".

Estimamos conveniente anotar aquí que, en estricta doctrina, los principios expuestos sobre el mandato para comprometer, no deben aplicarse en los casos de arbitraje forzoso, por el motivo muy sencillo de que en esos casos no es necesario comprometer. Como es la ley la que obligatoriamente impone a las partes el juicio arbitral, no es preciso que ellas comprometan; lo único que deben hacer es nombrar árbitros. Sin embargo, dentro del concepto vago que nuestra legislación tiene sobre el compromiso, parece quedar comprendido también el solo nombramiento de árbitros, aún cuando éste no importa un pacto de arbitraje (404). De lo cual se sigue que hasta para el solo efecto de nombrar árbitros, aunque no pacte arbitraje, por ser éste obligatorio, necesita el mandatario un poder especial.

147 *Sanción de la falta de consentimiento.* — Puede ocurrir que un asunto litigioso que interesa a varias personas, sea comprometido sólo por algunas de ellas, sin tomar en consideración a las otras. Puede suceder también que un compromiso se celebre con la concurrencia de una persona que comparece en nombre de otra, como representante legal o convencional suya, sin serlo, o por un mandatario que no está facultado para comprometer. En todos estos casos hay ausencia del consentimiento de una persona que debió prestarlo. ¿Cuál es la sanción?

El asunto, respecto del compromiso, no ha sido resuelto por los tri-

---

actos extrajudiciales, sino que se extiende también a los judiciales, según la ley lo presume de derecho (C. P. C., art. 9.o). Pero, sea como sea, aun sin texto expreso y simplemente de los principios generales que rigen el mandato aparece evidente que los administradores de una sociedad, como mandatarios, no pueden comprometer si no están expresamente facultados para ello.

(403) Revista, t. VII, s. I, p. 262.

(404) La ley habla de "compromiso forzoso" (C. P. C., art. 788; ley de Quiebras, art. 67).

bunales; pero diversos fallos consideran casos análogos relativos al nombramiento de un partidor que se hace sin la concurrencia de uno de los copartícipes, o con intervención de una persona que actúa en su nombre pero que no lo representa legítimamente. El criterio de estas sentencias no ha sido uniforme para decidir la cuestión.

La mayoría estima que la ley exige, imperativa, que al nombramiento de partidor concurran todos los interesados y que este requisito está establecido en atención a la naturaleza del acto, y su omisión acarrea la nulidad absoluta del mismo (405).

Unas pocas, manifiestamente con el propósito de admitir la ratificación del nombramiento por la parte que no concurrió a él, opinan que al designarse árbitro en su ausencia, se viola un requisito establecido en atención a su persona, y se incurre, por consiguiente, en la nulidad relativa del acto (406).

Pero las sentencias más recientes esbozan un tercer criterio. Sin pronunciarse sobre si en estos actos hay nulidad absoluta o relativa, declaran que el nombramiento de partidor y las actuaciones practicadas por éste, no empecen ni afectan a los que no estuvieron representados en él y les son inoponibles (407).

A nuestro parecer, deben rechazarse las tesis de nulidad, tanto absoluta como relativa, y la verdadera es la que encuentra en estos casos una simple inoponibilidad por falta de consentimiento o de concurrencia al acto.

En efecto, no se echa de menos, en los casos indicados, ningún requisito cuya omisión sancione la ley con nulidad absoluta o relativa. La circunstancia de que alguno de los interesados no concurra al acto no puede obstar, a menos que la ley lo disponga expresamente, a la eficacia de ese acto respecto de las partes que consintieron válidamente en él; lo que hay es que para la persona que no prestó su consentimiento el acto no existe. Res-

---

(405) C. Talca, Revista, t. X, s. I., p. 525; C. Talca, Gaceta 1911, t. II, N.o 1403, p. 1163; C. Suprema, Gaceta 1912, N.o 456, p. 68. C. Suprema, Gaceta 1912, N.o 507, p. 809; C. Suprema, Revista, t. X, s. I, p. 525; C. Concepción, Gaceta 1915, N.o 350, p. 872. C. Valdivia, Gaceta 1919, t. I, N.o 1265, p. 891; C. Talca, Gaceta 1921, t. I, N.o 12, p. 47; C. Suprema, Gaceta 1822, t. II, N.o 87, p. 429; C. Concepción, Gaceta 1928, t. I, N.o 180, p. 785.

(406) C. Santiago, Gaceta 1886, N.o 1682 (citada por Gaete, ob. cit., N.o 154); C. Talca, Gaceta 1915, N.o 313, p. 764.

(407) C. Suprema, Revista t. XXXVIII, s. I, p. 176; C. Suprema, Revista, t. XXXVIII s. I, p. 396; C. Suprema, Revista, t. XXXIX, I, p. 2.

La primera de estas sentencias resuelve que infringe los arts. 1348, 673, 1681, 1682, y 1445 del C. C. y 802 del C. P. C., el fallo que declara válido el nombramiento de partidor en que no estuvieron representados todos los interesados y que la designación del partidor y las actuaciones por él practicadas no empecen a los ausentes, quienes no pueden ser vinculados por acuerdos de mayoría en actos que requieren el consentimiento unánime. En consecuencia, acoge la causal de casación de fondo contra el fallo recurrido, declarando que el nombramiento de árbitro y las actuaciones de éste no son oponibles a los ausentes.

El segundo declara también que es inoponible a las partes que no concurrieron el nombramiento de árbitros hecho en su ausencia.

El tercero establece que el nombramiento de árbitro hecho por una persona que obra como mandatario de otra sin serlo, no puede oponerse al supuesto mandante, lo que no quiere decir que el acto sea nulo, que es cosa distinta, ya que una cosa es la no oponibilidad o el no empecimiento del acto a la persona en cuyo nombre se ha ejecutado por un tercero sin tener su representación y otra muy diversa es la nulidad del acto por falta de consentimiento.

pecto de ella es un "res inter alios acta", no le empece; es lo que la doctrina moderna llama un *acto inoponible*.

Los últimos fallos de la Corte Suprema, revelan que la jurisprudencia empieza a afirmarse en este criterio, y aunque manifiestan cierta timidez que los lleva a no abandonar totalmente la idea de la nulidad, salvo el último, nos parece que constituyen el primer cimiento para la elaboración de la doctrina de la inoponibilidad de estos actos.

148 *Inoponibilidad por falta de consentimiento. — Concepto. — Su aceptación por nuestra ley.* — La inoponibilidad de un acto jurídico no es otra cosa que su ineficacia respecto de terceros; consecuencia lógica de que los actos jurídicos sólo ligan a las partes que concurren a otorgarlos con su voluntad, pero no a los extraños (408). No se trata, pues, de una nulidad, que tanto absoluta como relativa, afecta al acto en sí mismo y una vez declarada lo mata, lo hace desaparecer, respecto de todo el mundo. El acto inoponible es válido y, como tal, tiene plena eficacia para regir las relaciones entre las partes; pero sus efectos no alcanzan a los terceros o a ciertos terceros (409). En general, todos los actos son inoponibles para la mayoría de los hombres. Como sanción, la inoponibilidad no se dirige a destruir el acto, sino a privarlo de aquellos de sus efectos que perjudiquen al tercero que la hace valer, dejando el acto subsistente entre las partes y respetando en cuanto sea posible — en cuanto no empecen al tercero — los efectos que entre ellas produzca (410).

La inoponibilidad de un acto jurídico puede producirse por diversas causas; una de ellas es, precisamente, la falta de consentimiento de una persona al acto (411). El caso típico es el de la *venta de cosa ajena*, contemplado en los arts. 1815 y 1818 del Código Civil. *La venta vale, pero no afecta los derechos del dueño de la cosa vendida,* que puede reivindicarla en cualquier tiempo, mientras sus derechos no se extingan por la prescripción adquisitiva que el comprador efectúe (Código Civil, art. 2517). El dueño puede, también, ratificar la venta, con lo cual pasa a ser vendedor y queda obligado por ella.

Diversos preceptos legales contemplan otros casos semejantes. Así, el art. 1450 del Código Civil, al disponer que "siempre que uno de los contratantes se comprometa a que por una tercera persona de quien no es legítimo representante, ha de darse, hacerse o no hacerse alguna cosa, *esta tercera persona no contraerá obligación alguna sino en virtud de su ratificación*"; el art. 2136 del Código Civil, al preceptuar que "la delegación no autorizada o no ratificada expresa o tácitamente por el mandante no da derecho a terceros contra el mandante por los actos del delegado"; art. 552 del Código Civil, al establecer que "los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son

408) Baltra Cortés, Alberto: "Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles", 1925, N.os 7 y 9.

(409) Marcel Planiol, Georges Ripert et Paul Esmein, "Traité Pratique de Droit Civil Français, Obligations, Premiere Partie, París, 1930, N.o 280.

(410) Baltra, ob. cit., N.os 34 y 364.

(411) Baltra, ob. cit., Cap. VII, N.os 241 y siguientes.

actos de la corporación; *en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante"*; el art. 2079 del Código Civil que prescribe que "en todo lo que — el socio administrador — obre dentro de los límites legales o con poder especial de sus consocios, obligará a la sociedad; obrando de otra manera, *él sólo será responsable"*; el art. 2160 del Código Civil que dispone que "el mandante cumplirá las obligaciones que en su nombre ha contraído el mandatario *dentro de los límites del mandato"*, pero que será también obligado por cualesquiera obligaciones contraídas en su nombre que hubiera ratificado expresa o tácitamente; etc. etc. Todas estas normas hacen inoponibles ciertos actos a determinadas personas que no los han consentido legítimamente.

Los casos en estudio de compromisos a que no concurren todos los interesados o que se celebran por una persona que comparece como representante de otra sin serlo, o excediéndose de sus poderes, lo mismo que los similares de nombramiento de partidor que los tribunales han resuelto, son de idéntica especie a los regidos por los preceptos recién citados.

El interesado en una controversia que no concurre al compromiso y el comunero que no comparece al nombramiento de partidor, son *terceros* respecto de estos actos que se verifican sin su intervención, y frente a ellos, su situación es igual a la del dueño de la cosa vendida en el caso de venta de cosa ajena. Otro tanto cabe decir de la persona en cuyo nombre compromete o designa partidor un extraño, diciéndose representante suyo sin tener esta calidad; no hay en este caso verdadera representación y el acto es para ella "res inter alios acta", lo mismo que si su nombre no figurara para nada en él. En cuanto al mandante cuyo apoderado compromete sin poder especial, no es tampoco representado en ese acto y debe aplicársele la regla del art. 2160 del C. C. conforme a la cual el mandatario no lo obliga por los actos que ejecuta fuera de los límites de su mandato.

En los tres casos juega un mismo principio: la persona que no consiente en el compromiso, por sí misma o por medio de legítimo representante —el falso representante y el mandatario que excede su poder no la representan— es un tercero respecto de ese acto. El compromiso es válido (412), pero no la afecta, es para ella un "res inter alios acta" (413). Lo mismo cabe decir de los casos análogos de nombramiento de partidor.

En esta circunstancia, la persona a quien se pretende hacer valer el acto que le es inoponible puede adoptar dos actitudes: o lo ratifica o lo impugna.

149 *Ratificación del compromiso inoponible.*— Por la ratificación, el

(412) Aparte de los preceptos citados, da un nuevo y poderoso argumento para afirmar la validez de estos actos en nuestra legislación el art. 704 del C. C. al decir en su número 2.o que no es justo título "el conferido por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serlo" y en su N.o 3.o que no lo es "el que adolece de un vicio de nulidad..." Si los actos a que se refiere el N.o 2 de este precepto fueran nulos, no habrían requerido de un número especial, puesto que estarían comprendidos en el N.o 3.

(413) Demogue, René, "Traité des obligations en général", Paris, 1923, Tomo 1.o, N.o 107; Stitchkin, ob. cit., p. 186-187.

tercero adhiere al compromiso inoponible, prestándole su consentimiento y pasando a tener en él la calidad de parte. Queda en consecuencia ligado por el compromiso, del mismo modo que si hubiera concurrido a su otorgamiento (414). Es, en buenas cuentas, el consentimiento que se manifiesta con posterioridad al acto y no en el instante de su celebración; pero sus efectos se retrotraen a la época en que se otorgó el compromiso (415).

No debe confundirse esta ratificación con la que tiene por objeto validar un acto nulo (416); quien la hace no persigue este fin, sino tomar sobre si los efectos del acto inoponible. Al acto nulo le falta algún requisito que la ley prescribe para su valor; pero sin embargo de ello, dicho acto "afecta al que lo ratifica, y éste, al confirmarlo, no hace otra cosa que renunciar al derecho de solicitar su nulidad". El acto inoponible, en cambio, es plenamente válido; pero "no afecta en nada al que lo ratifica, y éste, con su ratificación, accede a radicar en su patrimonio las consecuencias jurídicas de un acto que jamás lo alcanzaría" (417).

La ratificación puede intervenir en cualquier momento y debe emanar del propio tercero, si es capaz, o de quien tenga poder para representarlo legítimamente (418). Puede ser expresa o tácita; pero en el caso del compromiso y del nombramiento de partidor, que, como veremos, son actos solemnes, creemos que debe hacerse con la misma solemnidad, esto es, por escrito (419). La simple comparecencia verbal de un tercero ante el árbitro no importa ratificación del compromiso; pero la habría si el tercero firma un acta de comparendo en calidad de parte, o presenta un escrito apersonándose en el juicio arbitral, o expresa por escrito que acepta y se somete a la sentencia de los árbitros (420).

150 *Impugnación del compromiso inoponible. Modo de hacer efectiva la sanción.*— Pero si el tercero a quien el acto es inoponible no quiere ratificarlo, puede impugnarlo.

Para determinar la naturaleza de esta impugnación debe tenerse presente que el acto inoponible es válido, produce plenos efectos entre las partes y es sólo ineficaz respecto de terceros. Lo que se persigue pues, mediante la sanción, es únicamente impedir aquellos efectos del acto que puedan afectar al tercero que pretende obtenerla. El acto mismo y sus consecuencias entres las partes no deben ser destruídos sino en cuanto sea indispensable para obtener ese fin.

¿Hay en nuestra ley medios para hacer efectiva esta sanción? En el caso de la venta de cosa ajena el legislador ha señalado expresamente uno: el

(414) Demogue, ob. cit., t. V, N.o 727.
(415) Stitchkin, ob. cit., p. 187.
(416) C. Suprema, Revista, t. XXXIX, s. I, p. 12.
(417) Stitchkin, ob. cit., pgs. 185 y 186.
(418) Demogue, ob. cit., t. I, N.o 120; Planiol, Ripert et Esmein, ob. cit., N.o 64.
(419) Demogue, ob. cit., t. I, pgs. 122 y 123; Planiol, Ripert et Esmeins, ob. cit.; N.o 64; Stitchkin, ob. cit., p. 185.
(420) La C. Santiago ha fallado que si el que no concurrió al nombramiento de árbitro ratifica lo obrado en conformidad a la ley, el nombramiento queda válido. (Gaceta 1886, N.o 1682, citado por Ballesteros, ob. cit. t. II, N.o 1696.

dueño puede reivindicar el bien del actual poseedor, pues a su respecto la venta no existe; entre las partes, en cambio, el contrato continúa vigente y produce efectos, obligando recíprocamente a comprador y vendedor.

Creemos que en el caso del compromiso hay también medios legales para hacer valer la inoponibilidad.

El tercero que no consintió en el compromiso personalmente ni por legítimo representante, no puede ser obligado a comparecer ante el tribunal arbitral, y si se intenta hacerlo tiene en su mano la excepción de incompetencia de los árbitros a su respecto, fundada en que él no ha renunciado a las jurisdicciones ordinarias ni se ha sometido a la extraordinaria de compromisarios, por lo cual estos carecen de autoridad para juzgarlo; así se ha fallado (421). La sentencia que dicte el árbitro adolece frente a él del defecto de ser pronunciada por quien carece de jurisdicción a su respecto y consiguientemente no es para él un "tribunal"; ella no tiene por tanto la categoría de verdadera sentencia y no produce en contra suya cosa juzgada (422): no da acción ni título ejecutivo para exigirle su cumplimiento y le deja libre su derecho para provocar ante tribunal competente un nuevo juicio sobre la materia fallada (423).

En los casos de falsa representación o exceso de poder, en que el interesado tiene aparentemente la calidad de parte en el juicio arbitral, debe, para oponerse a los efectos del compromiso en la forma indicada, establecer esas circunstancias de no existir representación o haberse excedido el mandatario. Haciéndolo, puede, además, solicitar en cualquier momento, antes o después de la sentencia, que se deje sin efecto lo obrado en el juicio, por la vía del incidente de nulidad procesal o del recurso de casación en la forma, fundados en la falta de jurisdicción del tribunal a su respecto (424).

151 *Vicios del consentimiento.— Sanción.*— El consentimiento de las partes en el compromiso, como en toda convención, debe ser libre de vicios, ésto es, de error, fuerza y dolo.

En cuanto al error, debe tenerse presente que es esencial en el compro-

(421) C. Valdivia, Otero, ob. cit, 1.er Apéndice, t. 2.o, p. 1017; C. Concepción, Gaceta 1922, t. II, N.o 299, p. 1211.

(422) Santa Cruz ob. cit., N.os 52, 91 y 92.

(423) Si, por ejemplo, Pedro, Juan y Diego se disputan el dominio de un bien y los dos primeros comprometen la controversia, no afectan al último. Entre ellos el compromiso es válido, el juicio arbitral produce sus efectos y la sentencia causa autoridad de cosa juzgada. Pero no pueden obligar a Diego a comparecer ante el árbitro, ni perseguir en su contra el cumplimiento del fallo, y éste conserva el derecho de entablar acción reivindicatoria, mientras no la pierda por prescripción, aunque el poseedor sea Juan o Diego, ya que la sentencia arbitral no causa cosa juzgada para él. Otro tanto ocurre si los contendientes son sólo Juan y Diego, y Pedro compromete con Juan como representante de Diego sin serlo o excediéndose de sus poderes.

En el caso de la partición sucede algo semejante. El comunero que no comparece legítimamente al nombramiento de partidor no puede ser obligado a concurrir ante el que designan los demás copartícipes; el laudo no le empece; nadie puede exigirle nada en virtud de él; la comunidad subsiste a su respecto y en cualquier instante puede pedir su partición; la excepción de estar ya dividida y de cosa juzgada no pueden prosperar en contra suya; sólo pierde su derecho cuando los otros o un tercero adquieran por prescripción los bienes comunes.

(424) Santa Cruz, ob. cit., N.os 49 a 52.

miso en los siguientes casos: a) cuando recae sobre la naturaleza del acto, como si una de las partes entiende comprometer y la otra convenir un peritaje; b) cuando versa sobre la materia que se somete a arbitraje, creyendo una de las partes que es cierto asunto y la otra que es uno diverso, y c) cuando se refiere a la persona del árbitro: una de las partes cree nombrar a Diego y otra a Juan. Este no es error sobre la persona del otro contratante, puesto que el árbitro no tiene calidad de parte en el compromiso. Por el contrario, la determinación de su persona es uno de los objetos esenciales del compromiso, en que las partes se someten al arbitraje de determinado árbitro; el error sobre la identidad personal del compromisario es error sobre uno de los objetos del acto, de lo cual se sigue que siempre vicia el consentimiento (C. C. art. 1453). Este error puede tener el carácter de substancial cuando se refiere, no a la persona física del árbitro, sino a una calidad especial suya, social o moral, que las partes hayan tenido en cuenta al designarlo y haya sido determinante para alguna de ellas (C. C. art. 1454).

Respecto de la fuerza, vale la pena obervar que el Código Alemán dispone la nulidad del arbitraje cuando una de las partes abusa de su superioridad económica sobre la otra para hacerla comprometer (425). Esta disposición subsana uno de los más graves inconvenientes de la institución en estudio, especialmente cuando lo que se compromete son controversias futuras: la posibilidad de que la igualdad jurídica de las partes sea menoscabada por la superioridad económica de una, que imponga a la otra los árbitros que se le antojen. Es ésta una de las razones por las cuales los franceses han mirado siempre con malos ojos lo que ellos entienden por cláusula compromisoria, pues temen que llegue a ser de estilo en los contratos una estipulación mediante la cual se sometan por adelantado las dificultades que de ellos puedan nacer al fallo de los árbitros que impongan la parte más poderosa (426).

Creemos que entre nosotros, en ausencia de un precepto expreso como el del Código alemán, puede conseguirse el mismo objeto aplicando las normas generales que rigen la fuerza como vicio del consentimiento (C. C. arts. 1456 y 1457). En nuestros días, en efecto, la presión económica es una de las cosas que puede infundir a una persona más justo temor de verse expuesta ella o sus familiares a un mal irreparable y grave.

La existencia de cualquier vicio del consentimiento: error, fuerza o dolo, en el compromiso, acarrea su nulidad relativa (C. C. art. 1682).

b) *Capacidad.*

152 *Principio general.*— La mayoría de las legislaciones, expresa-

(425) El art. 1025 del C. P. C. alemán dispone: "El compromiso será nulo si una parte se aprovecha de su superioridad económica o social para inducir a la otra a contraerlo o a acordar disposiciones que la coloquen en situación de ventaja con respecto a la misma, especialmente en lo que atañe al nombramiento o remoción de los árbitros".

(426) Morel, ob. cit., N.o 6, cita a Gormat, el cual observa que en el comercio internacional la cláusula puede servir para imponer sistemáticamente a los comerciantes del país comprador el arbitraje de las cámaras corporativas de ciertos países vendedores, determinando en el hecho la ley del contrato.

mente (427) o asimilando el compromiso a la transacción (428), y la generalidad de los tratadistas (429), exigen a las partes para comprometer no sólo la capacidad común para obligarse, sino, además, la libre disposición de los objetos que se someten a arbitraje. Excepcionalmente en algunos países basta para celebrar el compromiso la capacidad corriente para obligarse y otorgar actos y contratos (430).

Nuestra ley no ha dispuesto nada especial acerca de la capacidad para comprometer; los arts. 2653 y 2654 del Proyecto de C. C. del año 1853, que asimilaban el compromiso a la transacción en los mismos términos que los arts. 1820 y 1821 del C. C. español, no fueron conservados en el Código definitivo. En ausencia de textos expresos, es preciso resolver la cuestión con ayuda de los principios generales.

El criterio corriente, que ve en el compromiso un acto de disposición de bienes, se fundamenta en la gravedad particular de esta convención, que, según se dice, importa una enajenación eventual de la cosa que se compromete (431).

Así formulada, consideramos que esta opinión no es rigurosamente exacta. Nos parece, en efecto, que el compromiso es un acto grave, no porque por él se disponga de los bienes que se someten a arbitraje, enajenándolos eventualmente, sino porque se dispone del derecho de demandar justicia a los tribunales permanentes, renunciándolo.

153 *Comprometer no es disponer de los bienes materia del asunto que se somete a arbitraje.*— El compromiso no constituye, en general, acto de disposición o enajenación de los bienes o derechos que se comprometen, por un doble motivo: a) porque en él no se estipula ni dispone nada sobre esos bienes o derechos, sino sobre la jurisdicción y el procedimiento a que se sujetarán las controversias suscitadas o que se susciten a su repecto, y b) porque la sentencia arbitral, como el común de las sentencias judiciales, no constituye nuevos derechos, ni deroga los actuales, ni da lugar a transferencias de ninguna especie, sino que se limita a declarar los derechos existentes, esto es, no es acto constitutivo ni traslaticio de derechos, sino meramente declarativo.

En consecuencia, creemos que no es necesario que las partes tengan para comprometer la libre disposición de las cosas que someten a arbitraje.

Puede decirse, en contrario, que la transacción, en cuanto versa sobre el objeto disputado, es también título declarativo de derechos y no constitutivo ni traslaticio (C. C. art. 703) y que, sin embargo, el legislador ha prescrito que "no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los ob-

(427) C. P. C. francés, art. 1003; belga, art. 1003; holandés, art. 620.

(428) C. P. C. italiano, art. 9; alemán, art. 1025; C. C. español, arts. 1820 y 1821.

(429) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1807; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 737; Bernard, ob. cit., N.o 37; Robert, ob. cit., N.o 11; Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 134; Kisck, ob. cit., p. 412.

(430) C. P. C. argentino, art. 769; uruguayo, art. 533; polaco, art. 479.

(431) Véase, en este sentido, entre los autores chilenos, a Claro Solar, ob. cit., t. III, N.o 1582 y t. IV, N.o 2199 y 2206.

jetos comprendidos en la transacción" (C. C. art. 2447). El argumento es más aparente que real, porque si bien se mira, en toda transacción hay, por parte de ambos contratantes, un acto de disposición de bienes, pues lo que pretenden no es declarar el derecho de cada uno, sino llegar a un arreglo que evite o termine el litigio, para lo cual renuncian a determinar el derecho que a cada uno corresponde y prefieren hacerse concesiones recíprocas. No sólo en lo que se refiere a un objeto no disputado la transacción importa enajenación de bienes, sino que también puede importarla en cuanto un contratante renuncia a todo o parte de la cosa que disputaba. Sólo exagerando la ficción ha podido prescribir la ley que "las transacciones no forman nuevo título en cuanto se limitan a reconocer o declarar derechos preexistentes", y la verdad es que en muy raras ocasiones una transacción "reconoce o declara derechos preexistentes". En el compromiso no ocurre lo mismo, porque la misión que se encomienda al árbitro es, precisamente, la de declarar el derecho que corresponde a cada parte, sin que pueda alterar dicho derecho ni hacer más ni menos que eso.

Concluimos, pues, que el compromiso, en general, no es acto de disposición de los bienes que se comprometen. Decimos "en general" porque lo expresado no obsta a que ciertas cláusulas especiales que se insertan en el compromiso, como las de amigable composición o renuncia de recursos, puedan constituir actos de disposición de esos bienes y requerir capacidad especial; trataremos el asunto al estudiar esas cláusulas.

154 *Comprometer es disponer del derecho de reclamar justicia a los tribunales comunes.*— Lo expuesto en el número anterior no significa que el compromiso sea acto meramente administrativo; ya hemos observado que desde ningún respecto puede equiparársele a los que como tales señala el art. 2132 del C. C. El compromiso reviste mayor gravedad que todos ellos, ya que importa una renuncia a las jurisdicciones ordinarias y consiguientemente a las garantías judiciales que el Estado otorga. Esta característica del compromiso lo eleva a la categoría de acto de disposición de bienes.

Toda persona tiene el derecho de ser juzgada por los tribunales permanentes organizados por el Poder Público y según las leyes y procedimientos generales establecidos por éste. Quien compromete renuncia ese derecho y toda renuncia de un derecho es acto de disposición del mismo. El compromiso constituye, pues, un acto de disposición del derecho de obtener justicia de los tribunales ordinarios.

155 *Quienes pueden comprometer.*— Los principios establecidos en los dos números anteriores dan la clave acerca de la capacidad que es precisa para comprometer.

No siendo el compromiso acto de disposición de los bienes materia del litigio que se somete a árbitros, no es necesaria la libre disposición de esos bienes. Importando en cambio renuncia del derecho de pedir justicia a los tribunales permanentes del Estado, requiere la libre disposición de este derecho.

El problema estriba, en consecuencia, en determinar la capacidad necesaria para disponer de este derecho de ser juzgado por los tribunales comunes. Como la ley no ha prescrito nada al respecto, debe entenderse que basta la capacidad necesaria para celebrar actos y contratos.

Concluimos, pues, que el compromiso, en cuanto convención y en cuanto renuncia de las jurisdicciones ordinarias, puede ser otorgado por toda persona legalmente capaz, según las reglas comunes establecidas por los arts. 1445, 1446 y 1447 del C. C. (432).

Creemos que este criterio doctrinario corresponde al espíritu de nuestra ley positiva, que al exigir a las partes, según veremos, cierta capacidad especial, distinta de la corriente, para renunciar los recursos contra las sentencias de los árbitros (L. O. T. art. 187) y para dar a éstos facultades de arbitradores (C. P. C. arts. 785 y 805), manifiesta implícitamente que para celebrar compromisos que no contengan esas cláusulas es suficiente la capacidad general para otorgar actos y contratos.

156 *Personas incapaces.*— La capacidad constituye la regla; lo contrario es la excepción. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces (C. C. art. 1446).

Son absolutamente incapaces para comprometer los impúberes, los dementes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito (C. C. art. 1447 inc. 1.o).

Son relativamente incapaces para hacerlo los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas no divorciadas perpetuamente ni separadas totalmente de bienes; los religiosos; las personas jurídicas (C. C. art. 1447 inc. 3.o) y los fallidos respecto de los bienes comprendidos en la quiebra (Ley de Quiebras, arts. 12 y 61).

Estudiaremos separadamente la situación de cada uno de estos incapaces.

157 *Impúberes.*—El impúber es absolutamente incapaz. Por sí no puede comprometer; si lo hace, el compromiso adolece de nulidad absoluta. Puede hacerlo por medio de su representante legal; la situación es diversa según se halle bajo patria potestad o sujeto a tutela.

a) *Bajo patria potestad.*— El padre o la madre en su caso, en calidad de representantes legales, pueden comprometer libremente, sin trabas de ninguna especie, todos los litigos de su hijo impúber referentes a bienes que ellos administran, cualquiera que sea la clase de estos bienes.

Debemos observar, sin embargo, que quienes ven en el compromiso un acto de disposición de los derechos comprometidos, exigen que cuando el litigio se refiere a inmuebles del impúber, el padre o la madre obtengan la autorización judicial que para enajenar esos bienes prescribe el art. 255 del C. C. (433). A nuestro juicio, este trámite es innecesario, pues según hemos esta-

(432) En este mismo sentido, Borjas, ob. cit., t. V, N.o 487, p. 27.
(433) Claro Solar, ob. cit., t. III, N.o 1582.

blecido, en el compromiso no hay ni principio de enajenación de los bienes disputados (434). Con todo, puede ser útil solicitar dicha autorización para evitar dificultades.

En los casos de suspensión de la patria potestad, o en que se ha quitado al padre o a la madre la administración de los bienes del hijo (C. C. arts. 251, 262 y 263), y cuando se trata de litigios referentes a bienes que el padre o la madre no administra por haber sido donados, heredados o legados con esta condición o por ser herencias o legados que han pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredación del padre o de la madre en su caso (C. C. art. 247), puede comprometer por el impúber el curador adjunto que según el art. 252 del C. C. es necesario darle, quien debe hacerlo sujetándose a las normas prescritas para los guardadores.

b) *Bajo tutela.*— El impúber compromete por medio de su tutor, quien puede hacerlo libremente cuando el litigio verse sobre derechos muebles del pupilo que se valúen en menos de mil pesos. Pero si la controversia se refiere a cualquier clase de derechos avaluables en más de mil pesos, o a bienes raíces del impúber, cualquiera que sea su valor, el tutor no puede comprometer sin previa autorización judicial, so pena de nulidad relativa del compromiso. En estos mismos casos la sentencia del árbitro debe ser sometida a aprobación de la justicia ordinaria (C. C. art. 400).

Vale la pena observar que el tutor, cuando compromete por el pupilo, debe, además, respetar todas las reglas prescritas por la ley acerca de la administración de los guardadores relativamente a los bienes, especialmente las que se refieren a su obligación de expresar en el acto la circunstancia de que obra en representación del pupilo (C. C. art. 411); a la de obrar de consuno con los demás guardadores cuando sean varios (C. C. art. 413) y a la de obtener autorización de los otros tutores que no estén implicados o del juez en subsidio, cuando directa o indirectamente tenga interés en el compromiso, o lo tengan su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o sus padres o hijos naturales, o sus consanguíneos o afines legítimos hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio (C. C. art. 412).

158 *Menor adulto no habilitado de edad.*— Es relativamente incapaz. Los compromisos que celebre por sí, sin el ministerio, autorización ni ratificación de su representante legal, adolecen de nulidad relativa, salvo cuando se refieran a litigios que versen sobre bienes comprendidos en su peculio profesional o industrial (C. C. arts. 1682 y 246). Fuera de este límite, valen solamente los compromisos que celebre por medio de su representante legal o con autorización o ratificación de éste. Hay que distinguir según se halle bajo patria potestad o sujeto a curatela:

a) *Bajo patria potestad.*— Rige todo lo dicho respecto del impúber que se encuentra en la misma situación, con las siguientes modificaciones:

(434) En igual sentido, Borjas, ob. cit., t. V., N.o 487, p. 28.

Primera: Son válidos no sólo los compromisos que se otorgan por el padre, la madre o el curador adjunto según corresponda, sino también los que el propio menor celebra con autorización previa de esas personas y los que ellas ratifican posteriormente (C. C. art. 254).

Segunda: Ni el padre, ni la madre, ni el curador adjunto, pueden comprometer litigos relativos a bienes que se hallen en el peculio profesional o industrial del menor (C. C. arts. 243 y 247 inc. 1.o). Si lo hacen, actúan fuera de los límites de su representación y el compromiso es inoponible al menor.

b) *Bajo curatela.*— Rige lo dicho respecto al impúber sometido a tutela, con las mismas salvedades hechas para el menor bajo patria potestad: valen también los compromisos que celebra el pupilo autorizado por su curador o que éste ratifica —pero aun en estos casos es necesaria autorización judicial y aprobación de la sentencia por la justicia cuando el compromiso versa sobre derechos del menor que se valúen en más de mil pesos o sobre sus bienes raíces—; y el curador no puede comprometer controversias relativas a bienes del peculio profesional o industrial del menor (C. C. art. 439).

159 *Excepción relativa al peculio profesional o industrial.*— Respecto de su peculio profesional o industrial, el hijo de familia se mira como emancipado y habilitado de edad (C. C. art. 246). Por consiguiente, los compromisos que el menor celebre dentro de la administración y goce de este peculio son válidos sin que necesiten ser autorizados ni ratificados por nadie (C. C. art. 297). Creemos que ésto es así, aun cuando la controversia que se someta a arbitraje se refiera a bienes raíces. No obstante, cabe recordar que quienes ven en el compromiso un acto de disposición de los derechos que se comprometen creen preciso en tal evento obtener autorización judicial según el art. 303 del C. C.

Lo dicho se aplica a los menores no habilitados que ejercen el comercio, según el art. 10 del C. de C.

Esta excepción relativa al peculio profesional o industrial no rige respecto del impúber, que es absolutamente incapaz y no puede actuar en ningún caso por sí sólo (435).

160 *Mujer casada en régimen de sociedad conyugal.*— La mujer casada no divorciada perpetuamente ni separada totalmente de bienes sufre una incapacidad relativa; los compromisos que celebre sin cumplir las formalidades habilitantes establecidas por la ley, adolecen de nulidad relativa.

La mujer puede comprometer por sí sus propios derechos, con autorización del marido (C. C. art. 137) o de la justicia en subsidio en los casos del art. 143 del C. C. Valen también los compromisos que celebre sin esas autorizaciones y que el marido rectifique expresa o tácitamente (C. C. art. 142). Son, además, válidos, los compromisos que celebre el marido en representación de la mujer (C. C. art. 1749).

Se ha afirmado, sin embargo, que el marido no puede someter a compromiso litigios relativos a bienes muebles de la mujer que esté o pueda es-

(435) Claro Solar, ob. cit., t. III, N.o 1524.

tar obligado a restituir en especie, sin el consentimiento de ella, conforme al art. 1755 del C. C. (436), y que los compromisos referentes a inmuebles de la mujer que el marido esté o pueda estar obligado a restituir en especie, no pueden celebrarse ni por el marido, ni por la mujer, ni por ambos juntos (C. C. art. 144) sino cumpliendo con los requisitos prescritos en el art. 1754 del C. C. para enajenar esos bienes (437). Estimamos infundadas estas exigencias, ya que, en nuestro criterio, el compromiso no es un acto de disposición o enajenación de los bienes que se someten a juicio arbitral; en la práctica puede ser conveniente satisfacerlas para evitar dificultades, pero no nos parece rigurosamente necesario.

161 *Excepciones relativas a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, separación parcial de bienes y bienes reservados de la mujer casada.*— Las reglas indicadas en el número anterior no se aplican a los casos de administración extraordinaria de la sociedad conyugal, ni respecto de los bienes que la mujer administra separadamente o que constituyen su patrimonio reservado.

En los casos en que la mujer administra extraordinariamente la sociedad conyugal como curadora del marido o de sus bienes por incapacidad o ausencia de éste, ella tiene sobre sus bienes propios "iguales facultades que el marido y puede ejecutar por sí sola todos los actos para cuya legalidad el marido necesita su consentimiento, debiendo obtener la autorización judicial en los casos en que éste hubiera estado obligado a solicitarla" (C. C. art. 1759) (438). Puede, en consecuencia, comprometer libremente sus propios derechos; cuando el litigio verse sobre bienes muebles, ésto es indiscutible; si se refiere a inmuebles, hay quienes opinan que necesita autorización de la justicia (439).

Si a pesar de la sociedad conyugal hay separación parcial de bienes entre los cónyuges, en los casos de los arts. 166 y 167 del C. C., la mujer mayor de edad es, para la administración de sus bienes separados, plenamente capaz, y puede comprometer litigios referentes a ellos sin trabas de ninguna especie (C. C. arts. 166 N.o 2, 167, 159 y 173). Si la mujer es menor, necesita para esa administración un curador adjunto (C. C. arts. 166 N.o 2, 167 y 1630) y no son válidos los compromisos que celebre sino por medio de éste o con su autorización o ratificación y sujetándose en todo caso a las normas prescritas para los guardadores en el art. 400 del C. C.

Si la mujer que vive en régimen de sociedad conyugal ejerce o ha ejercido durante el matrimonio un trabajo remunerado y separado del de su marido, la ley la considera plenamente capaz respecto del ejercicio de esa labor y de lo que en ella obtenga —es lo que constituye el patrimonio reservado de la mujer casada— (C. C. art. 150). Puede, por tanto, comprometer libre-

(436) Alessandri Rodríguez, Arturo, "Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada", Santiago, 1935, N.os 641 y 634.

(437) Alessandri R., Arturo, "Tratado de las capitulaciones matrimoniales", N.os 650 y 634.

(438) Alessandri R., Arturo, "Tratado de las capitulaciones...", N.o 727.

(439) Alessandri R., Arturo, "Tratado de las capitulaciones...", N.os 729 y 650.

mente las dificultades que le sobrevengan en el ejercicio de su trabajo independiente, y las relativas a los productos de su trabajo, a los bienes que con ellos adquiera y a los frutos de unos y otros (440). Sin embargo, si es menor de 25 años la ley ha dispuesto que necesitará autorización judicial, con conocimiento de causa, para gravar y enajenar los bienes raíces; los que ven en el compromiso un acto de disposición de los bienes que se someten a arbitraje, le hacen aplicable este precepto (441). Demás nos parece repetir que a nuestro juicio esta exigencia es infundada.

Lo dicho respecto de la mujer casada que administra su patrimonio reservado se aplica a la mujer casada comerciante según el art. 11 del C. de C.

162 *Demente y sordomudo que no puede darse a entender por escrito.* — El demente y el sordomudo que no pueden darse a entender por escrito, hayan sido o no declarados en interdicción, son absolutamente incapaces.

Mientras son impúberes, sujetos a patria potestad o a tutela, rigen para ellos las normas señaladas en el número 157.

Cuando son adultos, deben ser puestos en interdicción y sometidos a curatela (C. C. arts. 456, 457 y 470).

El demente no interdicto puede comprometer; pero si se prueba que actuó en estado de demencia, el compromiso deberá ser declarado absolutamente nulo (C. C. arts. 456, 1447 y 1682). El sordomudo que no puede darse a entender por escrito es materialmente inepto para otorgar compromisos.

Si el demente y el sordomudo interdictos celebran por sí mismos compromisos, éstos adolecen de nulidad absoluta (C. C. arts. 456, 1447 y 1682). Para que el compromiso sea válido deben otorgarlo por medio de sus curadores quienes necesitan decreto judicial previo para comprometer sobre derechos del pupilo que se valúen en más de mil pesos o sobre sus bienes raíces, debiendo en estos casos el fallo del compromisario someterse a la aprobación judicial (C. C. art. 400). Estos curadores están obligados, además, a respetar todas las normas legales que rigen sus facultades administrativas, del mismo modo que dijimos al tratar de los tutores del impúber (442). Con todo, cuando la curatela del demente o del sordomudo corresponde a su mujer no divorciada, que en tal caso administra extraordinariamente la sociedad conyugal (C. C. arts. 462 N.o 1, 470 y 1758), puede ella comprometer libremente por su marido ya que la ley le otorga iguales facultades que a éste (C. C. art. 1759). Debemos observar, sin embargo, que quienes estiman que comprometer es disponer de los bienes materia del litigio exigen en estos casos que la mujer obtenga autorización judicial cuando la controversia se refiera a bienes raíces, aplicando la norma del art. 1759 del C. C.

163 *Disipador en interdicción.*— El pródigo o disipador interdicto es relativamente incapaz (C. C. art. 1447). Para que comprometa válida-

(440) Alessandri R., Arturo, "Tratado de las capitulaciones...", N.o 1077; Somarriva, Manuel, "Derecho de Familia", Santiago, 1937, p. 337.

(441) Alessandri R., Arturo, "Tratado de las capitulaciones...", N.o 1118 y 650.

(442) Véase N.o 157.

mente debe hacerlo por intermedio de su curador (C. C. art. 442); sin este requisito sus compromisos adolecen de nulidad relativa (C. C. art. 1682).

El curador del pródigo debe sujetarse para comprometer a las mismas normas que hemos visto para el del demente, el sordomudo y el menor y para los tutores (Título XXI del Libro I del C. C. y especialmente art. 400).

No se aplica al pródigo la salvedad expuesta en el número anterior respecto del caso en que la mujer ejerce la curatela, porque la mujer no puede ser curadora de su marido disipador (C. C. art. 450).

164 *Personas jurídicas.*— La ley somete a algunas personas jurídicas a la exigencia de cumplir ciertos requisitos especiales para celebrar determinados actos, por lo cual las equipara a los relativamente incapaces y da a los órganos llamados a expresar su voluntad la categoría de representantes legales suyos (C. C. arts. 43, 551 y 1447) (443).

El régimen legal que rige la capacidad de las personas jurídicas y las facultades de sus representantes no es siempre el mismo; hay diversas especies de personas jurídicas: unas de derecho público, otras de derecho privado; unas que persiguen fin de lucro — sociedades industriales— y otras que no buscan tales fines —corporaciones y fundaciones— (C. C. arts. 545, 547 y 2053); su régimen jurídico varía según el tipo de que se trata.

Para los efectos de la materia en estudio, nos importa distinguir entre las Corporaciones y Fundaciones de Derecho Público, las Corporaciones y Fundaciones de Derecho Privado y las Sociedades.

165 a) *Corporaciones y Fundaciones de Derecho Público.*— Según hemos visto, la ley prohibe someter a arbitraje los asuntos que afectan los bienes de las corporaciones y fundaciones de Derecho Público (444); éstas no pueden en consecuencia comprometer bajo ningún respecto.

166 b) *Corporaciones y Fundaciones de Derecho Privado.*— La ley no ha determinado ni la persona ni los poderes de sus representantes, sino que se remite a lo que sobre el particular se establece en los estatutos o en acuerdos válidos de la persona jurídica (C. C. arts. 43 y 551). En éstos debe buscarse, pues, quien puede comprometer por la corporación o fundación y a qué requisitos debe someterse, o si nadie puede hacerlo.

¿Qué debe resolverse cuando los estatutos nada dicen?

Nos parece evidente que en tal caso la "sala" o "reunión legal de la corporación entera" puede acordar la celebración de compromisos, puesto que según la ley ella representa en todo evento a la corporación y la voluntad de su mayoría es la voluntad de ésta (C. C. art. 550).

La duda se suscita respecto de la facultad de comprometer de los representantes que los estatutos o la propia sala han designado; por ejemplo, el Presidente o el Directorio de la Corporación o Fundación. No es posible aplicar a éstos las reglas del mandato, porque no son mandatarios sino re-

(443) Véase Claro Solar, ob. cit., t. V, N.os 2807, 2808 y 2809.
(444) Véase N.o 75.

presentantes legales de la persona jurídica, como el padre lo es de su hijo, el marido de su mujer y el guardador de su pupilo (445). Tampoco es posible aplicarles las normas que rigen la aptitud de los guardadores para comprometer —art. 400 del C. C.— porque no se puede generalizar por analogía una disposición que impone requisitos para un caso específico que contempla. Nos parece lo más lógico resolver la cuestión conforme a los mismos principios que aplicamos al padre y al marido que representan a su hijo y mujer; respecto de ellos tampoco ha dicho nada la ley, y en su silencio resolvimos, según las reglas generales, que podían comprometer libremente por sus representados. Igual criterio debe aplicarse a los representantes de las corporaciones y fundaciones de derecho privado cuando ni en los estatutos ni en otros acuerdos válidos hayan establecido otra cosa. Pero debemos tener presente que la representación que el art. 9 del C. P. C. presume en el Presidente de las Fundaciones y Corporaciones, no le otorga la facultad de comprometer.

Sea que comprometa la sala u otro representante, no creemos que cuando el litigio verse sobre bienes raíces de la corporación sea necesario para comprometerlo obtener la autorización judicial que prescribe el art. 557 del C. C., para enajenar dichos bienes, por la razón tantas veces expresada de que el compromiso no es acto de disposición de los derechos que se someten a arbitraje.

167 c) *Sociedades.*— Las sociedades civiles y comerciales son, en el régimen de nuestra ley, personas jurídicas distintas de los socios individualmente considerados (C. C. art. 2053). Deben actuar, pues, por medio de sus representantes, que a diferencia de lo que ocurre a las Corporaciones y Fundaciones, son verdaderos mandatarios. Les son aplicables, por consiguiente, las normas que rigen la aptitud de los mandatarios para comprometer; no pueden hacerlo sin poder especial (C. C. art. 2132, C. P. C. art. 8) (446).

En cuanto a las sociedades colectivas civiles, este principio aparece claro de los arts. 2077 y 2081 del C. C. que reglan las facultades del administrador y de los socios que administran conjuntamente la sociedad. Tratándose de sociedades colectivas mercantiles, que son administradas conjuntamente por los socios, está reiterado por los arts. 386, 387 y 390 del C. C. y el art. 395 de este cuerpo legal lo establece expresamente respecto de los administradores delegados, prescribiendo que sin poder especial no pueden comprometer los negocios sociales de cualquiera naturaleza que sean. Estos preceptos son aplicables a las sociedades anónimas según el art. 460 del C. C. y a las en comanditas conforme a los arts. 474 y 491 del mismo texto. Lo mismo cabe decir de las sociedades de responsabilidad limitada que se rigen por las reglas de las colectivas por expresa disposición del art. 4 de la ley N.o 3,918, de 14 de Marzo de 1923.

Las normas expuestas respecto de los administradores de sociedades se aplican también a los liquidadores de las sociedades en liquidación según el art. 410 del C. de C.

---

(445) Claro Solar, ob. cit., t. V, N.o 2810.
(446) Véase N.o 146.

Los compromisos que celebren los administradores excediéndose de sus poderes son inoponibles a las sociedades, según los principios que hemos establecido en los N.os 147, 148, 149 y 150. Así lo prescribe expresamente, por lo demás, el art. 2079 del C. C. Esta regla tiene, sin embargo, excepciones en materia mercantil respecto de los terceros de buena fe, a quienes la ley protege dando valor a los actos del administrador que se extralimita, sin perjuicio de la responsabilidad de éste para con la sociedad (C. de C. arts. 391, 399 y 460).

168 *Religiosos*.— La ley ha establecido que los religiosos que hacen profesión solemne, conforme a las leyes, en instituto monástico reconocido por la Iglesia Católica, mueren civilmente y su personalidad termina relativamente a los derechos de propiedad (C. C. art. 95). Es esta una incapacidad de goce que priva al religioso no sólo de aptitudes para actuar en la vida jurídica, sino aun de la facultad de adquirir derechos, salvo las excepciones legales Estos religiosos no pueden, en consecuencia, comprometer.

Pero el C. C. ha dispuesto también, en su art. 1447, que los religiosos son relativamente incapaces. No hay acuerdo entre los intérpretes para apreciar el significado de este precepto (447). Según la interpretación que nos parece más acertada, se refiere a todo religioso del clero regular, en cuanto necesita la autorización o aprobación de sus superiores para actuar en el comercio jurídico. Entendiéndolo así, consideramos que los religiosos pueden comprometer válidamente, siempre que se sujeten a las exigencias que les imponga su profesión religiosa.

169 *Fallido*. — Por la declaración de quiebra se produce el desasimiento del fallido, el cual queda privado de la administración y disposición de todos los bienes comprendidos en la masa, (Ley de Quiebras, N.o 4,558, arts. 61 y 62). La administración de esos bienes pasa de derecho al síndico, quien la ejerce en calidad de representante legal del fallido y de los intereses generales de los acreedores en lo concerniente a la quiebra (Ley 4,558, arts. 61 y 21).

El fallido no puede celebrar ninguna clase de actos ni comparecer en juicio, como demandante ni como demandado, en lo relacionado con los bienes comprendidos en la quiebra; la ley sólo le permite, respecto de estos bienes, la ejecución de actos conservativos (Ley 4,558, art. 61).

El compromiso no es un acto meramente conservativo; debe concluirse entonces, que el fallido no puede comprometer los bienes de la masa, so pena de nulidad del compromiso. Puede hacerlo, en cambio, el síndico, por expresa disposición de la ley, como representante del fallido y de los acreedores. El síndico está facultado para comprometer libremente los negocios que no excedan de diez mil pesos. Puede también celebrar compromisos sobre negocios que excedan de este valor, previo acuerdo de los acreedores que, siendo dos o más, reúnan más de la mitad del total pasivo de la quiebra, (Ley

(447) Véase Claro Solar, ob. cit., t. I, N.o 707; Somarriva, Manuel, Apuntes de Clase, año 1937, págs. 338 y sigtes.

4,558, arts. 21 N.o 12, 12, 81 y 84). Parece lógico pensar que también puede hacerlo cuando ha sido autorizado por la unanimidad de los acreedores para continuar efectivamente el giro del fallido, a menos que en la autorización se lo niegue esta facultad o de su tenor o condiciones se deduzca que no la comprenda, (Ley 4,558, art. 82).

Lo dicho, no obstante estar claramente establecido en la ley, debe entenderse sin perjuicio de lo prevenido en el art. 67 del mismo texto. Esta disposición, al preceptuar la acumulación al juicio de quiebra de todos los litigios pendientes contra el fallido ante otros tribunales de cualquiera jurisdicción y que puedan afectar sus bienes, y al ordenar expresamente que "los nuevos juicios que se entablen contra la masa se substanciarán también ante el tribunal que conozca de la quiebra", limita la posibilidad de celebrar compromisos relativos a esos bienes.

El compromiso tiene por objeto excluir la jurisdicción del tribunal competente según la ley, para conocer de un asunto y someterlo a la jurisdicción de un árbitro. Si la ley quiere y ha ordenado que todos los juicios que se susciten contra la masa sean sometidos precisamente a la jurisdicción del tribunal que conoce de la quiebra, es evidente que las partes no pueden derogar la jurisdicción de este tribunal comprometiendo esta clase de litigios. Los compromisos que se celebren carecen de eficacia respecto de los litigios que se promuevan contra la masa.

Corrobora este criterio la excepción establecida en el inc. 2.o del art. 67, conforme a la cual seguirán substanciándose o se promoverán ante el tribunal que conoce o debe conocer de ellos, los asuntos de que actualmente estuvieren conociendo jueces árbitros y los que, según la ley, deban someterse a compromiso. Según esto, los juicios arbitrales pendientes al tiempo de la quiebra continúan ventilándose ante árbitros — tomando el síndico la representación del fallido de acuerdo con las reglas generales — y los asuntos de arbitraje forzoso que se promuevan no se llevan ante el tribunal de la quiebra, sino ante los compromisarios que corresponda — debiendo proceder el síndico a constituir, por el fallido, el tribunal y el juicio arbitral— A contrario sensu, los litigios de arbitraje voluntario que se promuevan quedan sometidos a la regla del inc. 1.o del art. 67: deben someterse al tribunal de la quiebra toda vez que se dirijan contra la masa; no pueden, en consecuencia, comprometerse sino en cuanto se promuevan en favor de la masa.

En lo que se refiere a los compromisos celebrados por el fallido antes de la declaratoria de quiebra — y sin perjuicio de lo que en otra parte diremos sobre sus efectos respecto de los juicios comprendidos en ellos que se susciten después de la quiebra contra el fallido—, debemos anotar aquí que también pueden ser afectados en ciertos casos por la declaratoria de quiebra. Así ocurre con los compromisos celebrados durante cualquier tiempo anterior a la declaración de quiebra en perjuicio de los acreedores de una de las partes; como actos onerosos, pueden ser atacados por la acción pauliana cuando ambas partes estaban de mala fe, esto es, conocían el mal estado de los negocios del deudor, lo que se presume en éste, desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos, (Código Civil, art. 2468, ley 4,558, art. 73). Así sucede también cuando el compromiso ha sido otorgado por un

deudor comerciante entre la fecha de la cesación de pagos y el día de la declaratoria de quiebra; como acto oneroso, puede ser anulado cuando las otras partes hubieren tenido conocimiento de la cesación de pagos, (Ley 4,558, art. 74).

Debemos recalcar, eso sí, que lo que se puede atacar en estos casos, es el compromiso, pero no la sentencia arbitral, la que no es un acto convencional, sino de jurisdicción, que queda al margen de la esfera en que las nulidades ordinarias y la acción pauliana, causan sus efectos (448).

170 *Situación del ausente, de la herencia yacente y de los derechos eventuales del que está por nacer.* — La ley protege los derechos del ausente cuyo paradero se ignora y que no tiene constituído apoderado bastante (C. C., art. 473); de la herencia yacente, ésto es, de aquella que no ha sido aceptada, (C. C., art. 481), y de la criatura concebida que se halla en el vientre materno, (C. C. art. 485), disponiendo que un curador de bienes se encargue de ellos, (C. C., art. 343).

Estos curadores de bienes están sujetos, en su administración, a las mismas trabas que los tutores y curadores, según las reglas establecidas en el Título XXI del Libro I del Código Civil, "y además se les prohibe ejecutar otros actos administrativos que los de una mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representantes", salvo que, justificada su necesidad o utilidad, los autorice el juez previamente, (C. C., arts. 387 y 389).

¿Pueden estos curadores comprometer asuntos relativos a los bienes del ausente, o a los que forman la herencia yacente, o a los que constituyen los derechos eventuales del que está por nacer? No siendo el compromiso un acto de mera custodia y conservación y no pudiendo considerársele como perteneciente al giro ordinario de los negocios del ausente, cremos que queda comprendido en la prohibición establecida por los arts. 487, 488 y 489 del Código Civil. El curador de bienes, cuyas funciones son esencialmente transitorias y cuyas facultades son de mera custodia y conservación, casi las mismas de un simple mandatario (449), no representa al propietario de los bienes, sino en lo estrictamente necesario para evitar los perjuicios que la falta actual de aquél puedan ocasionar (450): no puede, en consecuencia, comprometer, sino con previa autorización judicial dada por causa de necesidad o utilidad, y los compromisos que de otro modo celebre, adolecen de nulidad relativa (451).

Lo dicho no rige, sin embargo, respecto de los bienes del ausente cuyo curador es su mujer no divorciada perpetuamente ni separada totalmente de bienes, que administra en tal caso extraordinariamente la sociedad conyugal; ella puede comprometer libremente por su marido, conforme al art.

---

(448) En este mismo sentido, tratando de las particiones, Rafael Correa Fuenzalida, "De las quiebras", apuntes taquigráficos de clase, Santiago, 1938, págs. 100 y 101.

(449) Claro Solar, ob. cit., t. V., N.os 2537 y 2546; Somarriva, "Derecho de Familia", p. 569.

(450) Claro Solar, ob. cit/ t. V, N.o 2541.

(451) Gaete, ob. cit., N.o 54, nota 47.

1759 del Código Civil, siéndole aplicable lo que dijimos sobre el particular al tratar del demente y del sordomundo en el N.o 162.

171 *Situación del menor habilitado de edad.* — Por la habilitación de edad, el menor queda apto para ejecutar todos los actos y contraer todas las obligaciones de que son capaces los mayores de veinticinco años, excepto aquellos actos u obligaciones de que una ley expresa lo declara incapaz (C. C., art. 297). Ningún texto legal prohibe al menor habilitado celebrar compromisos; y no siendo el compromiso un acto de disposición de los derechos a que se refiere, no puede entenderse que cuando versa sobre bienes raíces le alcance la traba impuesta por el legislador para enajenar esos bienes, (C. C., art. 303); debe concluirse, en consecuencia, que puede comprometer libremente.

172 *Situación de la mujer divorciada perpetuamente y de la separada totalmnte de bienes.* — La mujer divorciada perpetuamente y la separada totalmente de bienes son plenamente capaces (C. C., arts. 173 y 159); ninguna limitación afecta a su amplio derecho para otorgar compromisos respecto de sus propios bienes. Sin embargo, cuando la mujer ha dado causa al divorcio por su adulterio, no puede comprometer sobre sus bienes cuya administración conserva el marido o que se ha puesto a cargo de un curador de bienes, conforme a lo prescrito por el art. 171 del Código Civil. Respecto de esos bienes sólo pueden comprometer el marido o su curador, ciñéndose cada uno a las reglas que rigen sus facultades administrativas.

173 *Sanción de la incapacidad.* — La incapacidad de cualquiera de las partes, no salvada legalmente, acarrea la nulidad del compromiso. Esta nulidad es absoluta cuando el incapaz es un impúber, un demente o un sordomudo que no puede darse a entender por escrito, y es relativa cuando los demás incapaces comprometen por sí mismos sin obtener autorización ni ratificación de sus representantes legales o éstos lo hacen por ellos sin observar las formalidades prescritas por la ley (C. C., arts. 1447 y 1682).

La omisión de la autorización judicial en los casos en que el tutor o curador debe obtenerla está expresamente sancionada con nulidad (C. C., art. 400), (452). Esta es también una nulidad de carácter contractual u ordinaria; ya hemos dicho que el compromiso es una convención civil que se gobierna, en cuanto a su perfeccionamiento y validez, por las reglas generales de esta clase de actos, a lo cual no obstan los efectos procesales que él produzca: sólo éstos efectos son regidos por las leyes de procedimiento. El compromiso no es acto judicial ni forma parte del juicio, del mismo modo que "el nombramiento de un juez ordinario no es parte del juicio que ante él se tramita" (453). Así lo ha resuelto la jurisprudencia tratándose de la partición de bienes, según veremos en los números siguientes, la cual ha visto en estos casos una nulidad relativa, porque el requisito de la autorización judicial ha sido establecido en atención a la persona incapaz, como una medida para protegerla.

(452) C. Concepción, Gaceta 1940, t. II, N.o 141, p. 599.
(453) C. Valdivia, Otero, ob. cit., t. I, 1913, p. 882.

174 *Reglas especiales relativas a la partición.* — Las reglas expuestas sobre capacidad para comprometer sufren modificaciones tratándose de la partición.

En realidad, en el caso del juicio de partición no hay compromiso, puesto que al prescribir la ley como obligatorio el arbitraje, hace innecesario convenirlo. No obstante, ya hemos dicho, (454), que nuestros textos legales parecen comprender, en la expresión compromiso, aún el solo nombramiento de árbitros, y aunque en rigor esto sea inexacto, creemos conveniente señalar, ya que tratamos de la capacidad para comprometer, las reglas especiales que rigen la que es precisa para otorgar ese supuesto compromiso que consiste en nombrar partidores.

Se aplican a la partición de bienes las mismas normas generales que hemos visto sobre capacidad para comprometer, pero con las siguientes salvedades: la ley pone trabas a ciertas personas para provocar el juicio de partición y para designar partidor. Hay, pues, dos órdenes distintos de limitaciones: unas para provocar la partición de bienes y otras, para designar árbitro que la efectúe.

Cualquiera persona puede provocar la partición de bienes; nadie está obligado a permanecer indiviso. Los incapaces pueden hacerlo por medio de sus representantes legales, o con su autorización o ratificación, según las reglas generales. Pero cuando se trata de una herencia o de bienes raíces (455) de incapaces, el tutor o curador, de cualquier clase que sea (456); el padre o la madre que ejercen la patria potestad de su hijo, en cuanto administran sus bienes (457), y el representante legal de una persona jurídica, no pueden provocar la partición sin autorización judicial (C. C., arts. 396 y 1322), dada con audiencia del defensor público, (L. O. T., art. 295). Tampoco puede hacerlo el marido que representa a su mujer, con la cual vive en régimen de sociedad conyugal que él administra (458), respecto de los bienes de ella, sin el consentimiento de la mujer si fuere mayor de edad, y no estuviere imposibilitada o de la justicia en subsidio (C. C., art. 1332, inc 2.o).

Debe tenerse presente que estas personas que, por ministerio de la ley administran bienes ajenos, deben solicitar dichas autorizaciones sólo en los casos en que ellas toman la iniciativa de provocar la partición, pero no cuando se limitan a concurrir al juicio divisorio ya iniciado por otro comunero, ni cuando la partición se efectúa de común acuerdo por los interesados; el art. 396 del Código Civil, lo dice expresamente respecto de los curadores en su inciso 2.o, y es lógico aplicar la misma regla a los demás casos, ya que

(454) Véase N.o 146.

(455) Gaete, ob. cit., N.o 52.

(456) Gaete, ob. cit., N.os 53 y 54; Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 72.

(457) Silva Bascuñán, ob. cit., N.os 75 y 76.

(458) Somarriva, "De la Sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos", Santiago, 1938, págs. 185 y 186.

Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 82, afirma que aún en caso de separación de bienes corresponde al marido, con consentimiento de la mujer, pedir la partición. Se funda en la diversa redacción de los arts. 1322 y 1326 del C. C.; pero admite que, según los principios, debe resolverse lo contrario.

cuando otro comunero provoca la división, el representante del incapaz no puede oponerse a ella (459).

En cuanto al nombramiento de partidor la ley establece, también, que si alguno de los interesados no tuviera la libre disposición de sus bienes, la designación que no haya sido hecha por el juez debe ser aprobada por éste, (C. C., art. 1326), con audiencia del defensor público, (L. O. T, art. 295). Esta regla se aplica, sea que el nombramiento lo efectúen los comuneros de común acuerdo o lo haya hecho el testador (460). Si el incapaz es una mujer casada cuyos bienes administra su marido, y al nombramiento han concurrido éste representándola, basta que se obtenga el consentimiento de ella y sólo en subsidio es necesario el de la justicia, (C. C., art. 1326, inc. 2.o).

En lo demás se aplican al nombramiento de partidor, en cuanto a capacidad de las partes, las mismas normas que a cualquiera otra designación de árbitros, y los representantes legales deben someterse a los principios generales que determinan sus facultades.

175 *Sanción de la falta de autorización o aprobación judicial.* — Las exigencias que pesan sobre los que administran bienes de incapaces de obtener autorización judicial para provocar la partición de sus herencias o sus bienes raíces y de hacer aprobar judicialmente el nombramiento de partidor, están establecidas como medidas de protección a los incapaces y su inobservancia acarrea, en consecuencia, la nulidad relativa del compromiso particional (461). Aceptando esta opinión, la Corte de Santiago ha resuelto que es posible sanear lo actuado por el partidor, cuyo nombramiento no ha sido aprobado, mediante una ulterior ratificación por las partes, y aprobación por la justicia (462).

El profesor don Fernando Alessandri enseña que estas nulidades sólo pueden hacerse efectivas por la vía de los recursos legales dentro del juicio de partición y antes de quedar ejecutoriado el laudo o la resolución que lo aprueba (463); en su concepto, estas son nulidades procesales y no ordinarias, opinión que sigue el señor Ricardo Gaete Bahr, en su Memoria sobre "Constitución del juicio de partición", (464).

Los tribunales han fallado, sin embargo, que la omisión de un requisito como la autorización judicial para proceder a la partición de bienes del pupilo, no constituye vicio o defecto del procedimiento, sino infracción de una condición determinada por la ley sustantiva para la validez del compromiso y de los actos o contratos ejecutados en él, de modo que es inadmisible la alegación de que debe atacarse por la vía de los recursos procesales

(459) Alessandri R., Arturo, "Tratado de las capitulaciones", N.o 692; Alessandri, Fernando, "Partición"; Somarriva, "De la sucesión," etc. p. 185; Silva Bascuñán, ob. cit., N.os 71 y 72; Gaete, ob. cit., N.os 56 y 57; C. Concepción, Gaceta 1926, t. I, N.o 53, p. 192; C. Talca, Revista, t. XXX s. I, p. 345; C. Suprema, Revista t. XXVIII, s. I, p. 493; C. Suprema Revista, t. XXXV, s. I, p. 66.

(460) Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 133; Gaete, ob. cit., N.o 187.

(461) Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 137; C. Valdivia, Revista, t. XXXV, s. I, p. 66.

(462) C. Santiago, Gaceta 1927, t. II, N.o 159, p. 688.

(463) Alessandri R., Fernando: "Partición de Bienes", N.os 40 y 43.

(464) Gaete, ob. cit., N.os 61 y 192.

(465), y que el nombramiento de árbitro "no es un acto de carácter procesal, sino un contrato de donde emana la jurisdicción del árbitro nombrado", y, "si bien es cierto que le aprobación judicial del nombramiento es una situación de índole procesal, su omisión afecta de nulidad al acto o contrato, pues la ley la ha establecido en interés de los menores", motivo por el cual procede rechazar un recurso de casación contra la sentencia que declara esa nulidad, fundado en que ésta debió reclamarse en el curso del juicio, "porque los jueces falladores han tenido presente para acoger la demanda, infracciones de carácter substantivo y no procesales" (466).

Ante la disyuntiva que estos criterios diferentes plantean, preferimos el de la jurisprudencia, que nos parece más conforme con la naturaleza de los actos afectados por las nulidades; provocación de la partición y nombramiento de partidor, no son actos judiciales en sí, ni forman parte del juicio particional; son sólo antecedentes suyos; no hay motivo para hacerles extensivas las reglas procesales que rigen los trámites del juicio.

En cambio, cuando lo que se omite no es la aprobación o autorización judicial, sino que en los trámites de éstas, la audiencia del defensor público, se incurre sólo en un vicio procesal del cual puede reclamarse únicamente en el curso del respectivo procedimiento (467).

176 *Falta del consentimiento de la mujer en su caso.* — La exigencia que pesa sobre el marido que administra los bienes de su mujer de obtener el consentimiento de ésta para provocar la partición de sus bienes y para nombrar partidor, no es, en cambio, una simple medida de protección a la mujer. Las facultades del marido sobre los bienes de la mujer se limitan a las estrictamente administrativas; todo acto que no tenga esta calidad, sólo puede ser efectuado por la mujer, en su carácter de dueña de sus bienes; es por ésto que la ley exige que se obtenga su consentimiento (C. C., arts. 1754, 1236, 1322 y 1326). La incapacidad de la mujer, establecida más por razones jurídicas que naturales, no le impide manifestar su voluntad; en verdad, quien actúa en estos casos, es la mujer; y la función del marido se reduce a autorizarla en la forma exigida por los arts. 136 y siguientes del Código Civil. De aquí que la falta del consentimiento de la mujer, en los casos en que la ley lo exige y ella pueda otorgarlo, hace el acto del marido inoponible a la mujer, ya que se ha ejecutado por un representante legal, fuera de la órbita de sus facultades. La mujer puede, por tanto, pedir que se haga una nueva partición con su intervención, o por partidor nombrado con su consentimiento (468). Es éste uno de los casos en que entran en juego los principios que establecimos en los números 147, 148, 149 y 150 de esta Memoria. Se ha fallado, no obstante, que en estos casos, hay simplemente una nulidad relativa (469).

(465) C. Valdivia, Revista, t. XXXV, s. I, p. 66.

(466) C. Suprema, Revista, t. XXXVIII, s. I, p. 396.

(467) En contrario, Silva Bascuñán, ob. cit. N.o 136, opina que se produce la nulidad relativa del acto.

(468) Alessandri R., Arturo: "Tratado práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, etc.", N.os 697 y 706.

(469) C. Talca, Revista, t. X, s. I, p. 525.

Pero si el marido actúa con el consentimiento de su mujer, que es menor de edad o que está imposibilitada para otorgarlo válidamente, el acto adolece de nulidad relativa (470). Lo mismo nos parece que ocurre cuando, siendo la mujer menor de edad o estando imposibilitada, omite el marido la autorización de la justicia: esta es una exigencia destinada a salvar la imposibilidad de la mujer y está dispuesta en su interés.

177 *Situación que se produce cuando hay oposición de intereses entre representante legal y representado.* — Puede ocurrir que el representante legal tenga interés propio en el asunto de su representado incapaz, que pretende someter a arbitraje.

Cuando se trata de una contienda entre representante legal y representado, la ley prohibe que se las someta a arbitraje, a menos que el asunto sea de arbitraje forzoso (L. O. T., art. 177). En consecuencia, el compromiso relativo a un litigio entre representante y representado adolece de nulidad absoluta (C. C., arts. 1466 y 1682). Pero, cuando el arbitraje es posible, por tratarse de una controversia que la ley entrega obligatoriamente a la decisión de compromisarios, ¿puede el representante legal actuar en nombre de su representado en la designación de los árbitros y en el juicio respectivo? Nos parece evidente que no. El *autocontrato*, esto es, "el acto jurídico que una persona celebra consigo misma y en el cual actúa, a la vez, como parte directa y como representante de la otra, o como representante de ambas partes" (471), es absolutamente inadmisible, aún a falta de un texto expreso que lo prohiba, siempre que suscita un conflicto u oposición de intereses entre representante legal y representado (472). El nombramiento de árbitros es un acto importante cuya realización puede acarrear perjuicio al representado y, por su naturaleza, es de temer que el representante sacrifique su deber a su propio interés; éste no puede, en consecuencia, efectuarlo por sí mismo y en nombre de aquél, so pena de nulidad relativa de la designación que así realice (473); debe darse para el efecto al representado un curador especial. En cuanto al juicio mismo, de diversas disposiciones de nuestra ley se deduce categóricamente que ella prohibe que una persona pueda sostener un litigio consigo misma, como representante de la otra parte o de ambos litigantes; cada vez que representante y representado litigan, debe darse al último un curador ad litem (474).

Puede darse también el caso de que, sin ser parte el representante legal en el juicio de su representado que se trata de someter a arbitraje, tenga, sin embargo, interés en él, ¿es posible y lícito, en este evento, que el representante legal actúe por su representado?

Respecto de los tutores y curadores, la ley ha establecido expresamen-

(470) Alessandri R., Arturo: "Tratado práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, etc.", N.os 697 y 709.

(471) Alessandri R., Arturo: "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", estudio publicado en la Revista, t. XXVIII, primera parte, p. 5, N.o 1.

(472) Alessandri R., Arturo: "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", N.os 8, 23, 44 y 56.

(473) Alessandri R., Arturo: "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", N.o 9.

(474) Alessandri R., Arturo: "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", N.o 25.

te que, "por regla general, ningún acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés el tutor o curador, o su cónyuge, o cualquiera de sus ascendientes o descendientes legítimos, o de sus padres o hijos naturales, o de sus hermanos legítimos o naturales, o de sus consanguíneos o afines legítimos, hasta el cuarto grado inclusive, o alguno de sus socios de comercio, podrá ejecutarse o celebrarse, sino con autorización de los otros tutores o curadores generales que no estén implicados de la misma manera, o por el juez en subsidio". (C. C., art. 412). La Corte de Valdivia ha aplicado en dos casos este precepto, resolviendo que la oposición de intereses entre guardador y pupilo inhabilita al primero para representar al segundo en el nombramiento de árbitro; pero mientras en una ocasión sancionó su incumplimiento con la nulidad absoluta del acto (475), en la otra, estimó que había únicamente nulidad relativa (476), criterio éste último que preferimos, ya que la regla del art. 412 del C. C., ha sido dispuesta en consideración al estado o calidad de las personas, y no a la naturaleza del acto (477).

Ningún precepto legal ha establecido disposición análoga a la del art. 412 del Código Civil, respecto del padre y del marido que representan a su hijo o mujer, ni de los representantes legales de las personas jurídicas. Se plantea, entonces, la cuestión de saber si éstos representantes pueden comprometer los asuntos de sus representados en que ellos, sin ser partes principales, tienen también un interés más o menos directo. Cuando ese interés es armónico con el de los incapaces a quienes representan, no parece haber inconveniente en que lo hagan; pero la situación es distinta cuando los intereses de representante y representado son contradictorios.

No obstante la ausencia de disposiciones expresas, nuestros tribunales, interpretando el espíritu general de la legislación y ateniéndose a los más elementales principios de justicia, parecen considerar que cada vez que hay oposición de intereses entre representante legal y representado cesa la representación y debe darse al incapaz un curador especial que actúe por él (478). Es así cómo la Corte Suprema ha fallado que el padre, en el caso de tener intereses opuestos con sus hijos, no puede representarlos legítimamente en el nombramiento de un árbitro y, al hacerlo, excede los límites de sus facultades, de modo que el nombramiento es inoponible a los hijos, y que éstos, para ratificar lo actuado por aquél, deben ser asistidos por un curador especial (479).

¿Cuándo se entiende que hay oposición de intereses? Es ésta una cuestión de hecho que queda subordinada al criterio de los jueces de la instancia (480), los cuales deben apreciarla en cada caso, sin que pueda el tribunal de casación alterar lo establecido por aquéllos.

---

(475) Gaceta 1919, t. I, N.o 1265, p. 891.

(476) Revista, t. XXXV, s. I., p. 66.

(477) Alessandri R., Arturo: "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", N.o 36.

(478) Véase, en este sentido, C. Santiago, Gaceta 1914, t. I, N.o 68, p. 140; C. Talca, Gaceta 1924, t. II, N.o 115, p. 534; C. Valdivia Revista, t. XXXI, s. II, p. 49.

(479) Revista, t. XXXVIII, s. I, p. 396.

(480) Alessandri R., Arturo: "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", N.o 23, en nota.

Tratándose de la partición de bienes, cabe preguntarse si el simple hecho de que representante legal y representado sean comuneros en los bienes que se trata de dividir, importa o no oposición de intereses. La Corte Suprema ha dicho que no, en dos ocasiones; pero una vez se fundó en que la partición no afecta el dominio de los bienes del incapaz, ya que las adjudicaciones que en ella se efectúen no constituyen enajenaciones (481), y en otra, se negó a aplicar el art. 412 del Código Civil sólo al nombramiento de partidor, por ser éste un acto que no compromete o altera el patrimonio de los comuneros, sino más bien de carácter preliminar o preparatorio de la partición, como los inventarios o tasaciones, declarando que el mencionado precepto podría, en cambio, aplicarse a las actuaciones de liquidación y distribución de los bienes comunes (482). En sentencia posterior, en cambio, ha resuelto que un padre tiene intereses opuestos con sus hijos para proceder a la partición por ser comunero con éstos en la masa divisible (483), tesis que el mismo tribunal (484), y la Corte de Valdivia (485), habían sostenido en oportunidades anteriores, y que nos parece ser la verdadera, "porque la partición es un juicio doble en que cada comunero ejercita, como parte, derechos propios, en contraposición a los que recíprocamente y de la misma manera ejercitan los demás comuneros, de modo que hay entre todos éstos incompatibilidad de intereses" (486), la que se manifiesta desde el primer momento y afecta a todos los actos del arbitraje, desde el propio nombramiento de compromisarios.

c) *Objeto lícito.*

178 -*Principio.* — Para la validez de todo acto o declaración de voluntad es necesario, según el art. 1445 del Código Civil, que recaiga sobre un objeto lícito. El art. 1460 agrega que "toda declaración de voluntad, debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia, pueden ser objeto de la declaración".

Tratándose de los contratos, se dice que su objeto inmediato son las obligaciones que de él nacen, y su objeto mediato, las prestaciones — cosas, hechos o abstenciones — que constituyen el objeto inmediato de esas obligaciones (487).

El compromiso no es un contrato, sino simplemente una convención. De él no nacen obligaciones civiles para las partes. ¿Cuál es su objeto?

Empleando los términos del art. 1460 del Código Civil, podríamos decir que "lo que se trata de hacer" en el compromiso, es *someter ciertos asuntos a jurisdicción arbitral y designar árbitros para que decidan.* El hecho de que las partes no se "obliguen a hacer" estas cosas, sino que las "hagan" desde luego, no obsta a que éstos sean los verdaderos objetos del compromiso.

(481) Revista, t. XXVIII, s. I, p. 492.
(482) Revista, t. XXXV, s. I, p. 66.
(483) Revista, t. XXXVIII, s. I, p. 396.
(484) Revista, t. XIX, s. I, p. 487.
(485) Gaceta 1919, t. I, N.o 1265, p. 891; Revista, t. XXXV, s. I, p. 66.
(486) Alessandri R., Arturo: "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", N.o 31.
(487) Claro Solar: ob. cit., t. X, N.o 851.

El objeto del compromiso es, pues, doble: someter ciertos asuntos a arbitraje y designar árbitros. En último término, puede considerarse que está constituído por el asunto litigioso y el tribunal arbitral.

179 *Primer objeto: asunto litigioso.* — Es indispensable que exista uno, por lo menos. No importa que la controversia no sea seria ni fundada; habiendo una disputa sobre cierto asunto, aún cuando una de las partes tenga toda la razón y la otra ninguna, puede recaer un compromiso sobre ella (488).

La controversia debe ser "actual" o "cierta", en el sentido de constituir un conflicto real, que afecta verdaderos intereses de las partes, y no una mera discusión doctrinaria o abstracta. Pero no es preciso que sea "actual", en el sentido de que al tiempo de comprometer se hayan planteado ya el litigio. La "actualidad" en el tiempo, que es cosa vaga y relativa, pues siempre será difícil, sino imposible, determinar el momento preciso en que la controversia nace (489), no es indispensable. Puede ser objeto del compromiso un litigio futuro y eventual (490).

No importa que ya se haya iniciado juicio ante los tribunales ordinarios sobre la controversia; aun en tal caso, puede ésta comprometerse en cualquier estado del proceso, puesto que todavía subsiste y las partes son libres para mudar de jurisdicción (491). La ley no lo prohibe.

Se ha discutido, en cambio, si el compromiso puede recaer sobre cuestiones ya decididas por sentencia firme. Manresa opina que en este caso ha cesado "todo motivo de contestación o disputa; no hay contienda que someter a la decisión de los árbitros", lo cual no obsta a que pueda comprometerse el modo de ejecución de la sentencia, pero no el asunto mismo que ella resuelve (492). En igual sentido se pronuncian Carabantes y Amar, quienes estiman que un compromiso sobre litigios ya resueltos por fallo ejecutoriado, importa pasar por encima de la cosa juzgada, que es de orden público (493).

Miranda rebate con acierto esta tesis haciendo ver que la cosa juzgada, aunque sea de orden público, no puede declararse de oficio por el juez y las partes son libres para oponerla o no; si renuncian a ella, renace el litigio y pueden comprometerlo (494). Aunque sea cosa de muy rara ocurrencia, la verdad es que las partes pueden renunciar la cosa juzgada una vez producida — anticipadamente no les es permitido — y así lo hacen cuando comprometen una controversia que está ya resuelta por sentencia firme.

Pero para que este compromiso importe renuncia de la cosa juzgada

(488) Bernard, ob. cit., N.o 19; Miranda, ob. cit., N.o 33.
(489) Morel, ob. cit., N.o 10; Vargas, ob. cit., N.o 11.
(490) Vargas, ob. cit., N.o 23.
(491) Bernard, ob. cit., N.o 20; Manresa, ob. cit t. II, p. 459; Miranda, ob. cit. N.o 35. C. P. C. español, art. 487; C. P. C. argentino, art. 767; C. P. C. venezolano, art. 502; C. P. C. uruguayo, art. 533.
(492) Manresa, ob. cit., t. II, p. 459, y t. IV, p. 8.
(493) Citados por Miranda, ob. cit., N.o 36.
(494) Miranda, ob. cit., N.o 36.
El propio Manresa cita un fallo del tribunal supremo español, de 12 de Diciembre de 1904, que admite esta tesis, declarando que no es obstáculo para someter un asunto a árbitros, la existencia de una sentencia firme que resolvió ya la cuestión, (ob. cit. t. II, N.o 59).

nos parecen indispensables dos condiciones: que se especifique la controversia de tal manera que no quepa dudas de que es la misma ya decidida, y que las partes no ignoren la existencia de la cosa juzgada. Si no aparece absolutamente claro del compromiso que la cuestión a que se refiere es la ya resuelta y no otra, no puede suponerse la renuncia, y la parte a quien la cosa juzgada beneficia conserva su acción y su excepción y puede hacerlas valer en el curso del juicio arbitral. Si al tiempo de comprometer, ambas partes o una de ellas no tienen conocimiento de que ese litigio ya está resuelto por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, piensa Miranda, junto con Codovilla, a quien cita, que el compromiso carece de objeto, pues no hay controversia que someter al juicio arbitral (495); adolece por consiguiente, de nulidad, del mismo modo que la transacción en ese caso (C. C. art. 2455).

180 *Segundo objeto: tribunal arbitral.* — En el compromiso se designa, también, el tribunal arbitral: es éste el segundo objeto de la convención. Si no hay nombramiento de árbitros falta uno de los objetos del compromiso y éste es nulo absolutamente. En cuanto a los requisitos que el tribunal arbitral, como objeto del compromiso, debe reunir, nos remitimos a lo dicho sobre los árbitros en el Capítulo II del Título Primero.

181 *Objeto ilícito.* — Hay objeto ilícito en el compromiso, toda vez que el asunto litigioso a que él se refiere es uno de los que la ley prohibe someter a arbitraje (496), o que el tribunal arbitral se constituye por alguna de las personas a que la ley inhabilita para ser árbitro (497). En ambos casos se viola una prohibición legal y el compromiso adolece de nulidad absoluta.

d) *Causa lícita.*

182 *Principio.* — Todo acto o declaración de voluntad debe tener una causa lícita (C. C., art. 1445), que según la define nuestra ley es el motivo que induce al acto o contrato, (C. C., art 1467).

Es bien sabido que el concepto de causa ha dado lugar en doctrina a numerosas discusiones y aún hay autores que estiman que este requisito es artificial y no tiene razón de ser. Al hablar de la causa, leyes y tratadistas lo hacen refiriéndose más directamente a las obligaciones que a los actos jurídicos; de aquí que esta doctrina tenga su mayor aplicación respecto de los contratos. Según la opinión más aceptada hoy día, se entiende por causa "el fin o propósito inmediato e invariable del acto" (498), "el fin perseguido en el contrato" — causa final (499).

Si estos conceptos son aplicables a todas las convenciones, aunque no sean contratos, podría decirse con Miranda que la causa del compromiso es "el fin que se persigue en él". Para el tratadista uruguayo tal fin no es otro que "crear la jurisdicción arbitral" (500). Manteniéndonos en el n

(495) Miranda, ob. cit., N.o 37.
(496) Véase, N.o 84.
(497) Véase N.os 105, 106, 107 y 110.
(498) Claro Solar, ob. cit., t. XI, N.os 910, 911 y 912.
(499) Claro Solar, ob. cit., t. XI, N.o 915.
(500) Miranda, ob. cit., N.o 122.

mo orden de ideas nos parece más exacto decir, que la causa final del compromiso es "dar a un tribunal arbitral competencia para resolver determinado asunto", o, en último término, "obtener la decisión arbitral de cierto negocio".

Si por causa ha de entenderse, en cambio, el móvil o motivo psicológico que induce a cada parte a celebrar el acto — causa ocasional o impulsiva— (501), puede sostenerse, con Codovilla, que la causa del compromiso es, por regla general, "la certeza o esperanza de que el juicio arbitral sea mejor que otro" (502).

e) *Solemnidades.*

183 *El compromiso debe constar por escrito.* — Según el art. 183 de la L. O. T., "el nombramiento de árbitro deberá hacerse por escrito". Ya hemos dicho que nuestra ley habla, indiferentemente, de compromiso o de nombramiento de árbitro y, como por lo demás, la designación de árbitro es parte esencial de todo compromiso, es preciso concluir que el compromiso debe hacerse por escrito.

La ley no exige, sin embargo, escritura pública; basta cualquier instrumento, sea auténtico o privado. Así se ha resuelto (503). De acuerdo con esto se ha fallado, también, que el mandato para comprometer no debe necesariamente constar por escritura pública, ni ser otorgado en la forma prescrita para el poder judicial y basta que se confiera por escrito privado (504).

Esta doctrina está en armonía con los antecedentes que sobre el particular ofrece la historia de la ley. Según el art. 222 del proyecto de Vargas Fontecilla el nombramiento de árbitro debía constar "o en una escritura pública, o en un acto celebrado ante la justicia ordinaria, o en un instrumento privado". Esta redacción se modificó en la forma que actualmente tiene con el objeto de comprender en el texto "el caso de nombramiento de árbitro hecho en instrumento público que no pertenezca a la clase de escritura pública". Como observa Ballesteros, la modificación tuvo únicamente por objeto "dar mayor amplitud al modo de constituir el juicio de compromiso, sin que fueran desechadas las bases establecidas" primitivamente (505).

La ley no exige, tampoco, que el escrito sea uno solo, redactado en un único texto; "es doctrina universalmente admitida que puede constar de varios actos o escrituras, con tal que de su conjunto resulten llenos todos los requisitos legales necesarios para su existencia y validez" (506).

---

(501) Claro Solar, ob. cit., t. XI, N.o 911.

(502) Citado por Miranda, ob. cit., N.o 122.

(503) C. Concepción, Gaceta 1882, N.o 2122 (Cit. por Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1696.

(504) C. Santiago, Gaceta 1880, N.o 1379. (Cit. por Ballesteros, ob. cit. t. II, N.o 1696).

(505) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.os 1091 y 1692.

(506) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 756; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 488.

La mayoría de las legislaciones extranjeras establecen exigencias análogas a las de nuestro art. 183 (507).

184 *Es acto solemne.*— En Francia se ha discutido si las exigencias de forma dispuestas por la ley para el compromiso constituyen una solemnidad del acto o están establecidas solamente "ad probationen"; la opinión general admite esto último (508), no viendo en la escritura sino un medio de prueba y resolviendo que el compromiso, como la transacción, no puede acreditarse por testigos, cualquiera que sea el valor del litigio, pero a falta de escrito es posible probarlo por confesión o juramento.

Tissier y Morel se apartan de esta opinión, considerando al escrito como una formalidad procesal cuya ausencia entraña nulidad, la cual se sanea si no es alegada, si el compromiso se ejecuta o si la parte que puede invocarla la renuncia (509).

Bernard, en Bélgica, cree que la falta de escrito produce nulidad relativa, que se cubre por la concurrencia voluntaria de las partes a la ejecución del compromiso (510).

En Italia, Mattirolo (511) y Chiovenda (512) opinan que la escritura es solemnidad del compromiso y su falta acarrea la nulidad del mismo. Pero Borsari, Mattei y otros (513) piensan que las partes pueden sanear esta nulidad compareciendo voluntariamente ante el árbitro o con cualquier otro acto expresivo de su voluntad de hacerlo, aserto que Mattirolo rechaza, haciendo ver que la ley permite impugnar oportunamente de nulidad el compromiso, no obstante cualquiera renuncia de las partes.

Las leyes de España (C. P. C. art. 792), Argentina (C. P. C. art. 770) y Uruguay (C. P. C. art. 541) establecen expresamente la nulidad del compromiso para el caso de omitirse la escritura exigida.

Entre nosotros, ningún precepto legal establece la nulidad del compromiso que no se otorga por escrito; pero de la redacción del art. 183 de la L. O. T. y de la historia de su establecimiento aparece que la escritura no se exige únicamente como un modo de hacer constar el acto, como una prueba

(507) C. P. C. francés y belga, art. 1005; C. P. C. italiano art. 11; C. P. C. Holandés art. 623. La ley española exige escritura pública (C. P. C., arts. 792 y 823); la argentina lo mismo, pero en caso de haber juicio pendiente basta con acto escrito ante Juez y Secretario (C. P. C. art. 770); igual cosa la uruguaya (C. P. C. arts. 540 y 542). El C. P. C. venezolano requiere instrumento auténtico, entendiendo por tal el público o el privado reconocido (Borjas, ob. cit., t. V, N.o 488).

En Inglaterra no hay solemnidades (M. Landrau, ob. cit., p. 45), y en Alemania tampoco, a menos que el compromiso sea parte de un acto principal solemne (C. P. C. art. 1027).

(508) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809; M. Landrau, ob. cit., p. 47 y 48; René Morel, ob. cit., No 26

(509) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809.

(510) Bernard, ob. cit., N.o 99.

(511) Ob. cit., t. I, N.o 756.

(512) Ob. cit., t. I, p. 134.

(513) Citados por Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 756, nota 2.

preconstituída de él, sino como una solemnidad necesaria para su perfeccionamiento (514).

El compromiso no se perfecciona, no nace a la vida jurídica, es inexistente y no produce ningún efecto civil, mientras no conste por escrito (C. C. art. 1443). Ninguna persona puede exigir a otra que se someta a juicio de árbitros en virtud de un compromiso puramente verbal. Pero si las partes comparecen ante los compromisarios, presentando escritos o suscribiendo actas, o hacen cualquiera otra gestión que importe sometimiento *escrito* a la competencia de los árbitros, perfeccionan de este modo el compromiso al dejar de él constancia en un instrumento y no pueden posteriormente reclamar su inexistencia o nulidad.

185 *Prueba del compromiso.*— Los actos solemnes se prueban por sí mismos, esto es, por su solemnidad. El compromiso no puede acreditarse sino por instrumento; ningún otro medio de prueba es útil para tal efecto.

§ III.—*Contenido*

186 *Principio general.*— El compromiso debe contener, esencialmente, un acuerdo de voluntades destinado a dar competencia a ciertos árbitros para que conozcan determinados asuntos.

187 *Cosas sobre que debe recaer el consentimiento.*— Para que haya compromiso es necesario que se produzca consentimiento de las partes sobre las siguientes cosas: a) voluntad de renunciar a las jurisdiccione ordinarias y someterse a la arbitral; b) asunto que se somete a arbitraje, y c) personas que compondrán el tribunal de árbitros. Las partes pueden, además, consentir sobre otras materias y, a falta de estipulación expresa, la ley supone que lo hacen en ciertos casos.

188 *Cláusulas esenciales, de la naturaleza y accidentales.*— Hay, así, en el compromiso, como en toda convención, ciertas cosas que son de su esencia, sin las cuales no produce efecto alguno o degenera en otro acto; otras que son de su naturaleza, de manera que se entienden pertenecerle sin necesidad de cláusula especial, pero que pueden faltar, y unas últimas que son accidentales y sólo existen en virtud de cláusulas especiales (C. C. art. 1444).

a) *Cláusulas esenciales*

189 *Enunciación.*— Son cláusulas esenciales del compromiso, que no pueden faltar, la individualización de las partes, el sometimiento de las mismas a la jurisdicción arbitral, la determinación del asunto que se compromete y la designación del tribunal de árbitros.

---

(514) Benavente Jiménez (ob. cit., p. 64, 65 y 66) cree que en el compromiso hay dos contratos: uno entre las partes que acuerden someter a arbitraje cierto asunto y otro entre ellas y la persona designada como árbitro; y resuelve que el primero es consensual y el segundo es solemne. Esta distinción, desnuda de todo fundamento legal, proviene de una lamentable confusión entre "compromiso" y "contrato de compromisario". Véase N.o 301.

190 *Primero: Individualización de las partes.*— Es indispensable esta mención, porque ella determina las personas a quienes alcanzará la competencia de los árbitros. Esta individualización debe hacerse, según el art. 183 de la L. O. T., por "el nombre y apellido de las partes litigantes".

191 *Segundo: sometimiento de las partes a la jurisdicción arbitral.*— Entendemos por "sometimiento de las partes a la jurisdicción arbitral" la expresión, clara e inequívoca, de que los interesados entienden verdaderamente *constituir un arbitraje*, esto es, dan poder a las personas que nombran para juzgar en calidad de tribunales el asunto que les someten, y se sujetan para el efecto a su competencia.

La ley no exige mención expresa sobre este punto, porque generalmente ella va comprendida, implícita, en las cláusulas por las cuales se determina el asunto que se somete a arbitraje y la persona de los árbitros. Pero es ésta una estipulación esencial y si falta no hay compromiso.

No importan las palabras; puede aparecer esta cláusula del sólo nombramiento de árbitros; pero es indispensable que no quepa dudas de que las partes pactan un arbitraje y no una conciliación, un peritaje u otra cosa cualquiera (515).

192 *Tercero: determinación del tribunal arbitral.*— Es esta estipulación lo que fundamentalmente diferencia el compromiso de la cláusula compromisoria. En la cláusula las partes se someten en general a arbitraje sin designar árbitros, sino que contrayendo la obligación de nombrarlos en el momento oportuno; en el compromiso, las partes se sujetan al arbitraje de determinados árbitros (516).

La ley exige que se determine el tribunal arbitral en el acto mismo del compromiso, y por consiguiente, por las propias partes interesadas o sus representantes, sin que pueda deferirse para una ocasión posterior, ni encargarse a un tercero, ni dejarse a la suerte (517).

193 *Modo de determinarlo.*— Según el N.o 2 del art. 183 de la L. O. T. esta determinación debe hacerse expresando el "nombre y apellido del árbitro nombrado".

Los árbitros, que según hemos dicho han de ser personas naturales y reunir los requisitos que en otra parte señalamos (518), deben designarse por su nombre y apellido; así lo dispone la ley y así lo han entendido comenta-

(515) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.os 225 y 226.

La Corte de Casación francesa ha resuelto que "la convención entre partes respecto de un diferendo que las divide no presenta los caracteres de un compromiso de arbitraje sino cuando no deja ninguna duda acerca de la intención de las partes de dar poder a una tercera persona para que se constituya juez de una dificultad existente entre ellas (Le Code du Palais, annoté, C. P. C. art. 1003).

(516) Véase N.o 137.

(517) Manresa, ob. cit., t. IV, N.o 12; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 757, nota 5. En contrario, Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809; Bernard, ob. cit., N.o 85.

(518) Véase N.os 94 a 110.

ristas (519) y tribunales (520). No es posible, entre nosotros, individualizar el tribunal arbitral por la simple expresión de algunas calidades del árbitro, como el cargo que desempeña, —V. Gr. "el Presidente del Colegio de Abogados"— o por una denominación general —por ej.: "El Directorio de la Bolsa de Comercio"—; el compromiso en que esto se hace carece de valor como tal.

Se ha censurado esta exigencia que obliga a expresar precisamente el "nombre y apellido del árbitro" como innecesaria para el fin que se persigue, cual es determinar con certeza la persona del compromisario (521); es doctrina generalmente aceptada en el extranjero, aun en países cuyas leyes disponen que se indique el nombre del árbitro, que su determinación puede hacerse por cualquier medio que no deje dudas acerca de su identidad (522). Se ha dicho, también, que los arts. 3, 83 y 153 del D. F. L. 251, 12 de la Ley 4,409 y 36 de la Ley 4,863, al disponer para ciertos casos el arbitraje de la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas y Bolsas de Comercio, de los Consejos del Colegio de Abogados y de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, manifiestan un cambio de criterio en nuestra legislación, que ha abandonado en la práctica las exigencias de la L. O. T. y admite, mediante una interpretación libre, cualquier modo de designación del árbitro que determine claramente su individualidad (523).

Pero esta argumentación carece de fuerza, ya que, como lo demostramos en otro lugar (524) los preceptos en que se fundamenta no establecen verdaderos arbitrajes, sino que dan reglas de competencia, instituyendo tribunales especiales para conocer de las materias a que se refieren. De las normas citadas no se puede, por consiguiente, sacar ninguna deducción relativa al nombramiento de los compromisarios, puesto que ellas no tratan de verdaderos árbitros sino de tribunales que la misma ley organiza, sin intervención alguna de las partes.

194 *Número de árbitros.*— La ley no pone límite a las partes en cuanto al número de árbitros y por lo contrario, preceptúa que pueden, si obran de acuerdo, nombrar dos o más (L. O. T. art. 180).

Algunas legislaciones (525) limitan el número de árbitros o disponen que sea siempre impar, con el objeto de evitar las dificultades que se producen cuando hay discordia de votos entre los árbitros y no se puede formar mayoría haciendo correr el riesgo de que fracase el arbitraje o retardando el fallo por la necesidad de designar un tercero.

---

(519) Benavente, ob. cit., p. 67; Vargas, ob. cit., N.o 24; Tricot S., Ernesto, "Del arbitraje y en especial de la Cláusula arbitral y del nombramiento de árbitros", Valparaíso, 1922, p. 34.

(520) C. Santiago, Gaceta 1888, N.o 1612; C. Talca, Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520; C. Suprema, Revista, t. XXXI, s. I, p. 178.

(521) Loewenwarter Víctor, op. cit., Revista, t. XXXII, 1.a Parte, p. 114.

(522) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 241; Bernard, ob. cit., N.o 86; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 242; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 757; Miranda, ob. cit., N.o 132.

(523) Loewenwarter, Víctor, op cit.

(524) Véase N.o 26.

(525) C. P. C. español, art. 791; C. P. C. italiano, art. 8; C. P. C. uruguayo, art. 539; C. P. C. del Cantón Suizo de Ginebra, art. 339.

Otras leyes (526) aceptan o consagran el sistema de que cada parte designe un árbitro, lo cual tiene el inconveniente de que los compromisarios, en vez de conducirse como jueces imparciales, actúan como defensores de los litigantes que los han nombrado, produciendo en la decisión un empate que obliga a recurrir a un tercero (527).

Entre nosotros cabe preguntarse si este sistema de nombramiento en que cada parte designa un árbitro está permitido por la ley, pues hay algunos antecedentes que parecen indicar la negativa.

En efecto, el art. 180 de la L.ª O. T. prescribe que las partes pueden nombrar dos o más árbitros "si obran de acuerdo" y el 181 dispone que "el nombramiento deberá hacerse con el consentimiento unánime de todas las partes" y exige que se produzca "avenimiento entre ellas respecto de la persona en quien haya de recaer el encargo", cosa que suple cuando falta y es preciso designar árbitros por la intervención de la justicia que efectúa el nombramiento en lugar de las partes. La redacción de estos artículos parece indicar que el legislador quiso que, en todo caso, todas las partes convinieran en la persona de cada uno de los árbitros, intención que está confirmada por la historia fidedigna del establecimiento de la ley. El proyecto de Vargas Fontecilla disponía que en el caso de ser varios los árbitros las partes podrían nombrar uno cada una o hacer el nombramiento de todos ellos de común acuerdo. Al discutirse este artículo en la Comisión Revisora, el 5 de Mayo de 1871, "se determinó que los árbitros no pudieran exceder de dos; y debieran en todo caso ser nombrados por las partes de común acuerdo". Posteriormente, en la sesión de 1.o de Abril de 1873, la Comisión dió a este precepto la forma que actualmente tiene en el art. 180 de la L. O. T. (528).

Es inequívoca, pues, la voluntad de la ley. Con todo, creemos que ella no puede primar sobre el acuerdo de las partes para nombrar cada una su árbitro, ya que en Derecho Privado es lícito hacer todo lo que la ley no ha prohibido y en este caso no existe prohibición ni se ha dispuesto sanción ninguna para hacer efectiva la voluntad de la ley. Debe resolverse, pues, como lo hace Ballesteros, "que si los interesados, procediendo de acuerdo, pueden nombrar más de un árbitro para la resolución de un litigio, no por eso debe cada una nombrar uno por su parte, a menos que el acuerdo llegue hasta ese punto; pero el juez en ningún caso podría resolver esto mismo sin mediar aquél unánime consentimiento (529).

Entre los diversos sistemas existentes, es preferible que los árbitros se designen en número impar y, en todo caso, que el nombramiento de cada uno se haga de común acuerdo por todos los interesados.

195 *Nombramiento de tercer árbitro para el caso de discordia.*— Según el art. 182 de la L. O. T. "en el caso de ser dos los árbitros nombrados, las partes deberán nombrar un tercero que dirima las discordias que entre

(526) C. P. C. alemán, arts. 1029, 1030 y 1031; régimen de la ley francesa (Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1679).

(527) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 759.

(528) Ballesteros, ob cit., t. II, N.o 1677.

(529) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1678.

aquellos puedan ocurrir. Podrán también autorizar a los mismos árbitros para que nombren, en caso necesario, al tercero en discordia".

Lo mismo se aplica, por analogía, si los designados son más de dos; la disposición se refiere a este número porque corresponde al proyecto que limitaba a dos el número de árbitros; cambiado posteriormente el sistema, los legisladores olvidaron modificar este artículo (530).

El inciso tercero de este mismo precepto establece que si las partes no se avienen en el nombramiento ni dan a los árbitros la indicada autorización, el tercero será nombrado por la justicia ordinaria. Se ha sostenido que esta parte del art. 182 de la L. O. T. está derogada por los arts. 787 y 798 del C. P. C., que contemplan la intervención del tercero sólo para el caso de que "lo hubiere" (531). En otra parte (532) demostraremos que esto no es tan absoluto y que el verdadero sistema que el C. P. C. ha venido a establecer en la materia, según se deduce de los preceptos citados en armonía con el art. 788 de ese cuerpo de leyes, tiene por base una distinción entre arbitraje voluntario y arbitrajes forzosos: tratándose de los primeros, la justicia no puede designar tercero en discordia; en el caso de los segundos, que comprenden no sólo los que las leyes hacen necesarios, sino también los que las partes han hecho obligatorios por una cláusula compromisoria, el tercero debe ser nombrado, a falta de designación por las partes o los árbitros, por el juez ordinario.

Nos ha parecido necesario adelantar estos conceptos porque de ellos se deduce que el nombramiento del tercero o la autorización a los árbitros para que lo designen debe necesariamente hacerse en el compromiso (533); si no se efectúa así, no es nulo el compromiso, pero en caso de discordia, si no procede apelación, queda sin efecto el arbitraje (C. P. C. art. 788 y 798) a menos que las partes acuerden en ese momento otra cosa.

Es lógico y razonable este sistema, toda vez que por el compromiso los contendientes se someten al arbitraje de determinados árbitros y sólo de ésos, en virtud de la confianza que en ellos tienen, y sin consentimiento de su parte no se les puede sujetar al fallo de otra persona en quien ellas no han convenido. En cambio, cuando la ley o una cláusula compromisoria hacen forzoso el arbitraje y las partes están obligadas a nombrar árbitros y si no lo hacen los designa la justicia, es justo que, en caso de discordia, no caduque por este motivo el arbitraje y si ellas no designan terceros, la justicia pueda y deba designarlos.

196 *Cuarto: determinación del asunto litigioso.*— Es, por último, cláusula esencial del compromiso, la expresión "del asunto sometido al juicio arbitral" (L. O. T. art. 183 N.o 3).

Esta mención tiene por objeto determinar la competencia del tribunal

(530) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.os 1686 y 1687.
(531) Vargas, ob. cit., N.o 42.
(532) Véase N.os 383 y 403.
(533) Obsérvese que el art. 182 emplea la palabra "deberán".

arbitral (534). El compromiso es la carta o ley donde los árbitros deben buscar la medida de sus facultades; su jurisdicción sólo comprende las materias que en él se indican. De la confrontación de los términos del compromiso con los de la sentencia arbitral se puede reconocer si el árbitro ha obrado dentro del límite de su competencia o se ha excedido de sus poderes.

197 *Modo de determinarlo.*— Es preciso tener presente que el compromiso no es el planteamiento del litigio, que puede aun no haber nacido; por él no se persigue trabar litis ante el tribunal de árbitros. Su objeto es sólo dar jurisdicción a ciertos árbitros para que conozcan determinados asuntos; basta, pues, con que se señale en él cual es la medida de su jurisdicción, la competencia de los árbitros, que según sabemos no puede ser universal e indeterminada, sino de contornos más o menos definidos (535).

Consecuencia de este principio es que la determinación del asunto litigioso no debe necesariamente hacerse mediante la expresión detallada de cada una de las cuestiones que se someten a arbitraje, especificando nominativamente sus extremos particulares y las pretensiones de las partes, lo que a menudo sería imposible. Basta con que se designe y circunscriba el objeto del arbitraje, las materias que quedan sujetas a la competencia del tribunal arbitral; lo indispensable es que no haya equívoco posible acerca del contenido y extensión de las facultades de los árbitros.

Esta doctrina es la generalmente admitida, aun en los países como Francia o Italia, cuyas leyes son sin duda más exigentes que la nuestra en la materia (536). Los intérpretes entienden cumplida la exigencia legal con indicaciones de carácter general, como la que se refiere simplemente a las dificultades ya nacidas o que pueden nacer de un contrato o de una determinada relación jurídica (537). Nuestros tribunales han admitido la validez de compromisos de esta clase (538).

Unicamente en algunos países cuyas leyes obligan a una mayor precisión (539) puede dudarse de la eficacia de esta clase de enunciaciones. Sólo sabemos de una ley, la venezolana (C. P. C. art. 502) en que el compromiso debe contener la indicación separada y determinada de las cuestiones que cada parte somete al arbitraje, pero aun en ella no es esto necesario cuando el

(534) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.os 240 y 245; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 242; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 757; Manresa ob. cit., t. IV, p. 16; Borjas, ob. cit., t. V N.o 488; Bernard, ob. cit., N.o 82; Robert, ob. cit., N.o 40; M. Landrau, ob. cit., p. 48.

(535) Véase N.os 125 y 126.

(536) El art. 1006 del C. P. C. francés exige que el compromiso designe "los objetos en litigio" y el art. 11 del C. P. C. italiano obliga a determinar "las cuestiones sujetas al arbitraje".

(537) Mongalvy, ob. cit., t. I, N.o 245; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 757; Bernard, ob. cit., N.o 82; M. Landrau, ob. cit., p. 48.

(538) C. Suprema, Revista, t. I, s. I, p. 368; C. Valparaíso, Gaceta 1915, N.o 299, p. 379; C. Santiago, Gaceta 1916, t. I, N.o 188, p. 586; C. Suprema, Revista, t. XXIX, s. I, p. 100; C. Suprema, Gaceta 1932, t. II, N.o 28, p. 138; C. Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 77.

(539) Por ejemplo, España y Argentina, que exigen indicación del "negocio que se somete al juicio arbitral con expresión de sus circunstancias".

compromiso se celebra ante el tribunal de la causa, una vez comenzada la litis, siempre que en ese instante consten en el juicio, por la demanda y la contestación, todos los extremos del problema judicial (540).

198 *Sanción.*— La ausencia de cualquiera de estas cláusulas esenciales del compromiso está sancionada con la nulidad del acto (L. O. T. art. 183, inc. final). En verdad, el compromiso que omite alguna de ellas no produce efecto o degenera en otro acto diferente (C. C. art. 1444).

Resolver si el compromiso contiene todas y cada una de estas enunciaciones en la forma legal es cuestión de hecho, cuya apreciación soberana corresponde en cada caso a los tribunales de fondo. Así lo resuelven Glasson, Tissier et Morel y Bernard, respecto de la determinación del asunto litigioso (541) y no hay ningún motivo para no aplicar igual criterio a las demás enunciaciones; se trata en todo caso de interpretar una convención.

b) *Cláusulas de la naturaleza*

199 *Enunciación.*— Son las que sin tener carácter de esenciales, se subentienden en el compromiso en ausencia de la cláusula especial (C. C. art. 1444). Dicen relación con las facultades que se confieren al árbitro y el lugar y tiempo en que debe desempeñar sus funciones (L. O. T. art. 183 N.o 4 y 184). A falta de estipulación expresa que establezca otra cosa, se entiende que los compromisarios se designan en calidad de árbitros de derecho (542); que el juicio debe seguirse en el lugar en que se ha celebrado el compromiso y que el árbitro debe evacuar su encargo en el término de dos años contados desde su aceptación (L. O. T. art. 184) (543).

Los tribunales no han tenido dudas en la interpretación de estos preceptos (544).

Estas cláusulas de la naturaleza pueden ser derogadas por estipulaciones expresas.

c) *Cláusulas accidentales*

200 *Enunciación.*— Son las que, sin ser esenciales ni subentenderse en el compromiso, requieren expresa mención por las partes. Pueden ser tantas cuantas los interesados imaginen. Generalmente tienen por objeto alterar las cosas de la naturaleza del compromiso, sea otorgando al compromisario calidad de amigable componedor o de árbitro mixto, sea designando lugar o plazo para el juicio arbitral. También suelen perseguir otros objetos: renun-

(540) Borjas, ob. cit., t. V, N.o 438.

(541) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1809; Bernard, ob. cit., N.o 82.

(542) Véase N.o 93.

(543) Se ha criticado este término por demasiado largo. La mayoría de las legislaciones, en defecto de estipulación por las partes, señalan un plazo mucho más reducido, generalmente de tres meses o noventa días, contados desde el compromiso o desde la aceptación.

(544) C. Concepción, Gaceta 1884, N.o 323; C. Concepción, Gaceta 1905, N.o 30, p. 464; C. Tacna, Gaceta 1905, N.o 363, p. 555; C. Tacna, Gaceta 1910, N.o 862,

cia de recursos; reglamentación del procedimiento ante arbitradores; reserva de recursos contra éstos; etc.

Haremos un estudio separado de las más corrientes e importantes:

201 a) *Concesión al árbitro de facultades de arbitrador* (545).— Se precisa una estipulación especial en el compromiso para que los árbitros puedan juzgar con facultades de arbitradores o amigables componedores, esto es, sin sujetarse en el procedimiento a las reglas ordinarias ni en el fallo a los preceptos de derecho, sino que tramitando según las normas que las partes les señalen o, en subsidio, según las que indica el párrafo 2.o del Título IX del Libro III del C. P. C. y sentenciando, en cuanto al fondo, conforme a los dictados de su propia conciencia y a la equidad natural.

Siendo ésta una estipulación de carácter excepcional, debe hacerse en términos tales que no deje dudas acerca de la voluntad de las partes (546); su interpretación ha de efectuarse en cada caso con criterio restrictivo (547) y cuando su sentido sea equívoco habrá que estarse a lo dispuesto en el inc. 1.o del art. 184 de la L. O. T., suponiendo que el compromiso es para ante árbitros de derecho (548).

Sin embargo, no es menester que se empleen términos sacramentales; bastan para el efecto cualesquieras expresiones que comprendan claramente la idea. Tal ocurre no sólo con las que manifiestan que se nombra "arbitradores" o "amigables componedores", sino también con las que implican una dispensa a los árbitros de seguir las reglas de derecho, o una autorización para fallar en conciencia, o por razones de equidad, o según su leal saber o entender. o conforme a la verdad sabida y buena fe guardada, o "ex aquae et bono" (549). Pero la sola renuncia a las formas de procedimiento no constituye cláusula de amigable composición (550); sólo otorga a los compromisarios la calidad de árbitros mixtos.

En Francia y Bélgica se dicute si la renuncia anticipada de los recursos legales contra la sentencia arbitral y aun de la sola apelación, importa o no otorgamiento a los árbitros de la calidad de amigables componedores; Glasson, Tissier et Morel sostienen la afirmativa y citan jurisprudencia en ambos sentidos (551); Bernard afirma lo contrario "porque en ausencia de toda otra precisión, esa renuncia no implica necesariamente una dispensa para los árbitros de estatuir según las reglas de derecho" (552).

Entre nosotros, la Corte de Valdivia ha aceptado la primera opinión, declarando "que la designación de un juez árbitro con la condición de "sin ulterior recurso" es perfectamente admisible y corriente en derecho y cons-

p. 822; C. Talca, Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520; C. Suprema, Gaceta 1926, t. II, p. 9, N.o 44.

(545) Véase, sobre arbitradores, N.o 91.

(546) Bernard, ob. cit., N.o 240.

(547) Bernard, ob. cit., N.o 241.

(548) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1703.

(549) Ballesteros, ob. cit. t. II, N.o 1703; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 773, nota 6; Bernard, ob. cit., No 240; Robert, ob cit., N.o 50.

(550) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1827; Bernard, ob. cit., N.o 240.

(551) Ob. cit., t. V, N.o 1827.

(552) Ob. cit., N.o 241.

tituye por este solo hecho al juez en el carácter de arbitrador, cuya esencia consiste no sólo en la prescindencia del rigor del derecho en la tramitación y sin más norma que su prudencia y equidad para fallar, sino también en la inapelabilidad de la sentencia que pronuncie, cuando las partes en el instrumento en que constituyan el compromiso no hubieren expresado que se reservan los recursos legales para ante árbitros del mismo carácter y no designaren las personas que han de servir tales cargos" (553). La Corte Suprema casó esta sentencia, resolviendo que son cosas distintas la cláusula de amigable composición y la renuncia de recursos contra árbitros de derecho (554).

En nuestro concepto la estipulación de un arbitraje "sin ulterior recurso" no constituye cláusula de amigable composición, porque toda renuncia comprende tan solo el objeto de ella y debe interpretarse restrictivamente, sin que sea lícito extenderla a materias no contenidas en ella, de manera que cuando las partes renuncian a los recursos legales contra el árbitro no se les puede suponer también la intención de renunciar a la aplicación de las leyes en el fallo del juicio y de autorizar a los árbitros para que decidan en conciencia. El argumento de la C. de Valdivia de que es característica de la amigable composición el hecho de que las sentencias sean inapelables, salvo que medie reserva de recursos, no prueba nada en contrario; lo que constituye esencialmente la calidad de arbitrador es la facultad de fallar sin sujeción a derecho y la inapelabilidad de sus fallos es sólo característica secundaria, de su naturaleza, que bien puede faltar, y que en cambio puede producirse en otra clase de árbitros. No puede, en consecuencia, deducirse de ésta aquella calidad.

202 *Capacidad especial necesaria para esta cláusula.*— No todas las personas capaces de comprometer pueden otorgar a los árbitros facultades de arbitradores; la cláusula de amigable composición requiere una capacidad especial.

Hemos dicho que la amplia atribución que tienen estos árbitros para decidir relaciones litigiosas con prescindencia de las normas de la ley, les da un poder modificativo o constitutivo de las relaciones jurídicas; sus sentencias, aunque aparentemente sean sólo declarativas de derechos, como todo fallo judicial, suelen tener en el fondo un carácter más grave (555). El compromiso en arbitradores importa, así, un acto de disposición eventual de los derechos que se someten a arbitraje, además de constituir por otra parte una renuncia a las garantías judiciales mucho más seria que la del compromiso puro y simple. La ley restringe, por esto, la aptitud de las partes para otorgar a los árbitros facultades de arbitradores.

La cláusula de amigable composición sólo puede estipularse por personas plenamente capaces. Así se deduce de los arts. 785 y 805 del C. P. C.

Dispone el primero de estos preceptos que "por motivos de manifiesta conveniencia pueden los tribunales autorizar la concesión al árbitro de derecho de facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, aun cuando uno

(553) Gaceta 1914, N.o 691, p. 1985.
(554) Revista, t. XV, s. I, p. 502.
(555) Véase N.o 91.

o más de los interesados en el juicio sean incapaces". Según esto, habiendo personas incapaces interesadas en el juicio no se pueden otorgar al árbitro facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento sino por motivos de manifiesta conveniencia y previa autorización judicial; sin estos requisitos, ello no es posible. De lo cual debe concluirse que tampoco es lícito conceder esas facultades al árbitro en cuanto al fallo del asunto, cosa mucho más grave, porque el texto legal que prohibe lo menos, prohibe implícitamente lo más. Y la cláusula de amigable composición en cuanto al fallo no puede otorgarse, habiendo incapaces, ni aun con autorización judicial, pues ninguna ley faculta a los tribunales para intervenir en este caso y en materia no contenciosa, más que en ninguna otra, los jueces no pueden actuar sino cuando una ley expresa les permita hacerlo (C. P. C. art. 989).

Corrobora esta doctrina el art. 805 del C. P. C., que luego de establecer que los partidores se sujetarán a las reglas de los árbitros, agrega que "sin embargo, las partes mayores de edad y libres administradores de sus bienes, podrán darles el carácter de arbitradores". Se hizo esta declaración por el legislador con el objeto de evitar dudas, pues podía estimarse que las reglas a que la primera parte del artículo se refiere eran sólo las que rigen a los "árbitros de derecho"; de aquí la expresión "sin embargo" que usa el precepto (556). Aunque la ley habla de personas "mayores de edad y libres administradoras de sus bienes" debe entenderse, por la misma razón que en otra parte dimos de la absoluta anarquía con que en nuestra legislación se emplean las frases "libre administración de bienes" y "libre disposición de bienes" (557), que lo que ha querido exigir en este caso es la plena capacidad de todas las partes.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha aceptado generalmente la doctrina aquí sostenida (558). Pero la Corte Suprema, en sentencia de 27 de Mayo de 1920, casó una de la Corte de Iquique que se negaba a aprobar el fallo de un arbitrador en asunto en que tenía interés un menor de edad y que se fundaba precisamente en los arts. 784 y 804 (actuales 785 y 805) del C. P. C. (559). Tuvo para ello presente, nuestro más alto tribunal, que el art. 400 autoriza al curador para comprometer por su pupilo, sin hacer distinciones sobre la naturaleza del arbitraje; que los intereses de los menores quedan suficientemente resguardados con la aprobación por la justicia del fallo arbitral y que los arts. 1325 del C. C. y 805 (804) del C. P. C. invocados por la sentencia recurrida se refieren expresamente a los juicios sobre partición de bienes y no pueden hacerse extensivos, por analogía, a los casos regidos por el art. 400 del C. C. (560). No nos convence la tesis de la Corte Suprema, que no tiene para nada en cuenta lo dispuesto en el inciso

(556) Lazo, Código de Proc. Civil, p. 648.

(557) Véase N.o 99.

(558) C. Talca, Gaceta 1907, t. II, N.o 1024, p. 630; C. Talca, Gaceta 1910, t. II, N.o 862, p. 322.

En el mismo sentido, Benavente, ob. cit., p. 87.

(559) Gaceta 1918, t. II, N.o 310, p. 964.

(560) Gaceta 1920, t. I, N.o 19, p. 147.

tercero del art. 785 del C. P. C., precepto éste que manifiestamente limita el alcance del art. 400 del C. C.

No puede pensarse, como parece hacerlo la Corte de Santiago en fallo de 22 de Agosto de 1914 (561), que el inc. 3.o del art. 785 del C. P. C. autoriza, siempre que se cumpla con sus exigencias, para designar amigables componedores; él sólo se refiere a "la concesión al árbitro de derecho de las facultades de que trata el inciso anterior" y éste dispone que "en los casos en que la ley lo permita, podrán concederse al árbitro de derecho las facultades de arbitrador *en cuanto al procedimiento* y limitarse al pronunciamiento de la sentencia definitiva la aplicación estricta de la ley". Habiendo incapaces la justicia puede, según esto, autorizar por motivos de manifiesta conveniencia un arbitraje mixto, pero no una amigable composición.

203 *Mandato para cláusula de amigable composición.*— Si se compromete por mandatario, éste requiere poder especial para otorgar a los árbitros facultades de arbitradores (C. P. C. art. 8). Conforme a lo que dijimos en el N.o 201 la autorización para renunciar recursos no importa poder para otorgar una cláusula de amigable composición.

204 b) *Cláusula de arbitraje mixto (amigable composición en cuanto al procedimiento).*— También requiere estipulación especial expresa la cláusula por la cual se confiere al árbitro de derecho facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, esto es, se le da la calidad de árbitro mixto (562); con ella se altera una condición normal del compromiso.

En el hecho, esta cláusula importa una renuncia a las reglas del procedimiento que corresponden según la naturaleza de la acción y sujeta al árbitro en cuanto a la tramitación a las normas que las partes le señalen o, en subsidio, a las que establece el párrafo 2.o del Título IX del Libro III del C. P. C.

Como toda renuncia, debe aparecer inequívoca de las palabras que se empleen, sin que sea necesario el uso de términos sacramentales (563).

La renuncia puede ser general o sólo parcial (564). Pueden las partes renunciar únicamente ciertos trámites del procedimiento o autorizar al árbitro para proceder en ellos como arbitrador. Pueden, a la inversa, concederle amplias facultades de amigable componedor en cuanto a la tramitación, pero con la reserva de que ciertas actuaciones se efectúen conforme a derecho. Se ha resuelto que no altera la calidad del compromisario que fué designado como árbitro mixto la estipulación hecha por las partes de que la prueba y las tachas sean tramitadas conforme a la ley (565).

205 *Capacidad especial necesaria para esta cláusula.*— Según se desprende del art. 785 del C. P. C. ya citado, sólo pueden otorgar al árbitro

(561) Gaceta 1914, N.o 359, p. 1009.
(562) Véase N.o 92.
(563) Robert, ob. cit., N.o 49.
(564) Robert, ob. cit., N.o 49.
(565) C. Valparaíso, Gaceta 1903, t. II, N.o 2357, p. 1192.

facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento las personas plenamente capaces. Sin embargo, la ley permite que se inserte en el compromiso esta cláusula, aun en el caso de que algunos de los interesados en el juicio sean incapaces, siempre que se haga con autorización judicial, que sólo puede darse por motivos de manifiesta conveniencia.

206 *Mandato para esta cláusula.*— Aunque la ley no lo exige expresamente, parece que un mandatario no pudiera otorgar esta cláusula de arbitraje mixto sin poder especial, ya que ella excede no sólo de las facultades administrativas, sino también de la facultad para comprometer.

207 c) *Reglamentación del procedimiento ante amigables componedores y árbitros mixtos.*— Cuando las partes se limitan a designar amigables componedores o árbitros mixtos, éstos deben observar en cuanto al procedimiento las normas del párrafo 2.o del Título IX del Libro III del C. P. C. y en lo que no fueren contrarias a ésas, las reglas comunes a todo procedimiento establecidas en el Libro I de ese cuerpo legal.

Pero las partes pueden, en estos casos, disponer otra cosa y reglamentar por sí mismas el procedimiento que los árbitros deberán usar. Es ésta otra cláusula accidental del compromiso.

Los interesados gozan de amplia libertad para fijar el procedimiento (566) y al hacerlo pueden derogar las reglas comunes y aun las especiales que rigen la tramitación ante arbitradores; pero estas reglas subsisten como subsidiarias en lo que no hubieren sido expresamente derogadas o modificadas por las partes (567).

208 d) *Reserva de apelación contra arbitradores.*— Entre las modificaciones que las partes pueden hacer a las normas que rigen el arbitraje ante amigables componedores merece especial estudio la que tiene por objeto reservar el recurso de apelación contra las resoluciones del arbitrador.

La cláusula de amigable composición importa renuncia tácita del derecho de apelar contra las sentencias del árbitro (568); la ley sólo concede la apelación cuando las partes, en el acto constitutivo del compromiso, expresan que se reservan ese recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designan las personas que han de desempeñar ese cargo (C. P. C. art. 799).

Se requiere, en consecuencia, una cláusula especial para reservar el recurso de apelación contra la sentencia de arbitradores, cláusula que debe contener la designación de un tribunal de segunda instancia constituido por amigables componedores (569). La reserva del recurso para ante una Corte de Apelaciones es improcedente en derecho, carece de efecto y no da competencia a ese tribunal (570), porque de resoluciones pronunciadas en equidad no es

(566) Bernard, ob. cit., N.o 386.
(567) Bernard, ob. cit., N.o 388.
(568) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1827; Bernard, ob. cit., N.o 649.
(569) C. Suprema, Revista, t. X, s. I, p. 353.
(570) C. Suprema, Revista, t. I, s. I, p. 368.

posible apelar ante un tribunal de derecho y las Cortes no pueden prescindir en sus resoluciones de la aplicación de las leyes; las partes no pueden investir a los tribunales de justicia de facultades que la ley no les da (571).

No es necesario, en cambio, esta cláusula de reserva para que proceda la apelación contra las sentencias definitivas pronunciadas por árbitros mixtos.

209 e) *Renuncia de recursos legales.*— Las partes pueden renunciar, por cláusula expresa, los recursos legales procedentes contra las resoluciones de los árbitros. Esta renuncia puede referirse a ciertos recursos determinados o a todos en conjunto y puede hacerse pura y simplemente o sujeta a condición.

La renuncia de recursos no requiere términos sacramentales; pero debe aparecer del texto de manera indubitable. La cláusula de amigable composición importa renuncia tácita de los recursos de apelación —salvo reserva en contrario— y de casación en el fondo (572).

La renuncia debe hacerse por acuerdo unánime de todas las partes; pero no hay motivo para negar valor al pacto por el cual se expresa que una parte renuncia a los recursos y la otra se los reserva (573).

210 *Casos en que no es lícita la renuncia de recursos.— Incompetencia y ultrapetita.*— No todos los recursos pueden siempre renunciarse.

Es doctrina unánimemente aceptada que el derecho a impugnar la sentencia de los árbitros cuando éstos exceden en ella los límites del compromiso tiene carácter de irrenunciable. La razón es obvia: la renuncia de ese derecho equivaldría a autorizar de antemano a los árbitros para juzgar cuestiones cuya resolución no les ha sido encargada y que se hallan, por consiguiente, al margen de su competencia; esto es, a negar el compromiso, que es la carta del arbitraje, mediante cláusulas inconciliables entre las cuales sería preciso elegir (574).

Según un principio básico que ya expresamos la convención de arbitraje universal no es lícita porque carece de objeto definido e importa una renuncia general e indeterminada de derechos (575). Si se permitiera dispensar por adelantado a los árbitros todo exceso de poder en que puedan incurrir se haría ilusoria la eficacia de ese principio fundamental, ya que de nada serviría la obligación impuesta a las partes de precisar en el compromiso el asunto que someten a arbitraje y con ello la esfera jurisdiccional del árbitro, si en el mismo acto pudieran autorizar a éste para juzgar cualquier otro asunto, indeterminado, y extralimitarse de esa órbita de atribuciones. En realidad, esta cláusula hace nulo el compromiso por falta de especificación de los objetos en litigio (576); no es lícito a las partes derogar, con pactos especiales, las condiciones esenciales del acto que celebran (577).

(571) Trucco, Humberto, apuntes de clase, año 1933, p. 238.
(572) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.os 806 y 809; Benavente, ob. cit. ps. 82 y 83.
(573) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 309, nota 1.
(574) Robert, ob. cit., N.o 54.
(575) Véase N.o 125.
(576) Bourbeau, citado por Bernard, ob. cit., N.o 627.
(577) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 819.

De acuerdo con esta doctrina, el recurso especial de nulidad por vía de oposición al exequatur que en ciertos países concede la ley contra las resoluciones arbitrales, entre otros motivos por haberse pronunciado sin compromiso o fuera de los términos del compromiso, se considera unánimemente irrenunciable. Su renuncia es nula y no produce ningún efecto; el recurso procede, tanto contra árbitros de derecho como contra arbitradores, no obstante cualquiera renuncia de las partes, por muy explícita que ella sea; no se puede concebir que después de haber limitado los poderes de los árbitros las partes los autoricen para sobrepasar esos límites renunciando a atacar la sentencia que esté viciada por ese exceso de poder (578).

Entre nosotros, tribunales (579) y tratadistas (580), inspirados por la misma doctrina, deciden uniformemente que el *recurso de casación en la forma* por *incompetencia* y por *ultrapetita* subsiste a pesar de cualquiera renuncia, sea de todos los recursos, sea en especial del de casación, porque tal renuncia "no puede presumirse ni hacerse extensiva a otras cuestiones que las expresamente sometidas a decisión de arbitradores, ya que sólo a éstas se refieren naturalmente todas las estipulaciones del compromiso y respecto de otras no puede jamás suponerse la voluntad del renunciante" (581) y por la fuerza de las cosas no es aplicable "sino mientras el árbitro nombrado se mantenga dentro de los límites de su mandato, que aceptó y que también es ley para él y el único fundamento de su jurisdicción, de manera que si se extralimita saliéndose de sus facultades quebranta el contrato y deja a las partes libres de sus obligaciones contraídas al respecto" (582).

211 *Cuestiones de orden público. ¿Casación?*— Se afirma también, por los tratadistas, que tampoco pueden renunciarse los recursos legales contra los árbitros en los casos en que proceden por algún motivo de orden público (583). Es lógica esta tesis, ya que sólo pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes cuando miran al interés individual del renunciante y no está prohibida su renuncia (C. C. art. 12). Sin embargo, no siempre es cosa fácil determinar cuando un recurso legal procede por causas de orden público y en qué casos lo concede la ley en el sólo interés del recurrente.

En Francia y Bélgica se estima, aplicando este criterio, que la renuncia de la "requete civil" no se aplica cuando este recurso procede por razones de dolo o fraude (584), lógica consecuencia del principio, que nuestra ley

(578) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1848; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 317; Mattirolo, ob. cit., t I, N.o 821; Robert, ob. cit., N.o 54; Bernard, ob. cit., N.o 627.

(579) C. Iquique, Gaceta 1886, N.o 3982; C. Santiago, Gaceta 1887, N.o 2982 (citadas por Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1732); C. Suprema, Revista, t. X, s. I, p. 353; C. Suprema, Revista, t. XXVIII, s. I, p. 218; C. Suprema, Revista, t. XXXII, s. I, p. 455.

En contrario, C. Suprema, Revista, t. XXVIII, s. I, p. 670.

(580) Alessandri R., Fernando, "Ley Orgánica", p. 532; Trucco, apuntes citados, p. 406; Varas, ob. cit., N.o 159; Benavente, ob. cit., págs. 86 y 87.

(581) C. Suprema, Revista, t. X, s. I, p. 353.

(582) C. Suprema, Revista, t. XXVIII, s. I, p. 218.

(583) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 819; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1846; Bernard, ob. cit., N.os 654, 610 y 628; Robert, ob. cit., N.o 52 y 55.

(584) Glasson, Tissier et Morel ob. cit., t. V, N.o 1846; Bernard, ob. cit. N.o 680.

consagra, de que "la condonación del dolo futuro no vale" (C. C. art. 1465). Pero entre nosotros el dolo o fraude no es causa específica de ningún recurso procesal; no empece, en consecuencia, a la renuncia de ninguno. Cierto es que podría alegarse como un argumento en apoyo de una reposición o de una apelación, pero no nos parece posible negar efectos en tal caso a la renuncia de estos recursos, porque ello importaría abrir la puerta para que se burlara siempre dicha renuncia con el pretexto, falso o fundado, de haberse producido dolo.

Fundándose en la misma doctrina, Glasson, Tissier et Morel (585) creen que la renuncia de los recursos no puede ser un obstáculo para interponerlos en el caso de que los árbitros hayan violado el principio de la libertad de defensa. Igual cosa parecen expresar Garsonnet et Cézar-Bru cuando dicen que ni aun los amigables componedores pueden excusarse de poner a las partes en condiciones de hacerse oír, pues deben respetar las reglas del procedimiento en lo que tiene de esencial "y nada hay más esencial en procedimiento que la libertad de defensa y el derecho de no ser juzgado sin haber sido oído" (586).

Entre nosotros la Corte de Talca ha hecho suya esta doctrina en sentencia de 11 de Marzo de 1932 (587), resolviendo que no puede renunciarse el recurso de casación en la forma por vicios o causales que miren al interés o al orden público, como lo son los producidos por incompetencia del tribunal, por ultrapetita, por *falta de emplazamiento de las partes*, por falta de agregación de los documentos probatorios y de citación de las partes contra quien se presenten, etc.

Nos parece muy discutible la tesis de este fallo, porque el art. 187 de la L. O. T. que no ha sido derogado, autoriza expresamente la renuncia del recurso de casación. Respecto de las causales de incompetencia y ultrapetita, esa renuncia carece de efectos, no porque comprometa el orden público, sino porque altera las bases esenciales del compromiso; no ocurre lo mismo con las demás causales. ¿Cuándo son de orden público los motivos que hacen procedente el recurso de casación? La misma Corte de Talca, en los considerandos 7.o y 10.o del fallo en referencia, parece estimar que siempre, fundándose en la facultad de los tribunales para invalidar de oficio las sentencias cuando adolezcan de algún vicio que de lugar al recurso de casación en la forma. Según esta opinión es preciso resolver que nunca se puede renunciar dicho recurso, corolario incompatible con el texto categórico del art. 187 de la L. O. T. que permite expresamente esa renuncia. La verdad es que si han sido consideraciones de orden público las que indujeron al legislador a instituir el recurso de casación, su ejercicio, en cada caso concreto en que la ley lo autoriza, responde principalmente al interés de las partes litigantes; de aquí que sólo pueda interponerlo la parte agraviada por el fallo que se pretende invalidar (C. P. C. art. 945). La existencia de la casación de oficio no prueba lo contrario, porque el art. 950 del C. P. C. no ordena a los tribunales invalidar de oficio las sentencias cuando adolecen de vicios de casación en la

(585) Ob. cit., t. V, N.o 1843.
(586) Ob. cit., t. VIII, N.o 307.
(587) Gaceta 1932, t. I, N.o 79, p. 325.

forma, como debería ser si el interés público estuviera afectado —como ocurre en los casos de nulidad absoluta, que el tribunal *debe* declarar— sino que los autoriza para invalidarlas, con el solo propósito de evitar que se prolonguen tramitaciones defectuosas que en cualquier momento pueden dejarse sin efecto (588).

212 *Recurso de queja.*— Creemos, en cambio, que carece de valor la renuncia anticipada del recurso de queja contra los árbitros. Es ésta, fundamentalmente, una vía disciplinaria destinada a sancionar y corregir las faltas y abusos cometidos por los jueces en el ejercicio de sus funciones. Mediante este recurso se persigue que el tribunal superior competente, en ejercicio de su jurisdicción disciplinaria, castigue las faltas o abusos que cometa el juez de la causa y ponga remedio al mal que motiva la queja. Dentro de la doctrina elaborada al respecto por la jurisprudencia, el tribunal superior puede poner remedio al mal que motiva la queja aun modificando o dejando sin efecto las resoluciones del recurrido, siempre que no hayan pasado en autoridad de cosa juzgada y que no sean susceptibles de ser enmendadas por otros recursos, o que por la vía de éstos pueda resultar eludido el remedio del agravio o retardado con grave perjuicio (589).

No sólo la moral y la equidad, sino también el interés público, repugnan la renuncia anticipada del derecho de reclamar contra las faltas y abusos que comete un funcionario; no parece lícito que pueda autorizarse de antemano a un juez para cometer impunemente cualquiera falta o abuso.

La renuncia de los recursos legales hecha por las partes, por muy amplia que sea, no puede importar un saneamiento anticipado de todas las incorrecciones, culpables o dolosas, en que incurran los árbitros. Tal renuncia

---

(588) La Corte de Talca argumenta, además, con los arts. 794, 967 y 968 del C. de P. C., según los cuales, a falta de pacto expreso de las partes sobre la materia, son trámites esenciales en los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores, el emplazamiento de las partes y la agregación de los instrumentos con citación de la contraria.

Pero estos preceptos sólo tienen por objeto reglamentar, en los juicios de amigables componedores, la 9.a causal de casación en la forma establecida por el art. 942 del C. P. C. consistente en la omisión de diligencias esenciales; éllos sólo declaran cuáles son esas diligencias en dicha clase de juicios. Pero no dicen que la renuncia del recurso de casación no comprenda esta causal, ni expresan tampoco que los trámites a que se refieren no pueden renunciarse; por el contrario, de su texto se desprende que las partes, al señalar por sí mismas los trámites esenciales, pueden perfectamente omitir los que dichos arts. consideran de tal especie, renunciando tácitamente al recurso respecto de éstos.

Según la Corte, parece inconcuso que no puede dictarse un fallo intrínsecamente justo sin oír a los interesados, por lo cual deben estimarse comprometidos el interés y el orden público cuando se produzca un fallo en tales condiciones, pues con ello, evidentemente, se vulnerarían los derechos que garantiza la Constitución y se menoscabarían el prestigio y respeto de los fallos judiciales, con manifiesto perjuicio del orden e interés público.

Por muy atinadas que parezcan estas razones, lo cierto es que las mismas y otras semejantes podrían darse respecto de cada una de las demás causales de casación en la forma, y de ellas no puede deducirse, contra el texto expreso del art. 187 de la L. O. T., que la renuncia de este recurso no tiene eficacia.

(589) Alessandri R., Fernando, "Ley Orgánica", p. 410 y siguientes. Víctor V. Robles, "Estudio sobre el recurso de queja referido a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Agosto de 1935 a Agosto de 1936", Revista, t. XXXIII, 1.a Parte, p. 145; Trucco, apuntes citados, p. 256 y siguientes.

expresa, a la vez que el ánimo de obtener la rápida solución del asunto, una manifestación de excesiva confianza de las partes en la persona del árbitro; ella se produce sobre el supuesto previo de que el compromisario actuará correctamente. Si esta confianza es defraudada por procedimientos abusivos del compromisario, no puede privarse a las partes del derecho de reclamar, idea que ni siquiera les ha pasado por el espíritu. Al renunciar los recursos las partes expresan su voluntad de acatar llanamente la decisión del árbitro, cualquiera que ella sea; pero no es su intención sufrir también, sin reclamo, los abusos que por negligencia o malicia cometa ese árbitro.

Creemos, pues, que la facultad de recurrir de queja contra el árbitro no puede renunciarse y subsiste a pesar de cualquiera renuncia de recursos. Y si esta vía no autoriza para pedir la revisión por el tribunal superior de lo fallado por el compromisario ni para impugnar las interpretaciones de derecho sostenidas por éste, ni para salvar los vicios de procedimiento en que se haya incurrido, permite reclamar el *castigo* y *remedio* de los *abusos* que el juez cometa en la tramitación y fallo. Nos parece, así, que la falta de emplazamiento de las partes, cuando no puede impugnarse por la casación porque se ha renunciado este recurso, puede ser reclamada por la vía de la queja, pues juzgar un litigio sin poner a todas las partes en condiciones de hacerse oír constituye en todo caso una falta o abuso, a menos que se haya autorizado expresamente al árbitro para actuar de tal modo.

213 *Acción ordinaria de nulidad.*— Por último, pensamos que tampoco puede renunciarse en el compromiso, ni ser comprendida en la renuncia de recursos, la acción ordinaria de nulidad del compromiso.

En algunas legislaciones extranjeras, como la francesa, belga, italiana y alemana, esta nulidad se hace valer por medio de un recurso especial contra la sentencia de los árbitros por la vía de la oposición al exequatur y se considera unánimemente que este recurso es irrenunciable (590).

Entre nosotros, la falta de un procedimiento especial no altera el principio de que las nulidades absolutas no pueden sanearse ni aun por el consentimiento de todas las partes (C. C. art. 1683) y sólo pueden sanear las nulidades relativas las partes plenamente capaces de contratar (C. C. art. 1687). La renuncia al derecho de invocar la nulidad del compromiso, hecha en el mismo compromiso, no puede en ningún caso constituir saneamiento válido de esa nulidad y carece por consiguiente de eficacia.

214 *Capacidad necesaria para renunciar los recursos.*— Según el art. 187 de la L. O. T. pueden renunciar los recursos de apelación y casación las partes que sean mayores de edad y libres administradoras de sus bienes.

Por las mismas razones que indicamos en los números 99 y 202 creemos que lo que la ley exige en este caso es la plena capacidad civil de las partes. La cláusula de renuncia de recursos sólo puede insertarse en el compromiso cuando las partes son plenamente capaces. Esta exigencia responde a la na-

(590) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1848; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 819; Bernard ob .cit. N.o 628.

turaleza del acto, que constituye un abandono excesivo de las garantías judiciales.

215 *Mandato para esta cláusula.*— Según el inciso 2.o del art. 8 del C. P. C., la facultad de renunciar los recursos legales no se entiende concedida al procurador judicial sino por mención expresa. Esta regla debe aplicarse también al compromiso. El simple poder para comprometer no autoriza al apoderado para renunciar los recursos contra el árbitro, lo que no puede hacer sin facultad especial; el poder para otorgar al árbitro facultades de arbitrador no lo autoriza tampoco para renunciar los recursos, ni visiversa.

216 *Interpretación y efectos de la cláusula de renuncia de recursos.* — La cláusula de renuncia de recursos debe interpretarse restrictivamente, como que es de excepción. Sólo comprende lo que ella dice y dentro del límite en que es válida. Así, la renuncia de la apelación priva a las partes únicamente de este recurso y no de otro; la renuncia de la casación sólo les quita ésta, y ni aun ella en los casos de incompetencia y ultrapetita.

La renuncia general de todos los recursos o la expresión "sin ulterior recurso" y las demás análogas, no quitan a las partes el derecho de recurrir de casación por incompetencia o ultrapetita, ni de recurrir de queja, ni de intentar la acción ordinaria de nulidad del compromiso.

Ninguna renuncia priva tampoco a las partes de la facultad de proponer en el juicio arbitral incidentes de nulidad, ni aun en razón de vicios que autoricen un recurso de casación que ha sido renunciado. La renuncia del recurso de casación en la forma no puede obstar al derecho de las partes de pedir al árbitro que deje sin efecto actuaciones nulas o que corrija los vicios del procedimiento, ya que ella no constituye la expresión de una voluntad de conformarse con cualquiera nulidad o defecto, sino únicamente de no interponer reclamaciones ante otra autoridad.

217 f) *Sometimiento de recursos a compromiso.* — Pueden también las partes, mediante cláusula especial, someter a compromiso los recursos contra las resoluciones arbitrales. Esta estipulación puede comprender a todos los recursos o sólo a algunos específicamente determinados, pero en ningún caso es lícita respecto de los recursos de queja, de revisión y de inaplicabilidad de un precepto legal contrario a la Constitución (591).

Esta cláusula puede contener la designación del tribunal arbitral a que se otorga competencia para conocer de los recursos, en cuyo caso constituye un verdadero compromiso; o puede contener únicamente el sometimiento de recursos a arbitraje, sin nombrar los árbitros, con lo cual importa una cláusula compromisoria que deja a las partes obligadas a designar compromisarios en el momento oportuno.

Esta cláusula requiere, según el art. 187 de la L. O. T., la misma capacidad que la renuncia de recursos legales contra el árbitro. Creemos que tampoco puede otorgarla un mandatario sin poder especial.

(591) Véase, N.o 79.

218 g) *Determinación del lugar del arbitraje.* — Por estipulación especial, pueden las partes designar un lugar donde deberá verificarse el arbitraje, alterando la cláusula de la naturaleza del compromiso según la cual debe llevarse a cabo en el lugar en que éste se celebre (L. O. T., arts. 183 y 184).

Este lugar puede ser cualquiera y se ha fallado que no exigiendo nuestras leyes que el tribunal arbitral funcione precisamente en el territorio de la República, no afecta a la Soberanía Nacional ni pugna con las leyes chilenas, y debe tener pleno efecto en homenaje a la autonomía de los contratantes, la cláusula de un compromiso por la que se establece que los árbitros se reunirán en un país extranjero (592).

Creemos que la designación del lugar del arbitraje puede aparecer implícita de otras cláusulas del acto en que se contiene el compromiso, como por ejemplo, la que fija un domicilio convencional a las partes para todos los efectos del contrato. En todo caso es esta una cuestión de interpretación de la voluntad de las partes, que deben resolver en cada caso los tribunales de fondo.

219 h) *Fijación de plazo.* — Pueden también las partes fijar expresamente al tribunal arbitral, para el desempeño de su encargo, un plazo diverso del de dos años que la ley establece a falta de estipulación sobre este punto (L. O. T., arts. 183 y 184.)

La cláusula en que se determina el plazo no debe dejar dudas sobre la voluntad de las partes a este respecto, y si ésta aparece incierta, rige el término legal. De acuerdo con este criterio, se estima que las partes no pueden dispensar a los árbitros de todo plazo (593), o señalar uno vago o indefinido, como sucedería si dijeran que el arbitraje durará hasta la completa decisión del litigio, o entregar a los árbitros la determinación del término o la fijación del momento en que deba empezar a contarse (594).

No deja de tener fuerza esta opinión, que fundándose en el carácter excepcional y transitorio de la jurisdicción arbitral, afirma que la ley quiere que el arbitraje tenga siempre una duración determinada y no se prolongue indefinidamente, y por ello señala ella misma un plazo, a falta de fijación de las partes. Y vale la pena observar que este criterio coincide con el temperamento legal de señalar simpre a los jueces un término cierto para que pronuncien sus resoluciones.

Sin embargo, no hay en el texto de nuestra ley nada que autorice para restringir de ese modo la libertad contractual de las partes y parece que éstas pudieran, por cláusula expresa, excusar a los árbitros de todo plazo, o entregar a ellos la fijación del término, o autorizarlos pura y simplemente o bajo condición para prorrogar el término legal o convencional, como lo establecía ya el Derecho Romano y lo enseña Mattirolo (595). Es así como

(592) C. Valparaíso, Gaceta 1914, N.o 481, p. 1324.
(593) Miranda, ob. cit., N.o 240.
(594) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1833; Bernard, ob. cit., N.o 130.
(595) Ob. cit., t. I, N.o 845.

la Corte Suprema ha reconocido plena eficacia al acuerdo de los interesados en una partición por el cual expresaban su voluntad de que las funciones del partidor duraran hasta que evacuara completamente su cometido (596).

Con todo, no podemos dejar de llamar la atención hacia los peligros que entraña el otorgamiento al árbitro de un tiempo indefinido para cumplir sus funciones, especialmente en el caso de la partición de bienes en que se entrega al partidor el manejo de cuantiosos intereses; un compromisario inescrupuloso puede abusar de esta confianza que las partes le dispensen, con grave daño para ellas.

La fijación del plazo puede aparecer implícita de ciertas cláusulas. Así, nos parece que cuando se celebra un compromiso respecto de todas las dificultades que se produzcan durante la vigencia de un contrato determinado, es evidente la voluntad de las partes de que la jurisdicción de los árbitros que designan se mantenga, por lo menos, durante todo el tiempo de vigencia de ese contrato. Estimar que en este caso no hay designación de plazo y hacer expirar el compromiso al cabo de dos años, es desconocer esa intención de las partes y contrariar los fines que persiguieron al convenir el arbitraje. Creemos que en presencia de cláusulas de esta naturaleza, el plazo del compromiso es el de duración del contrato principal y si al concluirse este tiempo, hay litigios pendientes y las partes nada han dispuesto, debe prolongársele con el término legal de dos años contados desde la iniciación del último juicio.

La interpretación de las cláusulas relativas al plazo de arbitraje es cuestión de hecho que corresponde, en cada caso, a los tribunales de las instancias.

---

(596) Sentencia de 9 de Enero de 1942, pronunciada en los autos sobre partición de don José Santos Chaparro, acogiendo un recurso de casación en el fondo contra otra de la Corte de Concepción, que había resuelto lo contrario. El fallo de la Corte Suprema se funda en los siguientes principales considerandos:

"3.o Que de la simple lectura de los arts. 1332 del C. C. y 183 y 184 de la L. O. T., "fluye como primera observación que el legislador entrega enteramente al libre acuerdo de los consignatarios la fijación del tiempo en que el partidor debe desempeñar sus funciones, y sólo en el caso de que éstos nada expresen al respecto entra a suplir su voluntad no manifestada, disponiendo que entonces el partidor tendrá dos años contados desde la aceptación de su cargo";

4.o "Que es tan manifiesto el propósito del legislador de dar a la voluntad de las partes expresamente manifestada el carácter de suprema ley sobre el particular, que el art. 1332 del C. C., se creyó en la necesidad de decir que los consignatarios pueden ampliar o restringir el plazo de dos años que la ley señala al partidor para efectuar la partición, como mejor les parezca, aún contra la voluntad del testador, es decir, como quieran, a su arbitrio; y como por otro lado, dicho está, el legislador ha previsto que el plazo de dos años que la ley señala sólo es para el caso de que falte la designación de tiempo en el instrumento en que se haga el nombramiento del árbitro, resulta entonces que la anterior conclusión se ve confirmada también a la luz de estos preceptos, siendo todavía de advertir que si se estima que hay contradicción entre aquella norma del C. C. y éstas otras de la L. O. T., procedería hacer prevalecer a las últimas de acuerdo con lo ordenado en el art. final del cuerpo de leyes recién citado";

6.o "Que, por otra parte, si el compromiso es un contrato y la ley no ha señalado como un requisito esencial para la validez del mismo, la fijación por las partes de un plazo cierto y determinado dentro del cual deba el partidor ejercer sus funciones, y antes, por el contrario, les ha dado a las estipulaciones que al respecto acuerden, el carácter de cláusulas accesorias o accidentales del mismo, que la ley suple en el silencio de las partes en los términos ya indicados, no se ve razón alguna para no respetar la autonomía de los contratantes, tan especialmente recalcada por el legislador al concederles la facultad de proceder como mejor les parezca".

220 i). *Otras cláusulas accidentales.* — También pueden las partes en el compromiso, mediante estipulaciones especiales, indicar la fecha y el lugar en que lo celebran, someter el arbitraje a condición u otra modalidad, renunciar a ciertos trámites del procedimiento aún ante árbitros de derecho, disponer que alguna de ellas podrá excusarse de cumplir el compromiso mediante el pago de una indemnización penal y convenir cualesquiera otras cláusulas que la ley no prohiba.

§ IV. — *Efectos*

221 *Principio general.* — El compromiso produce fundamentalmente, entre las partes que lo celebran, un importante efecto procesal: deroga respecto de ellas la jurisdicción de los tribunales ordinarios y las somete a la jurisdicción del tribunal arbitral designado (597). Es un efecto muy semejante al que causa el pacto de prórroga de la competencia, pero más vasto y trascendente.

Todos los demás que corrientemente se señalan son sólo consecuencias de este efecto fundamental, que tiene un doble aspecto negativo y positivo.

222 *Primero. — Aspecto negativo: deroga las jurisdicciones ordinarias. — Consecuencias.* — En virtud del compromiso los tribunales ordinarios pierden su jurisdicción para conocer de los asuntos sometidos a arbitraje y quedan radicalmente privados de todo poder para juzgarlos (598); en este sentido debe interpretarse la expresión corriente, aunque inexacta, de que los tribunales ordinarios son *incompetentes* para avocarse a litigios comprometidos (599). En realidad, en estos casos los tribunales comunes no só-

---

7.o "Que todo lo que se ha venido expresando no se compadece con las afirmaciones de la sentencia recurrida de que el plazo que los interesados señalen al partidor, ampliado o restringido, debe ser de naturaleza tan cierta y determinada como el de dos años que la ley señala a falta de designación de tiempo por parte de los interesados, o que dicho plazo por referirse a actos de carácter jurisdiccional regidos por el Derecho Público debe quedar sometido a reglas en que el tiempo, elemento primordial del plazo, tiene que quedar bien precisado y determinado"...

8.o "Que, por lo tanto, es lógico concluir que los sentenciadores han infringido las disposiciones de los arts. 1332 y 184 de que se ha venido hablando al desconocer a los interesados en una partición la amplia facultad que la ley les da para acordar el tiempo de duración del compromiso como mejor les parezca y al hacer regir el plazo legal de dos años fijado en tales preceptos para cuando las partes no señalen la duración del compromiso a un caso en que las partes lo han señalado, expresando en el instrumento de nombramiento del árbitro que las funciones de éste durarían hasta que terminaran definitivamente la partición".

Esta sentencia fué acordada por cuatro votos contra tres y redactada por el Ministro, señor Trucco.

(597) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 728; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 248; Bernard, ob. cit., N.o 106.

(598) La C. de Valparaíso, ha declarado "que si bien en principio los tribunales ordinarios o comunes son competentes para conocer de todos los asuntos judiciales contenciosos que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que en ellos intervengan; ésto no obstante, pueden perder su competencia cuando las partes interesadas en el asunto controvertido, acuerdan someterlo al fallo de jueces particulares nombrados por ellas mismas o por la autoridad judicial en subsidio, siempre que el asunto litigioso no sea de aquéllos que la ley prohibe someter a arbitraje", Gaceta 1939, t. I, N.o 78, p. 351.

(599) Bernard, ob. cit., N.o 107.

lo son incompetentes, sino que carecen en absoluto de jurisdicción respecto de las materias y partes comprendidas en el compromiso.

Esta falta de jurisdicción no es, sin embargo, de orden público; no puede ser declarada de oficio por el juez (600), y puede ser renunciada en cualquier momento por las partes de común acuerdo (601), ya que tiene su fundamento en una convención y todo acuerdo entre partes, puede ser invalidado por el consentimiento mutuo, (C. C., arts. 1545 y 1567); en esto difiere de la que sufre la justicia ordinaria en los casos de arbitraje forzoso establecidos por la ley. Opera tácitamente esa renuncia si ambas partes llevan a jueces comunes el asunto comprometido (L. O. T., art 188, N.o 1), pero si el compromiso comprende diversos objetos, la renuncia no puede extenderse a otros que a aquellos respecto de los cuales se produce.

Entre otras consecuencias de este efecto, el compromiso da a las partes una excepción destinada a evitar que se promueva juicio ante tribunales permanentes sobre materias sometidas a arbitraje, paraliza el litigio ya incoado ante la justicia ordinaria e interrumpe el plazo de abandono de la instancia que pueda estar corriendo en este caso.

223 a.) *Excepción de compromiso o de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios.* — Si una de las partes compromitentes pretende someter a cualquier tribunal distinto del arbitral un asunto comprometido, la otra puede impedir el examen del fondo mediante la *excepción de compromiso*, que — según las expresiones de Chiovenda — "no es ni de incompetencia ni de litispendencia, sino de renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial" (602).

Es una excepción impeditiva que da al arbitraje su nota de obligatoriedad (603). Tiene carácter dilatorio, ya que no afecta al fondo de la acción deducida, sino que se propone tan sólo corregir el procedimiento (C. de P. C., art. 293), subsanando el defecto inherente a la falta de jurisdicción del tribunal.

Como la ley ni siquiera enuncia esta excepción, en la práctica se emplea en su lugar la de incompetencia, que nuestros tribunales acogen sin vacilaciones (604). Nos parece preferible que se llame a las cosas por su verdadero nombre y se oponga en estos casos la excepción de compromiso o de falta de jurisdicción de los jueces comunes, que es lo que realmente hay; nada exige estar ocurriendo a una situación diversa, como es la incompetencia, pues las excepciones dilatorias no están señaladas taxativamente por la ley sino que son todas las que reúnan en sí los caracteres que indica el N.o 6 del art. 293 del C. P. C.

La excepción de compromiso, por su naturaleza dilatoria y su origen convencional, debe proponerse en el juicio ordinario dentro del término fatal que prescribe el art. 295 del C. P. C., y, en todo caso, antes de hacer

(600) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1816.
(601) Bernard, ob. cit., N.o 108; Robert, ob. cit., N.o 90.
(602) Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 127.
(603) Goldschmidt, ob. cit., págs. 497 y 499.
(604) C. Santiago, Gaceta 1916, t. I, N.o 188, p. 586; C. Valparaíso, Gaceta 1939, t. I, N.o 78, p. 351.

cualquiera gestión que importe reconocer jurisdicción a los tribunales ordinarios; de otro modo se entiende renunciada y su oposición posterior carece de eficacia. (L. O. T., art. 188, N.o 1), (605). Se diferencia en esto de la falta de jurisdicción de los jueces permanentes en los casos de arbitraje obligatorio dispuestos por la ley, que por su carácter de orden público puede formularse eficazmente en cualquier instante, hasta que quede ejecutoriada la sentencia definitiva.

224 b.) *Paralización del juicio pendiente ante tribunales comunes.* —Si el asunto que se compromete es materia de un pleito ya incoado ante jueces ordinarios, éste debe paralizarse en el estado en que se halla al tiempo del compromiso (606). Habiendo sido privados de su jurisdicción, por la convención de arbitraje, todos los tribunales que no sean el juez compromisario designado, ninguno puede seguir practicando ni recibiendo actuaciones en el litigio sobre que versa el compromiso.

Todo acto de prosecución del juicio ante el tribunal en que estaba radicado y la sentencia definitiva que éste pueda dictar, adolecen de nulidad procesal. Pero la parte que ha sido válidamente notificada de estas actuaciones debe reclamar de ellas oportunamente formulando los incidentes o interponiendo los recursos que procedan y si no lo hace, pierde el derecho de impugnarlas después. De este modo, por el consentimiento de todas las partes, que importa renuncia tácita de la excepción de compromiso, se sanea la falta de jurisdicción del tribunal.

La paralización del juicio trabado no afecta al valor de las actuaciones verificadas hasta el momento del compromiso, ya que éste no opera retroactivamente. El compromiso no importa el desistimiento de las acciones entabladas, ni de los recursos pendientes, ni termina el pleito ya incoado; sólo lo muda de jurisdicción, sacándolo del conocimiento de la justicia ordinaria para llevarlo al del compromisario designado (607). Si la jurisdicción del juez arbitral expira sin que el litigio haya sido resuelto recupera la suya el tribunal competente ante quien el asunto se hallaba radicado y las partes conservan el derecho de reanudar el procedimiento (608).

---

(605) Bernard, ob. cit., N.o 108. En igual sentido, la C. Valparaíso ha fallado que "si deducida demanda ante juez ordinario, se presenta el demandado ante él, haciendo cualquiera gestión antes de reclamar de la incompetencia, se entiende prorrogada la jurisdicción", (Gaceta 1915, t. II, N.o 299, p. 339).

(606) El art. 509 del C. P. C. venezolano, consagra expresamente este efecto del compromiso. Admitiéndolo también, Garsonnet et Cézar-Bru, resuelven que el compromiso produce la suspensión inmediata del plazo de la apelación cuando interviene en causa ya juzgada en primera instancia. Ob. cit., t. VIII, N.o 248.

(607) C. Talca, Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520.

(608) En Francia, se admite implícitamente esta doctrina al resolverse, según veremos, que el compromiso interrumpe el abandono de la instancia pendiente, pero que éste continúa corriendo desde qu el término del arbitraje expira si el litigio no ha sido fallado.

La C. de Talca, hace igual cosa en el fallo citado en la nota anterior. En la especie se comprometió un litigio durante el curso de la apelación y se pidió al tribunal de alzada que diera por terminada la tramitación del pleito y ordenara que los autos fueran remitidos al arbitrador nombrado. Acogida esta petición, expiró el término del arbitraje, sin que el compromisario hiciere nada para cumplir su encargo. En esta circunstancia una de las partes pidió el cumplimiento de la sentencia pronunciada en primera instancia por el juez ordinario, y la otra se opuso alegando que

Dos situaciones son posibles. Pueden las partes comprometer el asunto con prescindencia del juicio pendiente, caso en el cual el litigio se plantea de nuevo ante el tribunal arbitral. Pueden también las partes comprometer la controversia en el estado en que se encuentra, de modo que continúe el mismo juicio con sólo cambiar de jurisdicción. Determinar cuándo ocurre lo uno y cuándo lo otro, es cuestión de interpretación del compromiso, cosa que corresponde hacer en cada oportunidad a los tribunales de fondo. A falta de datos que permitan averiguar la voluntad de las partes al respecto, nos parece lógico resolver, por regla general, que el tribunal de árbitros debe tomar el juicio en el estado en que se halla, porque esto es lo más conforme con el espíritu del arbitraje, que persigue la decisión rápida del litigio. No hay razón, en efecto, para que el pleito se reponga al estado de iniciarse nuevamente, perdiéndose todas las actuaciones practicadas hasta el momento y corriéndose el riesgo de que se produzcan alteraciones y dificultades en su nuevo planteamiento, cosas que naturalmente pueden suponerse contrarias al fin buscado por las partes en el compromiso (609).

En el caso de que se haya iniciado nuevamente el pleito en virtud del compromiso, el fin de la jurisdicción arbitral ocurrido antes del fallo del asunto coloca al tribunal competente ante quien estaba radicado en aptitud de seguir adelante el juicio, desde el estado en que se hallaba en el momento en que el compromiso lo paralizó.

Distinta es la situación cuando el arbitraje se ha limitado a continuar el juicio. Si expira en este caso la jurisdicción arbitral sin que se haya decidido totalmente el litigio, el tribunal ordinario competente, puede proseguirlo desde el estado en que lo dejó al momento del compromiso o desde el estado a que progresó en el curso del juicio arbitral. Si el árbitro ha sido de derecho, no vemos inconveniente para que las actuaciones por él y ante él

---

procedía nombrar un nuevo arbitrador para decidir el juicio. La Corte resolvió que no podía cumplirse esa sentencia porque no estaba ejecutoriada, ya que por el compromiso no se habían desistido las partes de la apelación, sino que sólo habían llevado la cuestión al conocimiento de otro juez; pero que tampoco correspondía designar un nuevo arbitrador, porque la convención de arbitraje se había celebrado en atención a la persona del anterior. La Corte dejó, así, como único camino judicial abierto a las partes, el de continuar el juicio pendiente en el estado en que se hallaba al momento del compromiso. (Redacción de don Agustín Parada Benavente; con un voto en contra. Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520).

(609) Los arts. 824 y 825 del C. P. C. español, contemplan expresa y separadamente los casos de compromisos celebrados para fallar un pleito ya pendiente cuya tramitación se halla en primera o en segunda instancia. Manresa, comentando estos preceptos, afirma que en el primer caso, los árbitros no pueden continuar los autos en el estado en que se hallan, a menos que los interesados los faculten para ello, y que en el segundo, en cambio, deben precisamente hacerlo, constituyéndose en tribunal de apelación, porque la ley lo manda claramente, (ob. cit. t. IV, págs. 60 y 61). Sin embargo, la ley ordena, aún en el primer caso, que el juez haga pasar a los árbitros el conocimiento de los autos, lo que suscita serias dudas acerca de la interpretación de Manresa, ya que parece inútil que se remita el proceso al tribunal arbitral si de nada ha de servirle y va a ser necesario iniciar nuevo juicio.

Pensamos que el mandato de la ley de que pasen los autos al compromisario, (lo que también dispone el art. 509 del C. P. C. venezolano), es expresivo de su voluntad de que éste continúe el juicio en el estado en que se halla. Lo mismo debe entenderse, a nuestro juicio, de la petición que hagan las partes con igual objeto, a menos que sea claro que la formulan con otro ánimo.

realizadas las aproveche el juez ordinario; pero si ha sido amigable componedor o árbitro mixto, parece que de este modo podría quedar defectuoso el procedimiento.

225 c.) *Interrumpe el abandono de la instancia.* — Los tratadistas franceses enseñan que el compromiso produce la interrupción del plazo de la "peremption", cuando interviene en el curso de una instancia abandonada, pero que ese plazo empieza nuevamente a correr si el compromiso fracasa y los árbitros no dictan su fallo al vencimiento del término fijado por las partes o por la ley (610).

Esta no es sino otra consecuencia de la falta de jurisdicción de los tribunales comunes. Por el compromiso, las partes sacan el asunto del conocimiento del juez ante quien estaba radicado y lo encargan a un compromisario, con lo cual, por una parte, efectúan un acto de prosecución del juicio que interrumpe el plazo de abandono de la instancia que pudiera estar corriendo, (C. P. C., art. 159), y por otra, impiden que ese término comience nuevamente a correr ante dicho tribunal.

Pero expirada la jurisdicción arbitral, sin que se haya decidido la controversia y reanudada de este modo la competencia del tribunal que la conocía anteriormente, puede desde ese mismo instante empezar a contarse el plazo del abandono. Todo lo cual se entiende sin perjuicio del abandono de la instancia que puede producirse ante el compromisario, en el propio arbitraje.

226 *Segundo. — Aspecto positivo: somete a las partes a la jurisdicción del árbitro nombrado.* — Desde el momento mismo del compromiso, las partes quedan sometidas a la jurisdicción privativa del árbitro por ellas designado. No obsta a esto el hecho de que el compromisario no haya aceptado aún el encargo: lo cierto es que ese árbitro es el único juez con poder suficiente para conocer del litigio y salvo acuerdo en contrario, mientras el compromiso esté vigente, ninguna de las partes puede llevar el asunto a otro tribunal.

227 *El compromiso no importa la iniciación del juicio arbitral.* — Por el compromiso no queda trabada la litis ante el árbitro nombrado; sólo se determina la competencia exclusiva de éste para conocerla. El rol del compromiso no es el de las actuaciones que crean la relación procesal, sino el de las disposiciones que delimitan la esfera de atribuciones del tribunal.

El juicio arbitral sólo puede iniciarse una vez que se instala el tribunal designado, y como todo litigio, se traba por las actuaciones pertinentes de las partes. Cuando el árbitro es de derecho, esto aparece claramente en la ley, ya que por mandato suyo el juicio debe promoverse en la misma forma que ante los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. Si el juicio es ordinario, por ejemplo, sólo podrá iniciarse por demanda del actor o por solicitud de medidas prejudiciales (C. P. C., art. 250). El compromiso es únicamente la carta fundamental que rige el arbitraje.

(610) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 248; Bernard, ob. cit., N.o 111; Robert, ob. cit., N.o 90.

228 *El compromiso no produce litis pendencia; sólo la causa el juicio arbitral.* — Se suele enseñar que uno de los efectos que produce el compromiso es la litis pendencia (611). Es éste un error que Bernard corrige, muy exactamente, haciendo notar que para que el compromiso cause litis pendencia, es preciso que la instancia se haya promovido ante los árbitros por una citación o por la comparecencia de las partes (612). Lo que determina la litis pendencia, como el nombre lo dice, es el hecho de existir un litigio pendiente, lo cual sólo ocurre en el caso del arbitraje desde que se traba el juicio ante los árbitros y no desde el momento del compromiso.

229 *El compromiso no constituye interrupción civil de la prescripción.* — La prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, se interrumpe civilmente por demanda judicial, en la forma prevenida por los arts 2503 y 2518 del C. C. No siendo el compromiso una demanda, es lógico resolver que no produce la interrupción civil de la prescripción, efecto que, en cambio, causa la iniciación del juicio arbitral a virtud del compromiso (613). La prescripción se interrumpe civilmente desde que se notifica en forma válida la demanda intentada ante el juez arbitral.

230 *El compromiso da carácter de controvertidos a los asuntos actuales que son materia de él.* — El objeto del compromiso es siempre un asunto litigioso, una controversia, que puede ser actual o presente, y futura o eventual. El compromiso supone, por consiguiente, la existencia o eventualidad de un litigio. De aquí que el sometimiento de un asunto actual o presente a compromiso le de en el acto el carácter de controvertido, ya que hace evidente que hay en torno a él una discusión o disputa. Si el asunto es futuro o eventual, en cambio, el compromiso no lo convierte necesariamente en materia controvertida, porque su sometimiento a arbitraje no prueba la existencia de un litigio, sino tan sólo la posibilidad de que se produzca.

La Corte Suprema ha fallado que la existencia de ciertos créditos, establecida en escrituras públicas de convenio pasó a tener la condición de controvertida desde el momento en que las partes sometieron a compromiso todos los asuntos, dificultades y obligaciones pendientes entre ellas y que, en consecuencia, no puede estimarse que una de ellas debe a la otra una cantidad determinada de plazo vencido; y que esta situación no se modifica por el hecho de haber fenecido el compromiso por el término del tiempo que la ley concede al árbitro para evacuar el encargo, toda vez que los créditos mantienen para las partes la condición de controvertidos mientras la contienda pendiente no sea resuelta, bien por un árbitro designado por los interesados, bien por los tribunales de fuero común (614).

Todo lo cual debe entenderse, en nuestra opinión, sin perjuicio de los actos o acuerdos de las partes que revelen otra cosa.

---

(611) Garsonnet et César-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 248, nota Q; Mongalvy, ob. cit., t. II, N.o 328; Robert, ob. cit., N.o 90.

(612) Bernard, ob. cit., N.o 110.

(613) Bernard, ob. cit., N.o 113. Cita en el mismo sentido a Laurent y a Bourbeau.

(614) Revista, t. XXXI, s. I, p. 414.

Lo dicho en este número no se aplica al caso de la cesión de derechos, ya que para los efectos de ésta se entiende litigioso un derecho desde que se notifica judicialmente la demanda (C. C. art. 1911). No basta en este caso el solo compromiso, sino que es necesaria la notificación de la demanda entablada ante los árbitros para que el derecho pase a ser litigioso.

231. *El compromiso puede constituir interrupción natural de la prescripción.*—Al suponer la existencia de una controversia y un acuerdo de las partes para discutir la cuestión, el compromiso puede importar un principio de reconocimiento, o cuando menos un reconocimiento eventual de su obligación por el deudor, caso en el cual interrumpe naturalmente la prescripción de la deuda (C. C. art. 2518). No creemos, sin embargo, que sea posible establecer al respecto una regla absoluta; en cada caso deben los tribunales resolver la cuestión interpretando el tenor del compromiso.

232. *Extensión de los efectos del compromiso.*— Todo acto jurídico produce sus efectos únicamente entre las partes que lo celebran, pero no respecto de terceros. Este principio fundamental del derecho debe entenderse, sin embargo, con dos limitaciones:

En primer término, todo acto que se perfecciona válidamente existe y vale respecto de todo el mundo en cuanto se ha celebrado entre las partes que concurrieron a él. Así, el compromiso concertado entre A. y B. sólo produce sus efectos entre estas dos personas; pero el hecho de su existencia no puede ser desconocido por nadie y todo individuo es afectado por él en cuanto tiene que admitirlo como tal hecho, especialmente si se halla en relaciones jurídicas de cualquier especie con alguna de las partes. Un acreedor, por ejemplo, no es obligado por el compromiso que celebra su deudor con otra persona, pero no puede impedirlo ni sustraerse a sus resultados; si en el arbitraje se reconocen nuevas deudas de su deudor, tendrá que soportar el perjuicio que esto le significa, a menos que haya dolo o fraude, en cuyo caso podrá impugnar el compromiso conforme a las reglas generales (acción pauliana).

En segundo lugar, las transmisiones y transferencias de derechos originan una especie de extensión de la personalidad de las partes a ciertos terceros que los suceden en su situación jurídica; hay una identidad de derecho entre el causante y el causahabiente respecto del objeto de la traslación. En virtud de esto, el acto afecta a los sucesores de las partes del mismo modo que las afectaba a ellas. Como principio, esto no efrece dudas. Sin embargo, su aplicación práctica suscita serios problemas que derivan principalmente de la dificultad que existe para determinar el vínculo que une al acto jurídico celebrado por el causante con el bien que es objeto de la traslación.

233. *Sucesores a título universal.* — Respecto de los sucesores a título universal, no caben vacilaciones. Los herederos no suceden en bienes determinados sino en la universalidad del patrimonio del causante o una cuota de él; por esto ha podido decir la ley que "representan a la persona del difunto para sucederlo en todos sus derechos y obligaciones transmisibles" (C. C. art. 1097). En el caso del compromiso, la L. O. T. ha dispuesto expresamente que

"no cesa por la muerte de una o más de las partes y el juicio seguirá su marcha con citación e intervención de los herederos del difunto" (art. 190), acatando en esta forma, según tuvieron presente los autores del precepto, "el bien conocido principio de que el que contrata lo hace para sí y para sus herederos" (615).

234. *Sucesores a título singular.*—El problema es mucho más árduo cuando se trata de los sucesores a título singular. Es ésta una de las cuestiones que más discusión ha promovido entre los juristas, y como por su dificultad y amplitud es por sí sola tema suficiente para un extenso trabajo, no nos proponemos dilucidarla aquí sino para los efectos de plantearla en el caso e insinuar una posible solución.

En nuestro concepto no es posible establecer, respecto de los sucesores a título singular, una regla general absoluta, sino que debe tomarse en cuenta, en los distintos casos, las circunstancias que le son propias.

Dos principios fundamentales de derecho actúan en la materia: el principio de que el sucesor adquiere las cosas en el estado en que se hallan y no recibe más derechos sobre ellas que los que tenía su causante, y el principio de protección a la buena fe de los terceros.

En el caso del legatario de especie, la conjunción de estos principios y las reglas propias que rigen esta manera de suceder, inducen a pensar que el compromiso celebrado por el testador respecto de ese bien y el juicio arbitral consiguiente lo afectan siempre. El legatario de especie, en efecto, adquiere en virtud de la desaparición de un sujeto jurídico, y como lo hace directamente del difunto, por sucesión por causa de muerte, y no al través de los herederos, las personas que se hallaban en relación jurídica con aquél, respecto a la cosa legada, no pueden continuar su vínculo sino con el legatario; si éste pudiera desentenderse de ese vínculo causaría a dichas personas el perjuicio enorme de no tener un sujeto contra quien ejercer sus derechos, perjuicios mucho mayor que el que el propio legatario puede sufrir al hacérsele efectivos tales derechos, ya que él recibe su asignación a título gratuito. Nuestra ley establece expresamente esta solución, puesto que si bien prescribe que el legatario no representa a la persona del difunto ni tiene más derechos ni cargas que los que expresamente se le confieran o impongan (C. C. art. 1104), ello es sin perjuicio de los derechos y cargas referentes a la especie legada (616), los cuales lo afectan siempre, según el claro mandato de los arts. 1125 y 1135 del C. C. El tenor explícito de estas disposiciones demuestra que al hablar de "cargas reales" no se han referido sólo a los "derechos reales" sino a toda carga inherente o relativa a la especie legada (617).

En los casos en que la sucesión a título singular se efectúa por acto entre vivos, sin que desaparezca el causante como sujeto jurídico, los terceros que se hallaban en relación de derecho con éste, tienen siempre en su mano la posibilidad de dirigirse en contra suya, negándose a soportar los efectos

(615) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1748.
(616) Claro Solar, ob. cit., t. XV, N.o 984.
(617) Claro Solar, ob. cit., t. XV, N.os 1049, 1088 y 1138; Ricci, "Derecho Civil Teórico y Práctico", t. VIII, N.o 400, p. 595.

de un acto que les es inoponible; la situación, por consiguiente, es para los sucesores entre vivos muy distinta de la del legatario.

Por la circunstancia anotada creemos razonable aplicar en estos casos al compromiso y al juicio arbitral consiguiente, la doctrina que enseña en su clase el profesor don Fernando Alessandri (618) al tratar de los efectos de la cosa juzgada respecto de los sucesores a título singular cuando el acto de traslación se efectúa durante el curso del juicio. Para el profesor Alessandri la existencia de un litigio importa una especie de condición resolutoria del derecho de las partes. Si uno de éstos enajena la cosa litigiosa y luego pierde el juicio, la resolución de sus derechos que este fallo implica afecta a los terceros adquirentes según las reglas de los arts. 1490 y 1491 del C. C., vale decir, en general, que les empece siempre cuando adquirieron de mala fe, esto es, conociendo la existencia del litigio, lo que se presume tratándose de inmuebles cuando el juicio estaba inscrito, y que al contrario, no da acción contra los terceros de buena fe, que ignoraban la controversia judicial.

En estricto rigor, el juicio pendiente constituye algo peor que una condición, puesto que ésta supone un derecho sujeto al evento de desaparecer, mientras que aquél implica la posibilidad de que el derecho no exista en absoluto para la persona que aparecía gozándolo. Con todo, la situación es harto semejante y bien pueden extenderse al caso, por analogía, las disposiciones de los artículos 1490 y 1491 indicados, que expresan el espíritu de nuestra ley en la materia. El principio de que el sucesor adquiere las cosas en la misma condición jurídica en que las tenía su causante está limitado por el de protección a la buena fe de los terceros; la ley pone a cubierto al adquirente de los perjuicios que le pueden sobrevenir en razón de hechos que ignoraba y que no pudo conocer. Los derechos de la contraparte del causante pueden siempre hacerse efectivos contra éste, a lo menos por medio de la acción de perjuicios, y en el caso del litigio, el contendiente está resguardado, además, por la facultad que la ley le confiere de impetrar la medida precautoria de prohibición de gravar y enajenar.

Al compromiso y al juicio arbitral puede aplicárseles perfectamente la misma doctrina. El compromiso en sí mismo, considerado independientemente de todo juicio, importa también una especie de condición a que se sujeta al derecho de las partes sobre los bienes que son objeto de él; es lícito aplicarle, en consecuencia, idénticos principios. Y si el juicio arbitral está ya iniciado al tiempo de la traslación y conforme a lo dicho debe afectar al sucesor, éste no puede rechazarlo o desconocerlo fundándose en la calidad especial del tribunal, porque el asunto está ya radicado ante los jueces árbitros, que son los únicos competentes, y esta competencia no se altera por causa sobreviniente (L. O. T. art. 193).

Consideramos útil hacer una aplicación práctica de estos principios a los dos tipos más importantes y frecuentes de sucesores a título singular por acto entre vivos: el cesionario de un crédito y el comprador de una cosa corporal.

---

(618) Esta doctrina no aparece expuesta en los textos impresos de apuntes de clase, y debemos su conocimiento a una explicación privada del señor Alessandri.

Si se cede un crédito nominativo civil que está sujeto a compromiso o respecto del cual hay juicio arbitral pendiente, el compromiso o el juicio no afectan por regla general al cesionario, a menos que concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que el compromiso conste del propio título, porque en tal caso el cesionario debe conocerlo; b) que el deudor cedido, al tiempo de notificársele la cesión o de aceptarla, haga expresa reserva de sus derechos contra el cedente (619), y c) que se pruebe que el cesionario conocía la existencia del compromiso o del juicio arbitral.

Tratándose de créditos nominativos mercantiles el art. 163 del C. C. reglamenta expresamente los efectos de su cesión de acuerdo, en general, con este mismo criterio. Es así como el inc. 2.o dispone que "las excepciones que aparezcan a la vista del documento o que nazcan del contrato, podrán oponerse contra el cesionario en la misma forma que habrían podido oponerse contra el cedente" y respecto de las otras, el inc. 1.o precribe que "el deudor a quien se notifique la cesión y que tenga que oponer excepciones que no resulten del título cedido deberá hacerlas presente en el acto de la notificación o dentro de tercero día a más tardar, so pena de que más adelante no serán admitidas".

Respecto de los créditos a la orden, cuya cesión se hace por el endoso, y de los créditos al portador que se transfieren por la simple entrega material, rigen en la materia las reglas propias de esta clase de cesiones.

En el caso de la compraventa de un bien que está sujeto a compromiso o respecto del cual existe arbitraje pendiente, el compromiso y el juicio afectan al comprador que al tiempo de adquirir tuvo conocimiento de ellos, y ese conocimiento se presume, tratándose de bienes inmuebles, cuando el litigio o el compromiso estaban inscritos en el registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces que corresponda. Al efecto, nos parece que el compromiso es uno de aquellos títulos que pueden inscribirse, conforme al N.o 3 del art. 53 del Reglamento de 1857.

235. *Casos de solidaridad.*— Cuando hay solidaridad entre acreedores o entre deudores, el compromiso celebrado entre uno de los acreedores con el deudor o entre uno de los deudores con el acreedor respecto del crédito u obligación solidaria, afecta a todos los demás acreedores, o a todos los demás deudores, respectivamente.

Es éste otro caso en que el compromiso extiende sus efectos más allá de las partes y obliga a ciertos terceros que no concurrieron a él. Tal extensión no se funda, sin embargo, en el hecho de que entre los coacreedores o codeudores solidarios medie la relación de causantes a causahabientes, ni tampoco en que unos se representen a otros legítimamente; se funda tan sólo en la naturaleza de la obligación, que no obstante la pluralidad de vínculos jurídicos entre las partes, supone unidad en la prestación, de manera que cada uno de los acreedores solidarios se reputa acreedor del todo y cada uno de los deudores solidarios deudor único y exclusivo de toda la deuda.

(619) La regla del art. 1659 del C. C., relativa a la compensación, señala el espíritu de nuestra ley en la materia y debe aplicarse por analogía al caso en estudio.

Nuestra ley sigue estos principios de manera rigurosa y no deja lugar a dudas al respecto (620). No obstante, la Corte de Santiago ha resuelto que el compromiso celebrado entre el acreedor y uno de los codeudores solidarios no liga al otro y le es inoponible (621). La Corte Suprema ha fallado, en cambio, que la prórroga de competencia que se produce respecto de uno de los codeudores solidarios se entiende respecto de los demás (622). Dada la analogía extraordinaria que existe entre el compromiso y el pacto de prórroga de la competencia creemos lógico aplicar a ambas convenciones el mismo principio, y nos parece que la buena doctrina es la del Tribunal Supremo.

236. *Otros casos. Obligaciones indivisibles. Fianzas.*—Lo dicho en cuanto a la solidaridad no es aplicable en los casos de indivisibilidad. En ésta, si bien el pago sólo puede hacerse de una vez, a uno de los acreedores o por uno de los deudores, cada acreedor no lo es nada más que de su cuota, aun frente al deudor, y cada deudor de la suya, aun respecto del acreedor, por lo cual el compromiso celebrado por uno no afecta a los otros.

Los efectos del compromiso tampoco obligan a los fiadores, a menos que éstos hayan consentido en él (623).

Es indudable, conforme a lo que dijimos en el N.o 232, que el fiador no puede desconocer el compromiso celebrado entre deudor principal y acreedor ni la eficacia del arbitraje consiguiente; así, si por sentencia arbitral se declara la validez de la obligación, el fiador no podrá proponer nuevamente ese asunto a pretexto de que no consintió en el arbitraje, porque se lo impide el efecto de la cosa juzgada.

Pero si el fiador no se ha sometido por su parte a arbitraje, el acreedor no podrá arrastrarlo ante los jueces árbitros a que él y el deudor principal se habían sujetado, porque este vínculo es del todo extraño al fiador, quien está ligado por una relación jurídica independiente y propia. Así lo ha dispuesto la L. O. T. respecto del pacto de prórroga de la competencia (art. 239) y la regla que para ese caso prescribe es simple aplicación de los principios que rigen la fianza y, por consiguiente, de carácter general.

237. *Terminación del compromiso* (624).—El compromiso termina:

1.o) Por el acuerdo de las partes para dejarlo sin efecto, conforme a los principios generales que rigen las convenciones (C. C. art. 1567). En el compromiso este modo se manifiesta y toma la forma de una *revocación* que las partes hacen, de común acuerdo, de la jurisdicción otorgada al compromisario, revocación que puede ser expresa o tácita: lo primero, cuando se efectúa en términos explícitos (L. O. T. art. 189; lo segundo, cuando las par-

(620) Claro Solar, ob. cit., t. X, N.os 409 y siguientes, 436, 454, 455 y 456; Somarriva, Apuntes sobre Cauciones (Clase de Derecho Civil Comparado y Profundizado, 1940). págs. 28 y siguientes.

(621) Gaceta 1899, N.o 403, p. 337.

(622) Revista, t. XIX, s. I, p. 171.

(623) Según el art. 2347 del C. C. la fianza no se presume ni debe extenderse a más que el tenor de lo expreso. Cierto es que este precepto agrega que la Fianza se supone comprender todos los accesorios de la deuda, pero no lo es menos que el compromiso no tiene tal carácter.

(624) Véase N.o 275.

tes ocurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del negocio (L. O. T. art. 188 N.o 1).

2.o) Por la dictación de la sentencia arbitral respecto de todos los asuntos comprometidos. Si éstos son varios, el fallo que resuelva algunos extingue el compromiso respecto de ellos y lo deja subsistente en lo que se refiere a los demás (625).

3.o) Por la transacción de los asuntos comprometidos. Si sólo se transigen algunos de éstos, el compromiso subsiste en cuanto a los otros.

4.o) Por la discordia entre los árbitros en el pronunciamiento de una resolución inapelable, en el caso de que no se hubiere nombrado uno o más terceros ni estuvieren autorizados los árbitros para hacer esa designación (626). Si el compromiso comprende diversas materias la discordia lo termina sólo respecto de aquéllas a que se refiere.

5.o) Por la expiración del término del compromiso, si no fuere prorrogado (627).

6.o) Por la negativa de una o más de las personas designadas para aceptar el cargo de compromisario (628).

7.o) Por la renuncia de uno o más de los árbitros en los casos en que la ley lo permite (L. O. T. art. 188) (629).

8.o) Por la recusación de uno o más de los árbitros, a menos que las partes convengan en designarles un reemplazante (630).

9.o) Por la muerte de uno o más de los árbitros.

10.o) Por la incapacidad sobreviniente de uno o más de los árbitros.

11.o) Por la falta de objeto sobreviniente, como por ejemplo, cuando perece por caso fortuito la cosa controvertida (631).

12.o) Por la declaración de la nulidad del compromiso; y

13.o) Por la declaración de la quiebra de una de las partes, respecto de los juicios que se susciten contra el fallido, si al momento de la declaratoria no se han incoado aún (Ley de Quiebras, art. 67).

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION CHILENA

(625) Véase N.o 357.
(626) Véase N.os 381, 382 y 383.
(627) Véase N.os 360 y 361.
(628) Véase N.o 307.
(629) Véase N.o 312.
(630) Véase N.os 369, 370 y 371.
(631) Mattirolo, ob. cit., t. 1, N.o 851.

Capítulo III

DE LA CLAUSULA COMPROMISORIA.

§ I. *Concepto, caracteres y naturaleza jurídica.*

238. *Definición.—La cláusula compromisoria es un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten a juicio arbitral, obligándose a nombrar árbitros en acto posterior.*

Se trata de una convención de arbitraje que no contiene nombramiento de árbitros. Por la cláusula compromisoria las partes sólo renuncian a que ciertos asuntos judiciales sean resueltos por tribunales ordinarios y determinan a su respecto la competencia de árbitros, pero no indican la persona de éstos, sino que contraen la obligación de designarla en el momento oportuno.

239. *Naturaleza jurídica.*—Lo mismo que el compromiso, la cláusula compromisoria tiene un doble aspecto de convención civil —en este caso un contrato—y de pacto procesal.

240. *Es un contrato civil.*—La cláusula compromisoria es una especie de convención de arbitraje. Pero, a diferencia del compromiso, reviste los caracteres de un contrato, porque de ella nace para las partes la obligación de designar árbitros.

Por la cláusula compromisoria, lo mismo que por el compromiso, las partes comprometen, esto es, convienen en un arbitraje y se someten a jurisdicción arbitral. Pero como no determinan desde luego el tribunal de arbitraje, contraen la obligación de hacerlo mediante un nombramiento posterior de compromisarios. Es ésta la única obligación que la cláusula compromisoria genera.

241. *Es un pacto procesal.*—La cláusula compromisoria es un pacto procesal porque tiende a producir efectos procesales, cuales son la derogación de las jurisdicciones ordinarias y la sumisión de las partes a la jurisdicción arbitral.

La cláusula compromisoria provoca una incompetencia absoluta de todos los tribunales comunes para conocer de los asuntos a que se refiere y determina al respecto la jurisdicción privativa de los tribunales arbitrales que oportunamente se designen.

242. *No es una promesa de comprometer.*—Hemos dicho que en Francia y Bélgica se caracteriza jurídicamente a la cláusula compromisoria como una promesa de comprometer que crea para sus otorgantes la obligación de celebrar un compromiso (632).

Entre nosotros se ha pretendido aplicar esta doctrina, afirmándose que "la cláusula compromisoria se caracteriza esencialmente por ser una promesa de comprometer", una promesa de celebrar un compromiso (633), o recurriéndose a la idea de la promesa de contrato para construir la doctrina de la cláusula compromisoria (634).

Es ésta una interpretación errónea que la Corte Suprema ha condenado en dos oportunidades (635).

En efecto, por la cláusula compromisoria las partes no se limitan a prometer la celebración de un compromiso, vale decir, a contraer la obligación de comprometer. Lo que hacen es *comprometer,* puesto que convienen desde luego un arbitraje, renuncian a las jurisdicciones ordinarias y se someten a la extraordinaria de árbitros. El hecho de que no designen árbitros no significa que no comprometan, ya que *comprometer no es "nombrar compromisarios" sino "acordar un arbitraje".*

La obligación que las partes contraen por la cláusula compromisoria es la de nombrar árbitros y no la de comprometer.

La prueba más evidente de que la cláusula compromisoria no es promesa de celebrar un contrato, está en que ésta produce como único efecto la obligación de celebrar el contrato prometido, mientras que aquélla no sólo obliga a las partes a nombrar árbitros, sino que causa por sí misma, con independencia del cumplimiento de dicha obligación, el efecto de derogar las jurisdicciones ordinarias y dar competencia privativa a los tribunales arbitrales.

En verdad, la asimilación de la cláusula compromisoria a la promesa de contrato es sólo un expediente innecesario a que se suele recurrir para explicar la eficacia jurídica de la cláusula. Pero este propósito resulta frustrado, porque la cláusula compromisoria, concebida como promesa de compromiso, sería nula por no reunir los requisitos del art. 1554 del C. C., ya que le falta, en la especificación del contrato prometido, el nombre de la persona del árbitro, sin lo cual no tiene valor alguno, y no las solemnidades prescritas por la ley, desde que el nombre del árbitro no es solemnidad (636). Si la cláu-

(632) Véase N.os 127 y 128.

(633) **Vargas**, ob. cit., N.os 5 y 36.

634) C. Santiago, Revista, t. XXXI, s. I, p. 178.

(635) Revista, t. XVIII, s. I, p. 75, considerando 10.o; y Revista, t. XXXI, s. I, p. 178, considerando 6.o.

En este mismo sentido, nota a esta última sentencia del profesor don Raúl Varela Varela.

(636) Corte Suprema, Revista, t. XXXI, s. I, p. 178.

sula compromisoria es una promesa de contrato, la especificación del contrato prometido deberá contener todos los requisitos del compromiso, salvo la constancia escrita, que es solemnidad, y si se hace por escrito, "en vez de una cláusula compromisoria tendremos un nombramiento de árbitros, ya que todas las circunstancias constitutivas de este último se cumplirán en el convenio; la distinción entre el contrato prometido y el contrato de promesa se hace desaparecer y con ella toda diferencia específica entre el nombramiento de árbitro y la cláusula compromisoria" (637). Todos los esfuerzos de argumentación y dialéctica que se hagan para probar lo contrario resultarán estériles.

243. *Tiene individualidad jurídica propia.*—La cláusula compromisoria es un contrato con fisonomía jurídica propia e independiente, y es en este sentido que la Corte Suprema ha afirmado que la cláusula compromisoria contiene un contrato perfecto y arreglado a derecho (638). No hay por qué concebirla en función del compromiso, como un preludio, o una parte, o un acto preparatorio de éste (639).

La convención de arbitraje puede ser de dos especies: una es el compromiso, que contiene designación de árbitros, y otra es la cláusula compromisoria, que no la lleva. Ambos actos producen un efecto común: derogar la competencia de los tribunales ordinarios y someter a las partes a la jurisdicción arbitral. Pero mientras el compromiso da competencia únicamente a determinados árbitros, la cláusula compromisoria la otorga en general a jueces compromisarios, dejando a las partes obligadas a constituir oportunamente el tribunal arbitral, cuantas veces sea necesario para resolver el asunto comprometido.

Cada uno de estos actos, pues, produce por sí mismo efectos propios, y para pasar de la cláusula compromisoria al arbitraje no es preciso celebrar un compromiso, sino tan sólo designar árbitros.

244. *Importancia.*—Los que conciben a la cláusula compromisoria como un acuerdo de arbitraje hecho por adelantado sobre litigios futuros y eventuales, indican como su principal ventaja la de favorecer los juicios arbitrales y ser el más rico alimento de la institución del arbitraje como medio de resolver conflictos, ya que el espíritu de las partes es mucho más favorable a convenciones de esta especie antes que las dificultades sobrevengan después que se han agriado en la disputa.

Entre nosotros no es ésta una ventaja exclusiva de la cláusula, ya que el compromiso también puede pactarse por adelantado respecto de litigios futuros. En estos casos, sin embargo, la cláusula tiene de preferible que permite designar oportunamente como árbitro a la persona más apta para decidir la controversia, atendiendo a la naturaleza de ésta.

Otra ventaja de la cláusula, que es a la vez su mayor peligro, está en

(637) **Varela Varela, Raúl,** nota citada.

(638) Revista, t. XVIII, s. I, p. 75.

(639) **Robert** sostiene en Francia que la cláusula compromisoria es un contrato preparatorio y las partes no pueden pasar directamente de ella al arbitraje, sino a través de un compromiso intermedio (ob. cit., N.os 118 y 119).

que liga a las partes mucho más que el compromiso, ya que las sujeta a arbitraje de un modo indefinido hasta la completa decisión del asunto que comprometen y no caduca por la muerte de un árbitro u otra causa sobreviniente, salvo acuerdo de los interesados.

§ *II.—Validez* (640).

245. *La cláusula compromisoria es válida.—Expresa consagración legislativa.*—La cláusula compromisoria es un contrato que tiene fuerza de ley para las partes (C. C. art. 1545). (641). El principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual obliga a reconocerle plena eficacia jurídica (642).

Este valor tiene consagración legal en los arts. 352 N.o 10 y 415 del C. de C. que la contemplan expresamente en el contrato de sociedad, y de un modo indubitable en la historia fidedigna del establecimiento de la L. O. T., ya que en las actas de la Comisión Revisora hay constancia escrita de que el actual art. 181, según el cual corresponde a la justicia hacer la designación de árbitros en el caso de desacuerdo de los interesados, se aplica "a todos los casos en que deba hacerse nombramiento de árbitros, sea por disposición de la ley *o por convenio de las partes*" (643), vale decir, tanto en los casos de arbitraje forzoso como cuando existe una cláusula compromisora.

246. *Argumentaciones contrarias a la validez de la cláusula.*—No obste lo expuesto en el número anterior, se han hecho contra la validez de la cláusula compromisoria los siguientes principales argumentos:

a) Adolece de objeto ilícito por contravenir al derecho público chileno. Según los arts. 80 de la Constitución Política del Estado y 1 y 5 de la L. O. T. la facultad de conocer todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, de juzgarlos y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Los árbitros no son jueces establecidos por la ley sino por las partes. En consecuencia, el acuerdo para someterse a ellos importa una promesa de acatar en Chile una jurisdicción no reconocida por las leyes del país y es, por consiguiente, nulo de nulidad absoluta (C. C. arts. 1463 y 1682) (644).

b) Constituye una violación al art. 177 de la L. O. T., según el cual "fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter a juicio de árbitros una contienda judicial", puesto que por la cláusula compromisora se obliga a las partes a sujetarse a arbitraje y éste sólo puede tener lugar en virtud de un acuerdo entre los interesados para nombrar árbitros (645).

c) No reúne los requisitos enumerados en el art. 183 de la L. O. T.,

(640) Sobre esta materia véase Vargas, memoria citada sobre Cláusula Compromisoria, N.os 18 a 22 inclusive, a quien seguimos en esta parte muy directamente.

(641) C. Tacna, Gaceta 1917, t. I, N.o 118, p. 286; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 129, p. 410; C. Tacna, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75; C. Santiago, Revista, t. XXXI, s. I, p. 178.

(642) Varela, nota citada; Vargas, ob. cit. N.o 18, p. 37.

(643) Véase N.o 136.

(644) C. Tacna, Gaceta 1911, t. I, p. 243; Recurrentes en el caso Gildemeister y Cía. con Vodniza, fallado por C. Suprema el 23-X-1919. Revista, t. XVIII, s. I, p. 75.

(645) C. Concepción, Gaceta 1914, N.o 416, p. 1173.

por la cual, conforme al inciso final de ese precepto, adolece de nulidad absoluta (646).

d) Es imposible hacerla efectiva, pues la incompetencia de los tribunales ordinarios que ella provoca no puede alegarse por inhibitoria, puesto que no hay tribunal constituído ante el cual interponerla, ni tampoco por declinatoria, puesto que ésta exige que se indique cuál es el tribunal competente y en este caso no existe aún ninguno (647).

e) Aun permitiéndose que las partes estipulen la resolución por árbitros de las dificultades que ocurran entre ellas, esta tolerancia no puede privar a la justicia ordinaria de la facultad de conocer los asuntos comprendidos en el acuerdo, si una de las partes reclama su intervención, porque de no ser así, quedaría sin aplicación el precepto terminante del art. 9 inc. 2.o de la L. O. T. y se produciría denegación de justicia (648).

247. *Refutación.* — Todas estas argumentaciones son erróneas, pues parten de supuestos falsos, según se demuestra en los números siguientes.

248. *La cláusula compromisoria no contraviene al Derecho Público chileno.*—El argumento de que importa una promesa de someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes de la Nación "es un sofisma que prueba demasiado, porque siguiendo su desarrollo se llega a probar la nulidad de todo arbitraje". "Es, además, falso, porque la ley chilena reconoce en el arbitraje una forma de jurisdicción y los árbitros son ante ella tan jueces como los que designa el Estado para funciones permanentes" (649).

Entre los tribunales que establece la ley se encuentra el de los jueces árbitros, cuya organización y facultades se rigen por las disposiciones del título XI de este texto, y no es aceptable en derecho la doctrina de que la ley sólo permite el establecimiento del tribunal arbitral; pero no lo establece, por cuanto el art. 176 de la L. O. T. prescribe en forma explícita que deben resolverse por árbitros y no por jueces ordinarios los asuntos que indica (650).

249. *La cláusula compromisoria no viola el art.* 177 *de la L. O. T.*— En efecto, este precepto sólo consagra el principio de que el juicio arbitral es por regla general, voluntario (651) y que, salvas las excepciones legales, las partes son libres para recurrir o no al arbitraje; pero él no prohibe que los interesados, libre y voluntariamente, acuerden someterse a arbitraje reservando para una ocasión posterior el nombramiento de los árbitros.

La obligación de designar compromisarios que resulta para las partes de la cláusula compromisoria es contraída *voluntariamente* por ellas y no está reñida, en consecuencia, con el art. 177 de la L. O. T.

(646) Juez Iquique, Revista, T. XVIII, s. I, p. 72; C. Talca, Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520.

(647) Juez Iquique, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75; Recurrentes de casación en ese mismo juicio (Gildemeister y Cía. con Vodniza).

(648) Juez Iquique, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75.

(649) Varela, nota citada.

(650) C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 189, p. 410; C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75.

(651) Ballesteros, ob. cit. II, N.o 1649.

250. *La cláusula compromisoria no necesita cumplir con los requisitos del art. 183 de la L. O. T.*—Esta disposición regla el nombramiento de árbitros y la cláusula compromisoria es, precisamente, un acuerdo de arbitraje que no contiene nombramiento de árbitros. Siendo así, no es procedente observar, en el otorgamiento de la cláusula compromisoria, el mencionado art. 183, cuyas exigencias deben llenarse, en cambio, cuando en cumplimiento de de la obligación contraída en la cláusula se hace el nombramiento de árbitros (652). La argumentación contraria importa confundir la cláusula compromisoria con el compromiso (653).

251. *La incompetencia que produce puede alegarse por declinatoria y por inhibitoria.*—Según el art. 116 del C. P. C. "la declinatoria se propondrá ante el tribunal a quien se cree incompetente para conocer de un negocio que le estuviere sometido, indicándole cuál es el que se estima competente y pidiéndole que se abstenga de dicho conocimiento". La ley no exige que el tribunal que se estima competente esté preestablecido e instalado; basta indicar cuál es ese tribunal, cosa que se cumple, en el caso de cláusula compromisoria, lo mismo que en los de arbitraje forzoso, indicando que el asunto es de la competencia de jueces árbitros (654).

La incompetencia que nace de la cláusula puede intentarse también por inhibitoria, una vez que el tribunal arbitral se ha constituído, para obtener que otro tribunal cualquiera que ha empezado a conocer de un asunto comprendido en la cláusula se abstenga de seguir juzgándolo.

252. *La cláusula compromisoria no viola el inc. 2.o del art. 9 de la L. O. T.*—En efecto, este precepto dispone que reclamada la intervención de los tribunales "en forma legal y *en negocios de su competencia,* no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión". No es posible deducir de este tenor que en caso de cláusula compromisoria los jueces comunes no pueden abstenerse de conocer los asuntos comprometidos, ya que éstos no son negocios de su competencia, sino que están sujetos a la jurisdicción arbitral. Al excusarse de conocerlos, no hacen, en consecuencia, una denegación de justicia, pues dejan a las partes libres para demandarla al tribunal de árbitros que corresponde.

§ *III Requisitos*

253. *Principio general.—Se rige por las mismas reglas que el compromiso.*—La cláusula compromisoria, como contrato, debe cumplir los requisitos de existencia y validez que prescribe el art. 1445 del C. C.: consentimiento no viciado, capacidad, objeto lícito y causa lícita.

En general, son aplicables a la cláusula compromisoria, en esta materia, las mismas reglas que rigen el compromiso y que expresamos en el párrafo II del Capítulo anterior (N.os 144 a 182 inclusive).

---

(652) C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75; C. Tacna, Gaceta 1917, t. I, N.o 118, p. 286; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 129, p. 410.

(653) Varela, nota citada; Tricot, ob. cit. pág. 19 y 20.

(654) C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75.

254. *Excepciones.*—La aplicabilidad de esas reglas, sin embargo, tiene excepciones que resultan de la circunstancia de que la cláusula compromisoria no contenga designación de árbitro. Así, por ejemplo, en la cláusula no puede haber vicio del consentimiento por error en la persona del árbitro, puesto que las partes no convienen acerca de ese punto.

255. *La cláusula compromisoria es contrato consensual.*—Por otra parte, no estando regida por el art 183 de la L. O. T., es inaplicable a la cláusula compromisoria la solemnidad de constar por escrito que ese precepto establece para el nombramiento de árbitros.

De este modo, mientras el compromiso es un acto solemne, la cláusula compromisoria es un contrato consensual (655).

256. *Prueba de la cláusula compromisoria.*— Puede acreditarse por cualquier medio probatorio, pero está sujeta a la limitación de la prueba testimonial que establecen los arts. 1708 y 1709 del C. C., ya que contiene una promesa condicional de entrega de la cosa litigiosa. No se contradice este aserto con nuestra opinión de que el compromiso y la cláusula compromisoria no importan acto de disposición de los objetos materia del arbitraje, porque el art. 1709 no habla de "dación" o "tradición", sino simplemente de "entrega".

§ IV.—*Contenido*

257. *Principio general.*— La cláusula compromisoria debe contener, esencialmente, un acuerdo de voluntades destinado a sujetar a las partes a jurisdicción arbitral, sin determinar la persona del árbitro.

Pueden distinguirse en la cláusula compromisoria, de igual manera que en el compromiso, estipulaciones esenciales, de la naturaleza y accidentales (C. C. art. 1444).

258. *A—Cláusulas esenciales.*— Son estipulaciones esenciales de la cláusula compromisoria: la individualización de las partes, el sometimiento de las mismas a la jurisdicción arbitral y la determinación del asunto que se compromete.

Estas tres enunciaciones son comunes a la cláusula compromisoria y al compromiso, y reiteramos aquí, en cuanto a ellas, todo lo que a su respecto dijimos al tratar de este último (N.os 190, 191, 196, 197 y 198).

259. *La cláusula no contiene designación de árbitros.*— La cláusula compromisoria, en cambio, no debe contener la determinación del tribunal arbitral. En esto se diferencia, precisamente, del compromiso: es una convención por la cual las partes se someten de un modo general a arbitraje, sin considerar ni designar la persona del árbitro.

Pero como el arbitraje no puede llevarse a efecto sin la constitución previa del tribunal arbitral, por la cláusula contraen las partes, aunque no lo

(655) Quienes consideran a la cláusula compromisora como una promesa de contrato la sujetan a la regla del art 1554 del C. C., según la cual, entre otros requisitos, debe cumplir la solemnidad de hacerse por escrito. (Véase: Vargas, ob. cit., N.os 36 y 38).

expresen, la obligación de nombrar árbitros cuando sobrevenga una dificultad comprometida, o si se comprometen litigios pendientes, cuando se venza el plazo o se cumpla la condición estipulada.

260. *Caso en que se designa árbitro indicando una función o cargo.*— La circunstancia de que la cláusula compromisoria *no deba* contener el nombramiento de árbitros no significa que en ella las partes *no puedan* hacer ninguna mención referente a los árbitros. Por el contrario, es perfectamente lícito que los interesados estipulen, entre otras cosas, acerca de la calidad o condiciones que deben reunir los árbitros, limitando así su facultad de elegir la persona de éstos, cuando deba cumplirse la obligación de nombrarlos, por un marco que los fuerce a buscar entre individuos que reúnan la calidad o condiciones indicadas.

Son frecuentes en la práctica las convenciones de arbitraje que contienen una designación de árbitro que no está hecha con expresión del nombre y apellido de la persona nombrada, sino por la simple indicación de una función o cargo. Es el caso en que los interesados se someten al arbitraje del Presidente de una Cámara de Comercio, o acuerdan que sus dificultades presentes o futuras sean resueltas por el gerente de un determinado Banco o el administrador de cierta sociedad.

No puede dudarse, entre nosotros, que estas convenciones, consideradas como compromisos, adolecen de nulidad, puesto que no cumplen la exigencia del art. 185 de la L. O. T. de expresar "el nombre y apellido" del árbitro nombrado. Sin embargo, ellas pueden constituir una cláusula compromisoria perfectamente eficaz. No se trata, empero, de atribuir valor como cláusula compromisoria a un compromiso que es nulo por defecto en la designación de los árbitros (656); se trata de saber si un determinado acto es compromiso o es cláusula compromisoria.

En efecto, las fórmulas expresadas "tienen un significado dudoso, porque siempre es posible cavilar si las partes quisieron referirse a la persona determinada que en el momento de celebrar su contrato desempeñaba las funciones de Presidente de la Cámara de Comercio o de Gerente del Banco de Chile —que expresaron—, o si quisieron tan solo indicar la calidad de Gerente o Presidente que debiera reunir su árbitro, sin referirse a persona determinada" (657). Si desearan lo primero, estaríamos en presencia de un compromiso nulo; si quisieran lo segundo, habría una cláusula compromisoria válida. Determinarlo es, pues, una tarea de interpretación de la voluntad de las partes que debe intentarse en cada caso (658).

Por lo general, "resulta más conforme con la razón entender que las partes quisieron tan sólo señalar la calidad que debiera reunir la persona llamada a desempeñar las funciones de árbitro. Porque, si su intención hubiera sido referirse a la persona determinada que en el momento de contratar desempeñaba el cargo que en el convenio se indica, la habrían designado

(656) Tricot, ob. cit., págs. 24 y 25, plantea de este modo la cuestión, a nuestro juicio erróneamente.

(657) Varela, nota citada.

(658) Bernard, ob. cit., N.o 86; Vargas, ob. cit., N.o 28, pág. 64.

por su nombre y apellido, que es la manera usual de distinguir a unos individuos de otros" (659). Concurre a reforzar esta interpretación favorable a la cláusula compromisoria el precepto del art. 1562 del C. C., según el cual "el sentido en que una clásula puede producir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguno" (660).

Con todo, el mérito de estas argumentaciones no permite que se llegue hasta validar lo que evidentemente es un compromiso nulo, atribuyéndole el carácter de cláusula compromisoria, porque esto sería falsear la *voluntad cierta* de las partes que no convinieron un arbitraje general de cualquier compromisario, sino que consintieron únicamente en someterse al juicio de determinado árbitro de su confianza. La presunción favorable a la cláusula, que nace del hecho de que las partes no designaran al árbitro por su nombre y apellido, puede ser destruída por otros antecedentes que revelen el ánimo de nombrar a determinada persona (661) y la norma del art. 1562 no tiene aplicación cuando la voluntad de los interesados no deja dudas acerca de su alcance (662).

En conclusión, nos parece que por lo general estas convenciones constituyen cláusulas compromisorias, pero que en última instancia su verdadera fisonomía jurídica sólo puede determinarse averiguando la voluntad de las partes, manifestada en los diversos elementos del acto. A falta de datos para hacer la interpretación, debe presumirse que se trata de una cláusula compromisoria y no de un compromiso.

Esta cuestión se planteó a nuestros tribunales en el caso de la Cía. de Navegación de Chile con Küpfer Hnos., en que se discutió el valor de la siguiente cláusula de un contrato: "Cualquiera dificultad que se produzca con motivo de la mala interpretación o ejecución de dicho contrato será resuelta en calidad de arbitrador por el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, quien conocerá y fallará los asuntos que se sometan a su arbitraje sin forma de juicio y en única instancia; a falta de este señor por un miembro de la misma Cámara nombrado por el Presidente de ella con las mismas atribuciones".

La Corte de Apelaciones de Santiago (663) consideró que esa cláusula, atendida la forma en que se hallaba redactada, no importaba una designación de árbitro, y aplicando el art. 1562 del C. C., aceptó su validez como promesa de celebrar el contrato de nombramiento de un compromisario determinado.

---

(659) La afirmación que de contrario se hace de que, como la cláusula compromisoria, no debe contener el nombramiento de árbitros, y en estos casos se indica una persona por el cargo que desempeña, resulta preferible estimar, cuando haya dudas, que se trata de compromisos nulos (Vargas, ob. cit., N.o 28, pág. 66), carece de fuerza, porque precisamente el problema reside en determinar si las partes han querido hacer designación de árbitros en estas cláusulas o simplemente indicar la calidad que los compromisarios deberían reunir.

(660) Varela, nota citada.

(661) Mongalvy, ob. cit., t. I. N.o 243.

(662) Varela, nota citada.

(663) Revista, t. XXXI, c. I, p. 178.

La Corte Suprema (664) censuró la aplicación que el tribunal de alzada hizo del art. 1562 del C. C. e interpretando la voluntad de las partes, estimó que en el caso había un nombramiento de árbitro, porque la circunstancia de que en la cláusula se dieran al compromisario facultades de arbitrador y se le autorizara para fallar sin forma de juicio y sin ulterior recurso, le pareció sintomática de un acto que se otorga en consideración a la persona designada. Consecuencialmente, declaró que era nula la cláusula citada.

Aparte de la circunstancia manifiesta de que la Corte Suprema ejercitó en la especie funciones propias de los jueces de hecho, entrando a interpretar la voluntad de las partes, y del sentido que en este fallo atribuyó, en nuestro concepto erróneamente, el art. 1562 del C. C. (665), creemos que la interpretación de fondo que ella hizo en el caso concreto, acerca del alcance de la cláusula discutida, no se conforma con los términos de ésta, porque si bien es cierto que las amplias facultades que la estipulación otorgaba a los árbitros inducían a estimarla como un acto celebrado en atención a la persona del compromisario, no es menos efectivo que la hipótesis contemplada y resuelta en la misma, según la cual a falta del Presidente de la Cámara de Comercio, ejercería dichas atribuciones un miembro de dicha Cámara nombrado por el Presidente, desvanecía esa creencia y revelaba a las claras que la consideración de la persona del árbitro no había sido algo fundamental en el ánimo de los contratantes.

261. *Caso en que se pacta en general arbitraje y, además, se designan árbitros.*—Puede ocurrir también que en una convención las partes pacten arbitraje, de un modo general y que, independientemente de esa estipulación, hagan nombramiento de árbitros. Es el caso, por ejemplo, en que los comuneros estipulan "que todas las dificultades existentes entre ellos o que se produzcan con motivo de la comunidad serán resueltas por árbitros", o expresan de cualquier otro modo su consentimiento para someterlas en general a arbitraje, y acto seguido, en la misma cláusula o en otra distinta, hacen una designación de árbitros.

Cabe en estos casos preguntarse cuál fué la voluntad de las partes al contratar: si quisieron únicamente sujetarse al arbitraje de la persona que designaron, en cuyo caso habría un compromiso, o si su intención fué someterse a juicio arbitral de un modo absoluto, sin atender a la persona del árbitro, y el nombramiento que hicieron tuvo sólo por objeto dar desde luego un titular a la jurisdicción arbitral, sin perjuicio de la obligación de designar otros árbitros si el nombrado, por cualquier motivo, no cumple el encargo, en cuyo caso habría, en un mismo acto, una cláusula compromisoria y un compromiso.

En las circunstancias y antecedentes de la convención deberá buscarse, en cada caso, la verdadera voluntad de las partes. Así, si expresan de manera categórica que renuncian a toda acción ante los tribunales ordinarios

(664) Revista, t. XXXI, s. I., p. 178.
(665) Véase: Varela, nota citada.

y el nombramiento de árbitro lo hacen en una cláusula distinta del contrato, declarando efectuarlo "para los efectos de cumplir el acuerdo de arbitraje", parece lícito resolver que en la especie han querido celebrar no sólo un compromiso, sino también una cláusula compromisoria.

Pero en ausencia de antecedentes bastantes para fundar esta interpretación, es preciso aceptar el acto como un mero compromiso, pues siendo el arbitraje una institución jurídica de excepción los convenios en que se estipula deben ser interpretados restrictivamente. Los efectos del compromiso son menos extensos y graves que los de la cláusula compromisoria y no apareciendo claro que las partes quisieron lo más, sólo puede obligárselas a lo que inequívocamente consintieron.

262 *B—Cláusulas de la naturaleza.* — Son estipulaciones de la naturaleza de la cláusula compromisoria, que se subentienden en ella sin necesidad de pacto alguno, pero que pueden ser modificadas por acuerdo expreso de las partes, las mismas que tienen este carácter en el compromiso: los árbitros deberán ser de derecho, funcionar en el lugar en que se efectúa el nombramiento y desempeñar el cargo en el término de dos años contados desde su aceptación. Nos remitimos a lo expresado al respecto con ocasión del compromiso (N.o 199).

263 *C—Cláusulas accidentales.* — En la cláusula compromisoria pueden insertarse las mismas estipulaciones accidentales que en el compromiso (666), referentes a las facultades de los árbitros, a su número, al lugar y plazo en que deben cumplir su encargo, al procedimiento que emplearán en la tramitación, a renuncia o reserva de recursos, solución de discordias, etc. Rigen en esta materia todas las reglas que anotamos al tratar del compromiso (N.os 200 a 220 inclusive).

Caben, además, en la cláusula compromisoria, otras estipulaciones accidentales propias de ella. Así, pueden las partes determinar las condiciones que deba reunir el árbitro, la forma cómo se hará su nombramiento, o convenir cualesquiera otras menciones relativas a la obligación que contraen de designar compromisario.

264. *Mención acerca de las condiciones del árbitro.* — Por la cláusula compromisoria los contratantes se obligan a designar árbitros y el nombramiento que en virtud de ella deben hacer puede recaer en cualquiera persona que sea capaz y hábil para desempeñar estas funciones. Pero bien pueden las partes por una estipulación expresa, restringir su libertad para fijar la persona del árbitro, disponiendo que éste sea un individuo que, además de las condiciones exigidas por la ley, cumpla con otras que ellas mismas acuerden, por ejemplo, la de ser comerciante en un determinado ramo, o técnico en ciertas materias (667). Hemos visto que este sentido puede y debe, por

(666) Bernard, ob. cit., N.os 188 y 189.
(667) Mattirolo, ob. cit., t. I., N.o 764, en nota.

lo general, atribuirse a los convenios en que se acuerda el arbitraje del Presidente o del Gerente de una determinada institución, o se indica la persona del árbitro por la simple expresión de cierto cargo o función. (668).

265 *Acuerdos sobre el nombramiento de árbitro.* — En la cláusula compromisoria las partes pueden convenir la forma cómo cumplirán su obligación de nombrar árbitros, alterando las normas legales que rigen la materia. Pueden estipular que los árbitros deberán ser designados de común acuerdo y que si el acuerdo no se produce quedará sin efecto el arbitraje; pueden convenir que cada parte designará un árbitro (669), y que el tercero será designado de común acuerdo por las propias partes o por los árbitros designados; pueden encargar el nombramiento de los árbitros a un tercero (670) o a varios terceros conjuntamente o unos en subsidio de otros. Las partes tienen en la materia la más amplia libertad, pero creemos que no es lícito que una de ellas autorice a la otra para hacer por sí sola la designación de compromisario.

§ V.—*Efectos*

266 *Enunciación.* — La cláusula compromisoria causa un doble efecto Por una parte, deroga la jurisdicción de los tribunales ordinarios respecto de los asuntos comprometidos en ella. Por otra parte, determina en cuanto a estas materias la competencia exclusiva de tribunales arbitrales, y como éstos no están designados, crea para sus estipulantes la obligación de nombrar árbitros.

Son efectos análogos a los del compromiso, con la diferencia de que éste se pacta considerando la persona del compromisario, cuyo nombramiento se efectúa, de modo que la jurisdicción arbitral nace con un titular determinado, único e insubstituíble y las partes no contraen, por consiguiente, la obligación de nombrar árbitros, mientras que la cláusula compromisoria se conviene sin tomar especialmente en cuenta la persona que ejercerá las funciones arbitrales, que puede ser cualquiera que posteriormente se nombre, por lo cual las partes quedan obligadas a determinarla en el momento oportuno.

267 *Primer efecto. — Deroga las jurisdicciones ordinarias.* — Por la cláusula compromisoria las partes acuerdan que el modo de resolver ciertos asuntos entre ellas sea el juicio arbitral, renunciando así tácitamente a someter esos negocios a los tribunales ordinarios. Esto importa una derogación de las jurisdicciones comunes respecto de los objetos comprendidos en la cláusula.

Se trata del mismo efecto negativo que causa el compromiso y le son aplicables idénticos principios (671), con la sola salvedad de que en este caso es más extenso, ya que la cláusula compromisoria no caduca si los árbitros que se nombran no fallan el asunto, sino que impone a las partes la

(668) Véase: N.o 260.
(669) Véase: N.o 194.
(670) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, No 1817; Bernard, ob. cit. N.o 261.
(671) Véase N.o 222 a 225 inclusive.

obligación de designar nuevos árbitros. Cuando existe cláusula compromisoria, los tribunales ordinarios pierden su jurisdicción para conocer los negocios comprometidos y no la recuperan por ningún motivo, salvo acuerdo contrario de las partes.

La cláusula compromisoria priva a los jueces comunes de poder para juzgar, dando a las partes una excepción impeditiva de "cláusula compromisoria" o de "falta de jurisdicción", que en la práctica se hace valer, impropiamente (672), como excepción de incompetencia (673) que los tribunales acogen (674).

En el caso de que un asunto comprometido sea llevado al conocimiento de los jueces ordinarios, la parte afectada debe oponer la excepción de cláusula compromisoria antes de hacer cualquiera gestión principal en el pleito que importe reconocer jurisdicción al tribunal ordinario, pues, de otro modo se entiende tácitamente renunciada la excepción, ya que no es de orden público ni el tribunal puede declararla de oficio (675). Sin embargo, si la cláusula comprende diversos objetos, esta renuncia no puede extenderse a otros que a aquéllos respecto de los cuales se produce y el contrato continúa obligando a las partes en cuanto a las demás (676).

268. *Segundo efecto.— Somete a las partes a jurisdicción arbitral, obligándolas a nombrar árbitros.*— El efecto positivo del compromiso consiste en someter a las partes a la jurisdicción del árbitro nombrado. Como en la cláusula compromisoria no hay designación de árbitros, este efecto se traduce en sujetar a las partes, de manera general, a jurisdicción arbitral y en dejarlas obligadas a constituir el tribunal que debe ejercer esa jurisdicción.

En cuanto al primer aspecto de este efecto, el de someter a los compromitentes a jurisdicción arbitral, nos remitimos a lo dicho al tratar del compromiso (N.os 226 a 231), con la sola salvedad de que en el presente caso ese sometimiento es más absoluto, pues no dice relación con determinados árbitros y no caduca sino cuando todos los negocios comprometidos son resueltos en juicio arbitral, a menos que las partes renuncien a la cláusula.

269. *Obligación de nombrar árbitros.— No es obligación de comprometer.*— La jurisdicción arbitral creada por la cláusula compromisoria carece de titular, pero como los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza del acto (C. C. art. 1546), la cláusula produce para las partes, aunque no lo diga,

(672) Bernard, ob. cit., N.o 196.

(673) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V., N.o 1816; Robert, ob. cit., N.o 130; Morel, ob. cit., N.o 33; Landrau, ob. cit., pág. 97; Vargas, ob. cit., N.os 39 y 47.

(674) C. Valparaíso, Gaceta 1939, t. I., N.o 38, p. 351; C. Suprema, Revista, t. XXXII, s. I., p. 402; C. Santiago, Revista, t. II, s. II, p. 111; C. Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 173 C. Valparaíso, Revista, t. VI, s. I, p. 194; C. Tacna, Revista t. XVIII, s. I, p. 75; C. Suprema, Revista, t. XVIII, s. I, p. 75; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I., N.o 129, p. 410; C. Vaparaíso, Gaceta 1914, N.o 481, p. 1324.

(675) C. Valparaíso, Gaceta, 1915, t. II, N.o 299, p. 739; Robert, ob. cit., N.o 197; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1826; Mattirolo, ob. cit., t. I., N.o 767; Vargas, ob. cit., N.os 47, 48 y 49.

(676) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 767; Goldschmidt, ob. cit., p. 505, nota 63.

la obligación de nombrar árbitros, pues la designación de tribunal es indispensable para cumplir el convenio y sin ella el arbitraje pactado no podría llevarse a efecto.

En Francia, como una consecuencia de la naturaleza jurídica que se atribuye a la cláusula compromisoria, se afirma generalmente que ella impone a las partes una obligación de comprometer (677). Sin embargo, con los mismos textos, Bernard opina en Bélgica que ésta es únicamente una obligación de recurrir al arbitraje, sin que sea necesario celebrar un compromiso (678). Lo mismo piensa Mattirolo en Italia, quien expresa textualmente: "no es exacto lo que algunos dicen de que, para iniciar el juicio a base de una cláusula compromisoria, sea necesaria la estipulación de un compromiso. El acto posterior al de la cláusula compromisoria que se encamina —en la legislación italiana— a determinar la cuestión surgida sobre la cual los árbitros deben fallar, no es un verdadero compromiso, *porque el vínculo compromisorio existe ya en la cláusula, independientemente de cualquier acto posterior*, y por consiguiente no necesita de una confirmación ulterior; sólo es preciso un acto que especifique la controversia que han de decidir los árbitros, *investidos de jurisdicción por la cláusula misma*. La jurisprudencia se muestra hoy día constante en afirmar que no es necesario un nuevo acto de compromiso para determinar las controversias surgidas del contrato a que va aneja la cláusula compromisoria". (679).

Entre nosotros es aplicable esta doctrina italiana en lo que tiene de esencial, esto es, que no se necesita celebrar un compromiso para llevar a efecto un arbitraje pactado en una cláusula compromisoria. Sólo en virtud del error de considerar a la cláusula como una promesa de contrato ha podido afirmarse en Chile que crea para las partes una obligación de comprometer (680). Tal obligación no puede existir, porque —lo reiteramos una vez más (681)— por la cláusula compromisoria se compromete lo mismo que por el compromiso, con la única diferencia de que se estipula un arbitraje de manera absoluta, sin limitarlo por la condición de que sea árbitro determinada persona, en vez de pactarse el arbitraje de un individuo señalado de antemano.

Tampoco nace de la cláusula, en Chile, a diferencia de lo que ocurre en Italia, la obligación de precisar en un acto independiente los litigios que se han sometido a arbitraje. Lo contrario ha sido resuelto por la Corte de Tacna (682), y afirmado por el profesor don Raúl Varela (683); pero nos parece que esta opinión es consecuencia del erróneo concepto, que se halla en casi todos los tratadistas franceses, de que el arbitraje no puede verificarse si-

(677) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1817; Morel, ob. cit. N.o 39; Landrau, ob. cit., p. 96; Leray, ob. cit., p. 42; Farcy, ob. cit., N.os 7, 21 y 22; Robert, ob. cit., N.os 118, 119 y 120.

(678) Bernard, ob. cit., N.os 204 y 205.

(679) Mattirolo, ob. cit., t. I., N.o 763, nota 1.

(680) Vargas, ob. cit., N.o 39.

(681) Véase N.os 137 y 242.

(682) Revista, t. VIII, s. I, p. 75; Gaceta 1916, t. I, N.o 109; p. 410; Gaceta 1917, t. I, N.o 118, p. 286.

(683) Nota citada.

no una vez que las partes han convenido acerca de los extremos de la controversia que se trata de resolver. La verdad es, sin embargo, que el planteamiento de la litis no tiene carácter de cuestión previa que deba realizarse por acuerdo de los contendientes, sino que se produce, precisamente, al promoverse el juicio arbitral, ejercitando una de las partes sus acciones e interponiendo la otra sus excepciones. El asunto previo al arbitraje, es la determinación de la competencia del tribunal de árbitros — la extensión y los límites de la jurisdicción arbitral — que debe hacerse por acuerdo de las partes. Pero esto se efectúa del mismo modo en la cláusula compromisoria que en el compromiso, actos ambos que en esta materia deben cumplir iguales requisitos (684).

La expresión del asunto que se somete a arbitraje es precisa, tanto en el compromiso como en la cláusula compromisoria — puesto que la convención de arbitraje general no vale (685) y la doctrina universal reconoce que su exclusivo objeto es determinar la competencia o poder de los árbitros (686)—; de aquí que no necesite hacerse de un modo detallado y pueda efectuarse en términos genéricos y amplios (687). En uno y otro caso, la especificación de las controversias comprometidas se produce expontáneamente cuando la litis se plantea ante el tribunal arbitral, y entonces será posible discutir si se halla comprendida o no dentro de los límites de la jurisdicción de éste (688).

La única obligación que nace de la cláusula es la de constituir el tribunal arbitral haciendo la designación de árbitros. Así lo ha reconocido implícitamente nuestra Corte Suprema al establecer una clara distinción entre el acuerdo de arbitraje y el nombramiento de compromisarios (689).

270 *Vigencia y extensión del deber de nombrar árbitros.* — La obligación de nombrar árbitros rige hasta el fallo total de todos los asuntos comprometidos en la cláusula. Ella no se extingue cuando las partes, cumpliéndola, constituyen un tribunal arbitral, pues si por cualquier motivo todos o alguno de los árbitros nombrados no lleva a término el encargo, no se disuelve el vínculo compromisorio entre los contratantes y éstos se ven en la necesidad de nombrar nuevos árbitros (690).

Se ha sostenido, en sentido contrario, que los contratantes extinguen definitivamente su obligación al nombrar compromisarios y no puede exigírseles que la cumplan tantas veces cuantas sean necesarias para que el juicio arbitral termine por sentencia, ya que "por la cláusula las partes se obligan únicamente a nombrar árbitros y constituir jurisdicción arbitral, pero no se obligan a que el litigio necesariamente sea resuelto por árbitros" (691).

(684) Vargas, ob. cit., N.os 6, 23 y 24 Véase supra, N.os 136 y 137.
(685) Véase N.o 125.
(686) Véase N.o 196.
(687) Véase N.o 197.
(688) Es curioso observar que aún en Francia, Robert opina que el caso de rebeldía de una parte, la determinación de los objetos en litigio puede efectuarse ante el propio árbitro, (ob. cit., N.o 128).
(689) Revista, t. XVIII, s. I, p. 75.
(690) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 764; Robert, ob. cit., N.o 129; Bernard, ob. cit., N.os 204 y 208.
(691) Vargas, ob. cit., N.o 52.

Esta opinión importa, a nuestro juicio, un desconocimiento de los caracteres más esenciales de la cláusula compromisoria. En efecto, por ésta no se obligan las partes a "nombrar árbitros y constituir jurisdicción arbitral" —según las expresiones de Vargas—, sino que expresan su voluntad de *que sus asuntos sean resueltos en arbitraje,* y se someten, desde luego, a jurisdicción arbitral (692). La obligación de nombrar árbitros, que muy rara vez se expresa, es sólo consecuencia del dicho sometimiento, ya que sin constitución de tribunal no podría verificarse el arbitraje pactado. Como por la cláusula compromisoria, a diferencia del compromiso, las partes no acuerdan encargar la decisión de ciertas controversias a determinados árbitros, sino que, precisamente, convienen en que determinados asuntos suyos sean resueltos en juicio arbitral y no de otro modo, sin atender a la persona del compromisario, quedan obligadas a *hacer tantos nombramientos cuantos sean necesarios para que se cumpla el fin perseguido por ellas en la cláusula,* esto es, se realice su voluntad de *que sus negocios sean fallados en arbitraje* (693).

Siempre que termine el período de los árbitros nombrados sin que se hayan resuelto todos los litigios comprometidos, o que fallezcan los compromisarios antes de cumplir su encargo, o renuncien, o por cualquier causa no fallen los asuntos que se les han sometido, deben las partes designar nuevos árbitros.

Así también, cuando por producirse discordia entre los compromisarios en resoluciones inapelables, no sea posible pronunciar sentencia y no se haya designado previamente un tercero para que dirima la discordia ni se haya autorizado a los árbitros para que lo nombren, las partes tienen la obligación de hacer el nombramiento (694).

Todo lo cual se entiende, naturalmente, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar los contendientes para derogar en forma total o parcial la cláusula compromisoria.

---

(692) Véase N.os 137 y 242.

(693) Nuestra jurisprudencia acepta indirectamente este criterio. En efecto, conocemos dos fallos que, al rechazar el nombramiento de nuevos árbitros pedido por una de las partes, fundándose en que, en los casos, los contratantes no habían convenido un arbitraje forzoso, esto es, no se trataba de cláusulas compromisorias, han admitido de manera implícita que, si hubiera habido cláusulas, habrían dado lugar al nombramiento solicitado.

En uno de ellos, la Corte de Santiago (Gaceta 1930, t. I, N.o 69, p. 285), estudió el contrato y estimando "que no se ha estipulado un arbitraje forzoso convencional en términos generales, sino en consideración a las personas designadas", resolvió que no procedía un nuevo nombramiento en virtud del contrato; pero advirtiendo que el asunto era de arbitraje necesario, decretó de todos modos el nombramiento, no ya en razón de la convención, sino de la ley.

En el otro la Corte de Talca, (Gaceta 1926, t. II, N.o 116, p. 520), negó lugar al nombramiento de nuevos árbitros, porque a su juicio, en la especie "las partes convinieron en constituir el arbitraje en consideración a la persona del arbitrador nombrado..., y de consiguiente puede tenerse por cierto que la intención de los contratantes no ha sido someterse forzosamente a las resoluciones de un arbitrador designado por el juez en el caso de que esa designación se estimara necesaria por no haber desempeñado sus funciones dentro del plazo legal del arbitrador por ellos nombrado y por no estar de acuerdo en designar otro en su reemplazo".

En ambos casos, los tribunales han estimado que había compromisos y no cláusulas compromisorias; por eso han rechazado el nombramiento de nuevos árbitros.

(694) Véase, N.os 195, 383 y 403.

271 *Modo de cumplir la obligación de nombrar árbitros.* — Las partes son libres para cumplir su obligación de nombrar árbitros del modo que mejor les parezca, sin otra limitación que la de observar las reglas establecidas en la cláusula compromisoria.

Al hacer el nombramiento, pueden los contratantes convenir cualquiera de las estipulaciones accidentales que no hubieren insertado en la cláusula y aún modificar las que acordaron en ésta. A falta de convenio al respecto deben nombrar un solo árbitro. Sin embargo, nada obsta para que, de común acuerdo, constituyan un tribunal de varios árbitros. Pueden también, si la cláusula comprende diversos asuntos y las partes consienten en ello, constituir varios tribunales, repartiendo entre ellos las distintas controversias según su naturaleza y los conocimientos técnicos que sean necesarios para su fallo. Así también, si comprometidos diversos litigios, se produce uno, las partes pueden designar un tribunal para la resolución de todas las cuestiones comprendidas en la cláusula o sólo de la que ya ha surgido; si hacen lo último, los árbitros designados no tienen competencia, sino para fallar el litigio producido y debe constituirse nuevo tribunal para el conocimiento de los demás, salvo que las partes acuerden someterlos al mismo, lo que se presume cada vez que una de ellas promueve alguna de las controversias comprometidas ante el tribunal nombrado, y la otra no reclama de la incompetencia.

Debe tenerse presente que las estipulaciones que hagan los contratantes en el nombramiento, no son parte de la cláusula compromisoria, sino que producen efectos únicamente respecto del tribunal designado. Así, si por la cláusula se somete simplemente un asunto a arbitraje y al constituir el tribunal, las partes confieren al árbitro que nombran facultades de arbitrador, no cumpliendo éste el encargo, aquéllas no quedan obligadas a reemplazarlo por un amigable componedor, sino tan sólo por un árbitro de derecho; la cláusula de amigable composición no era parte del pacto de arbitraje, sino que decía relación únicamente con el primer árbitro; para otorgar al segundo iguales facultades, es preciso convenirlo expresamente al tiempo de hacer su nombramiento (695).

272 *Oportunidad para hacer el nombramiento.* — Las partes deben cumplir su obligación de nombrar árbitros desde luego, si alguno de los litigios comprometidos está pendiente, salvo que hayan dilatado esta oportunidad por la estipulación de una condición o plazo (696); pero si ninguna de las controversias comprendidas en la cláusula ha nacido, cuando se promueva la primera de ellas. Nada impide que, de común acuerdo, nombren los árbitros por adelantado, pero desde el instante en que la obligación se hace exigible, cualquiera de los contratantes puede requerir al otro para efectuar el nombramiento de árbitros.

273 *Ejecución forzada de la obligación de nombrar árbitros.* — La obligación de nombrar árbitros es susceptible de ejecución forzada, que se

(695) C. Serena, Gaceta 1926, t. II N.o 84, p. 389
(696) Vargas, ob. cit., N.o 39.

efectúa por la justicia en caso de incumplimiento de una de las partes. Es esto algo que entre nosotros no cabe discutir (697), en presencia de lo dispuesto por el art. 181 de la L. O. T., que prescribe el nombramiento de los árbitros por la justicia ordinaria, a falta de acuerdo entre los contendientes, en todos los casos en que deba hacerse esa designación, sea por mandato de la ley o por convenio de las partes (698).

La ley chilena ha dispuesto para este caso una regla especial, que se aparta del régimen común de ejecución de las obligaciones de hacer y asegura la eficacia y el oportuno cumplimiento de la cláusula compromisoria (699).

Esta norma dispone que cuando no se produce avenimiento entre las partes acerca de la persona del árbitro, el juez puede substituírlas y hacer el nombramiento en su lugar. Pero ello supone que la obligación de nombrar árbitros está establecida y no se discute; si alguna de las partes la niega, el tribunal debe resolver previamente esta cuestión y sólo cuando falle que dicha obligación existe y es actualmente exigible, puede proceder a designar los árbitros.

Puede ocurrir que las partes hayan acordado que cada una nombre un árbitro por sí sola. ¿Es lícito, en este caso, que la justicia substituya a la parte rebelde en hacer el nombramiento?

---

(697) No ocurre lo mismo en Francia, donde la cuestión ha sido vivamente controvertida.

Hay quienes sostienen que la obligación de nombrar árbitros no es susceptible de ejecución forzada cuando una de las partes se resiste a cumplirla. Se fundan en las siguientes razones: a) que tratándose de una obligación de hacer, su inejecución se resuelve, según el art. 1142 del C. C. francés, en el deber de indemnizar perjuicios; b) que su cumplimiento forzado violaría el carácter esencialmente voluntario del arbitraje; y c) que la historia de la ley de 31 de Diciembre de 1925, demuestra que no puede perseguirse la ejecución forzada, porque un proyecto primitivo la permitía expresamente y en la redacción definitiva nada se dijo (Leray, ob. cit., pág. 46; Farcy, ob. cit., pág. 19; Landrau, ob. cit. pág. 109).

Sin embargo, tanto en doctrina como en jurisprudencia predomina la opinión contraria que generalmente se fundamenta del siguiente modo: a) la regla del art. 1142, sólo significa que el acreedor no puede constreñir al deudor para ejecutar una obligación de hacer, pero cuando el cumplimiento es posible sin coacción personal, sino por un acto del juez, como ocurre en este caso, es lícito perseguirlo; b) los antecedentes históricos de la ley son útiles en su interpretación, pero no autorizan para contrariar los principios generales; para estimar que no es posible la ejecución forzada de la cláusula compromisoria, debería haberse establecido esto expresamente en la ley, ya que la regla general es la contraria; y c) el nombramiento de los árbitros por el juez en caso de oposición de una de las partes no viola el carácter voluntario del arbitraje, porque éste fué libre y voluntariamente estipulado en la cláusula y al perseguirse su ejecución no se hace otra cosa que cumplir esa voluntad (Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V. N.o 1817; Robert, ob. cit., N.os 122, 123, 124 y 125; Morel, ob. cit., Nos. 40, 41 42 y 43). Estos autores observan también, que si no se acepta su tesis se quita toda importancia a la cláusula y el único medio de asegurar su eficacia sería la estipulación en ella de una cláusula penal.

En Bélgica, con los mismos textos legales que los franceses, se ha resuelto unánimemente que la ejecución forzada en naturaleza de la obligación de nombrar árbitros, es siempre posible (Bernard, ob. cit., N.os 209 y 210).

En España, a falta de ley expresa, parece admitirse que la obligación se traduce en deber de indemnizar perjuicios, (Manresa, ob. cit., t. IV, págs. 14 y 15), y no puede perseguirse la designación judicial de árbitros porque el acuerdo de arbitraje debe importar también acuerdo sobre la persona de los árbitros, (Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1683).

En Alemania, Argentina, Holanda, Italia, Inglaterra, Polonia, Uruguay y Suiza, la ley expresamente reglamenta el nombramiento de árbitros por la justicia.

(698) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1681.

(699) Vargas ob. cit., N.o 41.

Este es, precisamente, el sistema vigente en Alemania: llegada la oportunidad de nombrar los árbitros, cualquiera de las partes puede designar el suyo y comunicárselo a la otra, haciéndola requerir judicialmente para que nombre a su vez árbitro, y si pasado cierto plazo, ésta no ha hecho la designación, el juez la efectúa por ella (C. P. C., arts. 1029, 1030, 1031 y 1045). Tal era, también, el sistema imperante en Francia cuando en ese país existía arbitraje forzoso (700), y el que preconizan actualmente allí los autores que admiten la ejecución forzada de la cláusula compromisoria (701).

Es indudable que la regla del art. 181, no contempla este caso. Sabemos que el legislador quiso que los árbitros se nombraran siempre de común acuerdo por las partes y tuvo la intención de rechazar el sistema en que cada parte nombra su árbitro (702); no es extraño, pues, que no haya previsto la situación que analizamos. Sin embargo, cabe hacer en el caso una aplicación extensiva o por analogía del citado art. 181, ya que dicho precepto no es sino la expresión del propósito del legislador de asegurar la eficacia y respeto de la cláusula compromisoria mediante el nombramiento judicial de árbitros en el caso de rebeldía de las partes y la ley debe interpretarse de modo que entre todas sus secciones haya la debida correspondencia y armonía. Por lo demás, vale la pena hacer notar que la mayor parte de los tratadistas y la jurisprudencia francesa, concluyen que es posible en este caso el nombramiento de los árbitros por la justicia, basándose exclusivamente en los principios generales que reglan el cumplimieto de esta clase de obligaciones.

Cabe también preguntarse, si este medio de ejecución forzada es procedente cuando las partes han convenido que los árbitros sean nombrados por una tercera persona y ésta se niega a efectuar la designación. Es indudable que si esta persona no se ha obligado a efectuar tal nombramiento, no puede apremiársela para que lo haga (703); pero en todo caso, creemos que es ella un simple mandatario de las partes y si no cumple, vuelve a éstas la obligación de nombrar los árbitros de común acuerdo, de modo que si no lo efectúan, puede pedirse el nombramiento judicial. Por lo demás, si es lícito que el juez substituya a las propias partes, que son las únicas interesadas en el acto, con mayor razón debe admitirse que puede reemplazar a un extraño.

274 *Personas a quienes afecta la cláusula compromisoria.* — La cláusula compromisoria es un contrato y, como tal, produce sus efectos exclusivamente entre las partes y no obliga a los terceros. Sin embargo, ningún extraño puede desconocer su existencia, y ciertos terceros quedan ligados por sus efectos; así, por ejemplo, algunos sucesores de las partes, los coacreedores y los codeudores solidarios, etc. Rigen, para la cláusula compromisoria, en esta materia, los mismos principios que expusimos respecto del compromiso en los N.os 232 a 236 inclusive.

---

(700) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1682.
(701) Robert, ob. cit., N.os 122, 123, 124, 125 y 126.
(702) Véase, N.o 194.
(703) Bernard, ob. cit., N.o 266.

275 *Terminación de la cláusula compromisoria.* — (704). La cláusula compromisoria, termina:

1.o) Por mutuo acuerdo de las partes para dejarla sin efecto. Este acuerdo puede tomar diversas formas: las partes pueden revocar expresamente la jurisdicción arbitral, sea en absoluto, sea respecto de alguno de los asuntos comprometidos; pueden, también, renunciar a la cláusula compromisoria sometiendo la decisión de un asunto comprendido en ella a los jueces ordinarios; la renuncia, en estos casos, no se extiende sino al negocio respecto del cual se produjo.

2.o) Por la dictación de la sentencia arbitral respecto de todos los asuntos comprometidos; pero si éstos son varios, el fallo que decide algunos extingue la cláusula sólo respecto de ellos y la deja subsistente en lo que se refiere a los demás (705).

3.o) Por la transacción de todos los asuntos comprometidos en la cláusula, en los mismos términos que la sentencia.

4.o) Por la declaración de nulidad de la cláusula.

5.o) Por la falta de objeto sobreviniente, como cuando perece por caso fortuito la cosa controvertida, o cuando desaparece el contrato o acto principal que dió origen a la cláusula.

6.o) Por la declaración de quiebra de una de las partes, respecto de los juicios que durante la quiebra se susciten contra el fallido, si al momento de la declaratoria no se han incoado aún. (Ley de Quiebras, art. 67).

La cláusula compromisoria no termina, en cambio, por la no aceptación de los árbitros, la renuncia de éstos, la discordia entre ellos en el pronunciamiento de la sentencia, su recusación, su incapacidad sobreviniente, su muerte, la expiración del término por el que fueron nombrados, ni cualquier otro motivo que haga imposible a los árbitros cumplir el encargo, puesto que, no habiendo sido estipulada en atención a determinados árbitros, subsiste la jurisdicción arbitral y las partes deben nombrar otros.

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION CHILENA

(704) Véase N.o 237.
(705) Véase N.o 357.

Capítulo IV

DEL NOMBRAMIENTO DE ARBITROS

§ I. — *Reglas comunes a todo nombramiento*

276 *Procedencia.* — Cuando el arbitraje tiene su fuente en la ley o en una cláusula compromisoria, no puede llevarse a efecto, sin que previamente se efectúe un nombramiento de árbitros. Cuando tiene su origen en un compromiso, también requiere la constitución de un tribunal; pero no es necesario nombrar árbitros en un acto independiente, porque esto se ha hecho en el mismo compromiso.

El nombramiento de árbitros procede, en consecuencia, como acto independiente, cada vez que la ley o una cláusula compromisoria hacen forzoso para las partes el arbitraje, imponiéndoles la obligación de designar árbitros. Y debe llevarse a efecto tantas veces cuantas sean necesarias para que el arbitraje se verifique, a menos que las partes, de común acuerdo, convengan en resolver por sí mismas el objeto del arbitraje o deroguen la cláusula compromisoria.

277 *Diversas clases de nombramiento.* — El nombramiento de árbitros debe hacerse de común acuerdo, por las partes interesadas en el asunto sometido a decisión arbitral; pero si entre ellas no se produce avenimiento respecto de la persona del compromisario, corresponde hacer el nombramiento a la justicia ordinaria (L. O. T., art. 181).

En cuanto al origen del nombramiento hay, pues, dos clases distintas: el que hacen las partes de común acuerdo y el que hace el juez en desacuerdo de las partes. Hay nombramiento convencional de árbitros y nombramiento judicial.

El nombramiento por las partes puede efectuarse en un acto puramente privado o también ante la justicia. En efecto, si los interesados no convienen en la persona del árbitro, uno de ellos puede citar a los otros ante la justicia para hacer la designación, y en el comparendo que con ese fin se realice, es posible que las partes lleguen a un acuerdo y no sea necesario que el juez efectúe el nombramiento.

En estricto rigor, este nombramiento de árbitros hecho por las partes ante la justicia es también convencional, puesto que importa un acuerdo de voluntades de los interesados. Sin embargo, como exige una tramitación ante los tribunales y la intervención de éstos, aunque sea meramente pasiva, reviste los caracteres de un acto judicial.

En cuanto a la forma cómo se efectúa el nombramiento, éste puede ser, por consiguiente, extrajudicial —el que hacen las partes en una convención privada— y judicial —el que se verifica ante la justicia, sea por las partes o por el tribunal.

Combinando éstas dos clasificaciones, podemos decir que hay dos clases de nombramiento de árbitros: el convencional extrajudicial y el judicial.

278 *Nombramiento convencional extrajudicial.* — Llamamos así al que hacen las partes sin niguna intervención de los tribunales, mediante un acuerdo libre y voluntario que suscriben. Tal es, por ejemplo, el que se efectúa en el compromiso, donde las partes, junto con convenir el arbitraje, hacen designación de árbitros. Puede también tener lugar en los casos en que el arbitraje es forzoso por mandato de la ley o como consecuencia de una cláusula compromisoria. No exige que necesariamente las partes mismas concurran al acto de nombramiento; puede efectuarse por medio de mandatarios y es esto lo que ocurre cuando se ha convenido que la designación sea hecha por una tercera persona; ésta no es sino mandataria de ambas partes.

279 *Nombramiento judicial.* — Llamamos así al que se efectúa ante la justicia, sea por las partes o por el tribunal. Solamente puede tener lugar cuando hay una obligación de nombrar árbitros preexistentes, esto es, en los casos en que la ley o una cláusula compromisoria hacen forzoso el arbitraje. El nombramiento judicial no procede nunca en virtud de un simple compromiso.

280 *Nombramiento por el causante en el caso de la partición.* — En el caso de la partición, la ley autoriza una tercera clase de nombramiento de árbitro: el partidor puede ser designado por el causante en un instrumento público entre vivos o en su testamento (C. C., art. 1324; C. P. C., art. 803). (706). Esta forma de nombramiento procede sólo en la partición y no puede aplicarse a ningún otro caso.

281 *Nombramiento legal.* — Hemos visto que existen varios casos en que la ley estatuye el arbitraje forzoso de cierta autoridad que ella misma designa (707). A nuestro juicio, no puede hablarse en esos casos de nombramiento legal de árbitros, porque ellos no constituyen verdaderos arbitrajes, sino que juicios sometidos a tribunales especiales (708). Es de la esencia de los árbitros la calidad de ser jueces transitorios, cuyo nombramiento reviste siempre carácter privado.

(706) Véase sobre el particular: Silva Bascuñán, ob. cit., N.os 108 a 113; Albónico, ob. cit., N.os 28 a 45; Gaete, ob. cit., N.os 128 a 143.

(707) Véase, N.o 26.

(708) Véase N.o 26.

282 *Requisitos comunes a todo nombramiento.* — Todo nombramiento de árbitros, sea que se efectúe por las partes, por el juez o por el testador, en una convención o en un acto judicial, debe cumplir con los requisitos establecidos por el art. 183 de la L. O. T. Este precepto no distingue y su regla es absoluta.

En todo caso el nombramiento debe hacerse por escrito, siendo ésta una solemnidad del acto (709), y debe contener, bajo pena de nulidad, el nombre y apellido de las partes litigantes, el nombre y apellido del árbitro nombrado y la indicación del asunto sometido a juicio arbitral (710). Pero cuando el árbitro se nombra para cumplir una cláusula compromisoria puede expresarse en el nombramiento el asunto del arbitraje mediante una simple referencia a aquélla.

Todo nombramiento de árbitro lleva implícitas, a menos que se estipule otra cosa o que se haga en virtud de una cláusula compromisoria en que se hubiere acordado otra cosa, las cláusulas de la naturaleza que indicamos al tratar del compromiso: se entiende que el compromisario es designado en calidad de árbitro de derecho, y que debe cumplir su encargo en el lugar del nombramiento y en el plazo de dos años (L. O. T., art. 184), (711).

En todo nombramiento de árbitros pueden estipularse por las partes las cláusulas accidentales que indicamos al tratar del compromiso, siempre que se cumpla con los requisitos necesarios para convenirlas (712). Si la designación se hace en virtud de una cláusula compromisoria, se entienden reproducidas en el nombramiento las estipulaciones accidentales que aquella contuviere, pero las partes son libres para convenir otra cosa.

Debe tenerse presente, eso sí, que todas las estipulaciones que se hacen en el nombramiento de árbitros sólo tienen eficacia respecto del compromisario designado y si por no cumplir éste el encargo es preciso nombrar otro, recuperan su imperio las normas generales o las convenidas en la cláusula compromisoria, sin que el nuevo árbitro sea afectado por los convenios hechos en la designación del primero, a menos que expresamente se estipule lo contrario.

283. *Capacidad para nombrar árbitros.*—En estricto rigor, la capacidad para nombrar árbitros no tiene por qué someterse a las reglas que rigen la capacidad para celebrar compromisos y cláusulas compromisorias, puesto que al hacer el nombramiento las partes no comprometen. Esto es especialmente notorio en los casos en que la ley establece el arbitraje forzoso: al nombrar árbitros, las partes no hacen otra cosa que cumplir una obligación

(709) Véase N.os 183, 184 y 185.

(710) Véase N.os 189, 190, 192, 193, 194, 196, 197 y 198.

Nada autoriza para pensar, como hace Silva Bascuñán (ob. cit., N.o 42), que cuando el nombramiento de partidor lo hace el difunto sólo puede designarse un árbitro y no varios; ningún precepto ha establecido dicha excepción a las reglas generales.

Tampoco es lícito sostener, como hace Albónico (ob. cit. No. 35), que el causante puede designar partidor, sin expresión de su nombre y apellido, sino por la simple indicación del cargo que desempeña; en ninguna parte ha establecido la ley semejante excepción al N.o 2 del art. 183.

(711) Véase N.o 199.

(712) Véase N.os 200 a 220 inclusive.

que no pueden eludir. Otro tanto ocurre cuando están ligadas por una cláusula compromisoria: para celebrarla debieron llenar ciertos requisitos de capacidad que la ley exige y no parece lógico exigir que los llenen nuevamente cuando sólo tratan de cumplir la obligación contraída.

Sin embargo, hemos observado en otra parte (713) que nuestra ley no distingue claramente entre el acto de compromiso y el nombramiento de árbitros y suele hablar indistintamente de uno y otro. De aquí que, para evitar dificultades, parece conveniente que las partes se sometan, al nombrar árbitros, a las mismas reglas de capacidad que la ley establece para comprometer (714). Confirma esta conveniencia el hecho de que la ley exija para nombrar partidor ciertos requisitos especiales de capacidad (715). Por otra parte, tiene ello su razón de ser, ya que la elección de árbitro es, en todo caso, un acto de confianza de los interesados y reviste por ello cierta gravedad.

En nuestro concepto, la importancia del asunto se limita al caso en que uno de los interesados está sujeto a guarda, único caso en que la ley establece reglas excepcionales de capacidad para comprometer (716). Si se estima que el compromiso es acto de disposición de bienes, en cambio, la cuestión se torna de mucha trascendencia, ya que equiparándose el nombramiento de árbitros al compromiso, requerirá siempre la misma capacidad excepcional que éste.

Lo que aquí decimos de la capacidad para nombrar árbitros debe aplicarse también al mandato para hacerlo.

§ II.—*Nombramiento judicial*.

284. *Procedencia.*—Si las partes no se ponen de acuerdo para hacer extrajudicialmente el nombramiento de árbitros, estando obligadas por la ley o por una cláusula compromisoria a efectuarlo, cualquiera de ellas puede hacer citar a la otra u otras ante la justicia, a fin de proceder al nombramiento judicial.

285. *Naturaleza de la gestión judicial de nombramiento.* — En estricta doctrina, la gestión judicial de nombramiento de árbitro, cuando ningún interesado se opone a ella, es un acto de jurisdicción no contenciosa o voluntaria. En efecto, no importa controversia o contienda; en ella no hay litigio ni se pide nada contra nadie. Bien puede ocurrir que todos los interesados de común acuerdo y por un mismo escrito pidan el nombramiento judicial de compromisario; pero aun cuando así no se haga, no por esto se altera el carácter del procedimiento: si citadas las partes a comparendo no promueven oposición, sea que asistan o no a la audiencia, manifiestan implícitamente su voluntad, armónica con la del primer solicitante, de que se efectúe la designación judicial de árbitros. Si atendemos a la naturaleza de la

(713) Véase N.os 146 y 174.
(714) Véase N.os 152 a 173 inclusive.
(715) Véase N.o 174.
(716) C. C., art. 400.

gestión y a la tarea que en ella corresponde al tribunal, no de resolver una cuestión controvertida, sino más bien de completar un acto que las partes no han perfeccionado, algo semejante a la misión del tercero que determina un elemento de una convención, debemos concluir que se trata de un acto judicial no contencioso, salvo en el caso de que se promueva oposición (717).

Sin embargo, en la práctica no se ha entendido así y se considera que el nombramiento judicial de árbitros es la primera gestión del juicio arbitral y, en consecuencia, un incidente de éste y un acto de naturaleza contenciosa. Se argumenta que su objeto es provocar o abrir el juicio arbitral, el que evidentemente pertenece a la clase de actos contenciosos, y que la ley ha tratado de él al reglamentar los juicios y no en el Libro IV del C. de P. C. relativo a los "actos judiciales contenciosos" (718).

En cuanto a este último argumento, merece el reparo de que la ley se ha limitado a remitirse, para el nombramiento de los partidores, a las reglas sobre designación de peritos, sin calificar su naturaleza, y que en todo caso, el carácter de los actos se deduce de su contenido y no de su ubicación en el código.

Mayor análisis merece el aserto de que el nombramiento judicial de compromisarios constituye el primer acto del juicio arbitral. Dicho esto así, de manera absoluta, resulta inexacto: el nombramiento puede verificarse en una convención privada entre las partes y, según esta tesis, debería resolverse que en este caso el juicio arbitral se inicia por esa convención. Por otra parte, no hay inconveniente alguno para que el nombramiento se efectúe cuando aun no se ha promovido ningún litigio y es frecuente que se designe un árbitro para conocer de numerosos juicios, muchos de los cuales no se han planteado todavía ni llegan nunca a suscitarse ¿debemos considerar que en estos casos el nombramiento constituye el primer acto de todos estos juicios?

En verdad, las gestiones sobre nombramiento judicial de compromisario importan una *gestión preparatoria del arbitraje, pero de carácter previo e independiente*. Por ellas no se abre el juicio arbitral; sólo se trata de constituir el tribunal que conocerá de ese juicio. Este se inicia cuando dicho tribunal está ya constituído e instalado, por demanda que se entabla ante el árbitro competente.

Lo que en nuestro concepto puede decirse es que, haciéndose el nombramiento de compromisario con miras al juicio arbitral, que es su objeto mediato o fin último, éste le comunica su naturaleza contenciosa y le da carácter de un incidente previo (719). Consideraciones de conveniencia práctica abonan esta solución.

---

(717) C. Valparaíso, Revista, t. XXV, s. I, p. 34.

(718) C. Valparaíso, Gaceta 1912, t. II, N.o 25, p. 56; C. Santiago, Revista, t. XII, s. II, p. 41; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 127, p. 405 (un voto en contra); C. Santiago, Gaceta 1930, t. I. N.o 69, p. 285; voto Ministro Hermosilla a sentencia C. Suprema, Revista, t. XXXIV, s. I., p. 24. En el mismo sentido, Alessandri R., Fernando, "Partición de Bienes", N.o 45; Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 118.

(719) Véase: Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. 1, N.os 11 y 12.

286. *Tribunal competente.*—La gestión de nombramiento de árbitro es por su naturaleza no susceptible de determinada apreciación pecuniaria; siempre debe reputarse, en consecuencia, de mayor cuantía (L. O. T. art. 209). La competencia que esta cuantía determina no se altera, en ningún caso, por el fuero de que gocen las partes, que no se toma en cuenta en estas gestiones; sea que se las estime de carácter contencioso o voluntario se llega a la misma conclusión, aplicando los arts. 988 y 999 del C. de P. C.

De los diversos jueces de letras de mayor cuantía que existen en la República, es competente el del domicilio de cualquiera de los interesados en el nombramiento (L. O. T. arts. 212 y 219); pero si se considera contenciosa esta gestión puede alterarse dicha regla por un pacto de prórroga de la competencia (L. O. T. art. 240). Si el árbitro que se trata de designar es un partidor, es competente el juez de letras del lugar en que se hubiera abierto la sucesión del difunto (L. O. T. art. 221).

La determinación del tribunal competente sólo ofrece dificultades cuando el nombramiento debe hacerse en una ciudad asiento de Corte donde funcionan varios jueces de letras de mayor cuantía: si se considera contencioso el asunto, la demanda debe presentarse a la secretaría de la respectiva Corte de Apelaciones, a fin de que se designe el juez a que corresponde su conocimiento (Ley de 13 de Enero de 1897, art. 4); si se la califica de no contenciosa, la gestión debe iniciarse directamente ante el juez de turno (Ley de 14 de Septiembre de 1898, art. 1).

Dentro del criterio seguido por nuestra jurisprudencia debe aplicarse el primer sistema, que es también el que aconseja la conveniencia práctica, pues da mayores garantías a los interesados. Sin embargo, si en el hecho se promueve la gestión ante el juez de turno y las demás partes no reclaman, se prorroga la competencia y no puede después impugnarse la designación que ese tribunal efectúe.

287. *Procedimiento.*— La L. O. T. dispuso que "en los casos en que no hubiere avenimiento entre las partes respecto de la persona en que haya de recaer el encargo, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, debiendo en tal caso recaer dicho nombramiento en un solo individuo y diverso de los indicados por las partes" (art. 181). Igual cosa prevenía el C. C. en cuanto a la designación de partidores (art. 1325).

Estos preceptos no señalaban, sin embargo, el procedimiento a que debería sujetarse la gestión judicial de nombramiento de árbitros.

El C. P. C. salvó este silencio, respecto de los partidores, disponiendo que "cuando hubiere de nombrarse partidor, cualquiera de los comuneros ocurrirá al tribunal que corresponda pidiéndole que cite a todos los interesados, a fin de hacer la designación, y se procederá a ella en la forma establecida para el nombramiento de peritos" (art. 803).

Aunque esta regla trata sólo de los partidores, que son una especie de árbitros, se ha resuelto unánimemente por los tribunales, mediante una

interpretación extensiva de su disposición, que es aplicable a toda clase de árbitros (720).

Hay, pues, un procedimiento especial para el nombramiento judicial de árbitros: el prevenido para los peritos por los arts. 416 y siguientes del C. P. C. Es un procedimiento de naturaleza sumaria: se cita a las partes a una audiencia que se verifica con sólo las que asistan; si en ella no se ponen de acuerdo los interesados en la persona del árbitro, hace la designación el tribunal.

288. *Citación a comparendo.*—La gestión se inicia con la solicitud que al tribunal hace una de las partes, o varias juntas, o todas de común acuerdo, para que cite a comparendo a fin de designar árbitros. El juez, por un simple decreto (721), accede a lo pedido y señala día y hora para la audiencia.

Esta resolución debe notificarse personalmente (C. de P. C. art. 42) a a todos los interesados que no hubieren concurrido a solicitarla y, en caso de incapacidad de alguno de ellos, a su representante legal (722).

Si no se cita en forma legal a alguno de los interesados, el nombramiento de árbitros, que por los otros se efectúe, le es inoponible. Ya vimos en otra parte como la jurisprudencia, luego de establecer que se trataba en el caso de una nulidad contractual que generalmente calificaba de absoluta, ha llegado a admitir, en el último tiempo, que dicho nombramiento no es nulo, sino simplemente inoponible a las partes que no fueron legalmente citadas ni concurrieron a efectuarlo. El interesado a quien no se toma en cuenta en la designación de árbitro no queda sujeto a la jurisdicción de éste; a él no le empece el nombramiento ni lo que ante el árbitro o por éste se efectúe. Nos remitimos a lo expresado en los números 147 a 150 inclusive.

289. *Objeto del comparendo.*—El comparendo tiene por objeto informar al tribunal de la voluntad de las partes respecto al nombramiento de árbitros y, si es posible, obtener que la designación se haga de común acuerdo por todos los interesados.

La audiencia se verifica con sólo las partes que asistan. En ella se determina, primeramente, la procedencia del nombramiento de árbitros. Si no hay oposición y asisten todos los interesados, no procede a fijar en seguida, por acuerdo unánime, las bases o condiciones generales de la designación. A falta de convenio entre todas las partes, decide sobre el particular el juez, aplicando lisa y llanamente las reglas legales y, además, en caso de existir cláusula compromisoria, las que ésta contuviere sobre la materia.

En último término se procede a la elección de los árbitros y si todas las partes no se ponen de acuerdo, hace la designación el tribunal.

---

(720) En la práctica, esto parece no haber ofrecido dudas, porque no hemos hallado sentencias en que se resuelva alguna discusión al respecto. Con todo, la C. Santiago lo ha declarado expresamente, Gaceta 1930, t. I, N.o 69, p. 285.

(721) Se limita a dar curso progresivo a los autos sin decidir ni prejuzgar ninguna cuestión debatida entre partes.

(722) C. Talca, Gaceta 1910, N.o 1240, p. 1036.

290. *Desarrollo.*—La actitud que los interesados adopten ante el nombramiento de árbitros puede determinar tres situaciones distintas: a) acuerdo entre las partes; b) desacuerdo entre las partes, y c) oposición al nombramiento.

a) Acuerdo entre las partes

291. *Nombramiento por las partes.*—Si al comparendo asisten todos los interesados y, reconociendo su obligación de nombrar árbitros, se ponen de acuerdo sobre la persona del compromisario, hacen el nombramiento por sí mismos.

A esta designación por las partes no obstan los desacuerdos que en el comparendo se produzcan entre ellas respecto del número de árbitros que deban nombrarse y de la calidad, aptitudes o títulos que deban tener (723), como de cualesquiera otras estipulaciones accidentales. Estas divergencias son resueltas por el tribunal: si el nombramiento se hace por mandato de la ley, debe designarse un solo árbitro que reúna los requisitos legales de capacidad; si se efectúa en virtud de una cláusula compromisoria, debe estarse a lo prevenido en ésta y a las normas de la ley, o sólo a estas últimas, si en la cláusula no se dijere nada.

b) Desacuerdo entre las partes

292, *Cuando existe desacuerdo.*— Hay desacuerdo cuando, asistiendo todas las partes al comparendo, no se logra avenimiento entre ellas respecto de la persona del árbitro (C. de P. C. art. 416); éste es el que podríamos llamar desacuerdo expreso o real.

Al lado suyo, la ley contempla otro, tácito o presunto: se presume que no están de acuerdo las partes cuando no concurren todas a la audiencia sobre nombramiento de árbitro (C. de P. C. art. 417).

293. *Nombramiento por el tribunal.*— En caso de desacuerdo de las partes, sea expreso o tácito, el nombramiento de árbitros se hace por el tribunal, aunque en la citación se haya apercibido que si falta algún interesado harán el nombramiento los que asistan; este apercibimiento no tiene ningún valor (724).

Para que la designación judicial proceda, es preciso que el desacuerdo se produzca en el comparendo, ya por divergencias entre los asistentes, ya por inasistencia de uno o más interesados. El juez no puede excusarse de citar a comparendo a pretexto de que en los escritos de las partes aparece manifiesto o expreso el desacuerdo; la ley quiere que en todo caso se verifique la audiencia y por esto dispone que se lleve a efecto con sólo los interesados

(723) Se ha dicho que la regla del art. 416 no rige en esta parte para el nombramiento de árbitros, porque la propia ley determina los requisitos que deben cumplir los compromisarios (Gaete, ob. cit., N.o 170; Silva Bascuñán, ob cit., N.o 124). Este es un error, ya que las partes son libres para convenir que los árbitros reunan otras condiciones, además de las dispuestas por la ley.

(724) Gaete, ob. cit., N.o 166.

que asistan, vale decir, aun cuando haya desacuerdo tácito—luego veremos con qué objeto.

Pero si a consecuencia del desacuerdo producido en la audiencia queda el juez de designar árbitro y antes de que lo haga, las partes se avienen y presentan al tribunal un escrito haciendo por sí el nombramiento, el tribunal pierde la facultad de efectuarlo. Así se ha fallado (725), con acierto, ya que en este caso ha desaparecido el desacuerdo. Y si posteriormente uno de los interesados retira su firma de ese escrito, no recupera el tribunal su poder de nombrar compromisario (726), porque la designación ya está hecha y es una ley para las partes que no puede ser revocada sino por el convenio unánime de todos los otorgantes (C. C. art. 1445; L. O. T. art. 189).

294. *Facultades del juez.*—El tribunal tiene la misión de hacer el nombramiento de árbitros y de resolver todas las otras desaveniencias que en el comparendo se produzcan entre las partes.

Pero su facultad para resolver las divergencias es bien reducida. En efecto, sólo debe limitarse a aplicar las reglas establecidas en la ley y en la cláusula compromisoria, si ésta existe.

Si no hay acuerdo sobre el número de árbitros que deben designarse, ordena nombrar uno solo, a menos que en la cláusula compromisoria se haya acordado otra cosa, en cuyo caso se estará a ésta (727).

Si hubiere disputa sobre los requisitos que han de reunir los árbitros, al juez le bastará con nombrar uno que reúna en sí las exigencias legales; pero si hubiere cláusula compromisoria en la que se hubieren acordado otras condiciones, como por ejemplo, la de que el árbitro sea técnico en ciertas materias, o sea persona que desempeñe determinado cargo, deberá respetar dichas estipulaciones y nombrar a individuos que cumplan tales condiciones (728).

Si se manifestaren divergencias acerca de la calidad y facultades que se otorgará al compromisario, el juez sólo podrá nombrar un árbitro de derecho (729); salvo que hubiere una cláusula compromisoria en la cual las partes hayan expresado su decisión de someterse a arbitradores o a árbitros mixtos, caso en el cual dará estas calidades al tribunal que designe.

Igualmente, si se discute sobre el plazo que se dará a los árbitros para fallar, sobre el lugar en que desempeñarán su encargo, o sobre cualesquiera otras estipulaciones accidentales, el tribunal resolverá ateniéndose lisa y llanamente a las normas de la ley, a menos que exista cláusula compromisoria en que se hubiere convenido otra cosa, pues entonces acatará lo acordado en ella.

Más amplias facultades tiene el juez para elegir la persona misma del árbitro; pero también en esto está sujeto a ciertas restricciones.

---

(725) C. Concepción, Gaceta 1920, t. II, N.o 149, p. 634.

(726) Mismo fallo.

(727) L. O. T. art. 181; C. C. art. 1325; Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 126; Gaete, ob. cit., N.o 182.

(728) Vargas, ob. cit., N.o 43.

(729) C. Talca, Gaceta 1907, N.o 1024, p. 630; C. Talca, Gaceta 1908, N.o 402, p. 684.

295. *Limitaciones a que está sujeto el juez al nombrar árbitro.*— El tribunal que hace el nombramiento judicial de árbitros está sujeto a dos limitaciones fundamentales.

En primer término, debe respetar en el nombramiento todas las condiciones que las partes hubieren estipulado, sea en la cláusula compromisoria o en el mismo comparendo. Aun en el caso de estar en desacuerdo sobre la persona del árbitro, los interesados pueden en la audiencia, si asisten todos a ella, convenir normas sobre el número de compromisarios, sus requisitos, sus facultades, etc. El juez debe acatar estas reglas y, a falta de ellas, debe estarse a las disposiciones de la ley.

En segundo término, el juez no puede nombrar a ninguna de las dos primeras personas que hubieren sido propuestas por cada parte (C. P. C. art. 416).

La L. O. T. y el C. C. establecían esta limitación de manera más amplia, pues según sus disposiciones (arts. 181 y 1325, respectivamente), el juez que nombraba árbitro o partidor no podía elegir a ninguna de las personas propuestas por las partes. El C. P. C., al someter el nombramiento de partidor a las normas sobre designación de peritos, redujo esta traba a su extensión actual: el juez no puede nombrar a ninguna de las *dos primeras personas* propuestas por cada parte. Puede estimarse que la ley procesal ha venido a reglamentar y precisar el alcance de la ley sustantiva, evidentemente con el propósito de asegurar la seriedad de las impugnaciones y evitar abusos que dificulten la constitución del tribunal arbitral. Respecto de los árbitros que no son partidores, aunque en estricto rigor la aplicabilidad de estas reglas del C. P. C. a su nombramiento puede merecer reparos, porque el art. 181 de la L. O. T. subsiste y no está ni tácitamente derogado, en la práctica no ha sido objetada y es a todas luces conveniente.

Se ha discutido si esta limitación rige para el juez siempre que deba hacer el nombramiento, aún en el caso de desacuerdo tácito por no asistir uno o más interesados al comparendo, o sólo en el caso de desacuerdo expreso entre las partes.

Algunos fallos (730) han establecido la doctrina de que la prohibición contenida en el inciso segundo del art. 416 del C. P. C. para nombrar a las dos primeras personas propuestas por cada parte, no puede tener cabida en el caso de falta de asistencia al comparendo de uno o más interesados, ya que en este caso los asistentes no pueden proceder al nombramiento y, por consiguiente, carecen del derecho de proponer.

Estimamos equivocada esta opinión, que a nuestro juicio es hija de un concepto erróneo acerca del objeto del comparendo. Si éste se efectuara sólo con el fin de obtener el acuerdo entre las partes sobre la persona del árbitro, el razonamiento indicado sería inobjetable. Pero el comparendo no persigue únicamente dicho objetivo y tanto es así que la ley ha dispuesto que se verifique aún cuando no asistan todos los interesados, esto es, cuando exista de antemano desacuerdo y sea imposible superarlo. Es que la audiencia se

(730) C. Suprema, Gaceta 1908, t. II, N.o 1064, p. 743; C. Valdivia, Gaceta 1908, t. I, N.o 529, p. 773; C. Valdivia, Gaceta 1908, t. II, N.o 478, p. 803; C. Concepción, Gaceta 1905, t. II, N.o 949, p. 302.

hace principalmente para proporcionar a las partes una ocasión de expresar su voluntad respecto del nombramiento de árbitros, ya que éste en lo posible debe ser convencional y responder a la intención de los interesados.

Dentro del mecanismo establecido por el Código, el derecho de proponer que se confiere a las partes puede ejercitarse con un doble fin: ya para obtener que se nombre al propuesto, ya para rechazar a determinada persona (731). No es lógico afirmar, por consiguiente, que en los casos en que no pueda alcanzarse el nombramiento de común acuerdo las partes carecen del derecho de proponer. ¿Para qué se haría la audiencia en tales casos? Si ello fuera cierto debería resolverse que, cuando asistiendo todos los interesados al comparendo, se manifiesta desde el primer momento el desacuerdo porque uno de los asistentes declara no aceptar a ninguno de los que se propongan, ni ése ni los demás pueden proponer a nadie para inhabilitarlo, solución legalmente inadmisible porque está reñida con el texto expreso del art. 416 del C. P. C.

Ahora bien: lo que no es lícito en este caso ¿deberá admitirse en el otro, enteramente semejante?

El tenor de la ley no lo autoriza: el art. 417 presume "que no están de acuerdo las partes cnando no concurren todas a la audiencia" y preceptúa que " en tal caso habrá lugar a lo dispuesto en el segundo inciso" del artículo anterior, el cual a su vez dice textualmente que "si las partes no se pusieren de acuerdo sobre la designación de las personas, hará el nombramiento el tribunal, no pudiendo recaer en tal caso en ninguna de las dos primeras personas que hubieren sido propuestas por cada parte". El C. P. C. no contiene dos reglas distintas para los casos de desacuerdo expreso y tácito, sino por el contrario, el art. 417 manda de modo imperativo que se aplique íntegramente al caso de desacuerdo tácito la regla del inc. 2.o del art. 416 dada para el desacuerdo expreso. El precepto legal no distingue y al intérprete no es lícito hacerlo.

La sana razón lo aconseja así también, ya que resulta absurdo que el acto de una parte—su inasistencia al comparendo—prive a las otras de su derecho de inhabilitar a las personas que no merezcan su confianza, y es peligroso que valiéndose de este medio pueda un interesado obtener el nombramiento de un árbitro favorable, que de otro modo no le sería posible conseguir porque las demás partes se lo impedirían.

Y si la letra de la ley es clara, su espíritu lo es más aun y repudia toda distinción. El arbitrajé se caracteriza esencialmente porque el tribunal, vale decir, los árbitros, son jueces de la confianza de las partes. Se traicionaría la esencia de la institución si el juez pudiera imponer a las partes el arbitraje de personas que inequívocamente carecen de su confianza y han merecido su rechazo.

La Corte de Talca ha acogido esta doctrina (732), que también es sostenida por Silva Bascuñán (733), Benavente (734) y Gaete (735). Y, con-

(731) Gaete, ob. cit., N.o 179.
(732) Revista, t. X, s. II, p. 43.
(733) Ob. cit., N.o 129.
(734) Ob. cit., p. 60.
(735) Ob. cit., N.o 181.

formándose a ella, la Corte de Santiago ha resuelto que si no concurren todos los interesados al comparendo, los asistentes no pueden nombrar por sí mismos al árbitro ni el juez puede limitarse a aprobar y hacer suya la designación hecha por éstos (736).

Si el juez, en el caso de desacuerdo expreso o tácito, niega a los asistentes el derecho de proponer, o designa árbitro a alguna de las dos primeras personas propuestas por cada parte, el nombramiento que haga adolece de nulidad procesal.

296. *Impugnación del nombramiento judicial.*— Considerando la gestión judicial de nombramiento de árbitros como de naturaleza no contenciosa, debemos resolver que la resolución en que el juez designa compromisario es una sentencia definitiva de las que se rigen por el art. 998 del C. P. C., que debe notificarse a las partes por cédula (C. de P. C. art. 51) y que es susceptible de los recursos de apelación y casación conforme a las reglas generales (C. de P. C. art. 994).

En la práctica, sin embargo, estimándose a dicha gestión como un incidente del juicio arbitral, según hemos visto, se califica de sentencia interlocutoria a la resolución judicial que designa árbitros (737), se la notifica a las partes por su simple inclusión en el estado diario y se niega el recurso de casación en su contra, ya que no pone término al juicio ni hace imposible su continuación (738).

Notificado el nombramiento a las partes, éstas tienen el término de tres días fatales para impugnarlo; si no lo hacen dentro de ese plazo, se entiende que aceptan la designación del juez (C. P. C. art. 418).

No creemos, sin embargo, que ésta sea la única oportunidad en que las partes puedan reclamar de las incapacidades que afectan al árbitro nombrado. La regla es ésa respecto de los peritos, cuyas innhabilidades pueden ser renunciadas por las partes (C. P. C. art. 414); pero los requisitos de capacidad que la ley establece para ser árbitro no son renunciables por los interesados. Si éstos, por sí mismos, designan árbitro a uno de ellos o a un magistrado que según la ley no puede desempeñar estas funciones, el nombramiento adolece de nulidad absoluta susceptible de reclamarse hasta dentro de quince años; resulta absurdo que si esa misma designación es hecha por el juez, las partes pierdan en tres días el derecho de impugnarla (739).

No creemos, tampoco, que dentro de este plazo de tres días fatales deban hacerse valer las implicancias y recusaciones contra el árbitro nombrado, ya que la ocasión para deducir éstas se rige por reglas propias y distintas.

Dicho plazo, a nuestro juicio, debe aplicarse sólamente para el reclamo de los vicios procesales de que adolezca el nombramiento de árbitros. Si hizo la designación un juez absolutamente incompetente, o el tribunal la efectuó

(736) Citada por Otero, ob. cit., 1.er apéndice, t. II, p. 1014.

(737) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 271; Alessandri, Fernando, Partición de Bienes, N.o 48; Gaete, ob. cit. N.o 182.

(738) Sin embargo, la C. Suprema ha resuelto que procede acoger la casación por ultrapetita contra un nombramiento que concede al árbitro más facultades u otras facultades que las que las partes solicitaron. Revista, t. XXXVII, s. I, p. 36).

(739) Véase N.o 110.

sin previo comparendo, o negó a las partes el derecho de proponer, o designó a una de las dos primeras personas propuestas por cada parte, o concedió al árbitro más facultades u otras facultades que las que las partes acordaron, este nombramiento debe objetarse dentro de tres días y en caso contrario sus defectos se sanean. Lo cual, sin embargo, no rige para el reclamo de aquellos vicios que han impedido la formación de la relación procesal, como la falta de emplazamiento de una de las partes, la incapacidad de éstas o la falta de jurisdicción del tribunal, vicios susceptibles de ser impugnados en todo momento (740).

Sin perjuicio de lo dicho, los interesados tienen, contra la resolución que designa árbitros, los recursos de apelación y casación que pueden interponer según las reglas generales.

c) Oposición de uno o más interesados

297. *Causas de oposición.*— Citado a comparendo para designar árbitro, cualquiera de los interesados puede oponerse al nombramiento, ya porque niega la existencia de las circunstancias que hacen procedente el arbitraje— de la comunidad, por ejemplo—o de cualquier vínculo jurídico con los demás interesados—como si desconoce ser parte en la cláusula compromisoria o alega la nulidad de ésta—, ya porque impugna la procedencia del nombramiento en el caso concreto—afirmando que no es de arbitraje forzoso o no está comprendido en la cláusula compromisoria—, ya porque no admite la procedencia actual de la designación—v. gr. sosteniendo que hay un pacto de indivisión o que no se ha producido ninguno de los litigios comprometidos en la cláusula, ya porque considera caducada la obligación de nombrar árbitros—expresando que ya se ha designado un compromisario o que el negocio ha sido resuelto.

En todo caso la oposición, cualquiera que sea el fundamento que se le dé y la forma como se plantee, importa precisamente el *rechazo de la obligación de nombrar árbitros,* sea desconociendo de modo absoluto su existencia o eficacia, sea negando su exigibilidad en el caso concreto o en el momento actual, sea sosteniendo que está cumplida o caducada. Presume así, la oposición, una controversia sobre si existe o no, para el caso concreto y en el momento actual, la obligación de nombrar árbitros.

Pueden también oponerse a la citación, naturalmente, excepciones dilatorias. Sin embargo, es preciso evitar que se disfrace con esta forma una excepción de fondo. En efecto, suele alegarse como incompetencia del tribunal la circunstancia de no ser procedente el nombramiento, porque el caso no es de arbitraje forzoso, porque ya hay otro árbitro nombrado para el asunto o por cualquier otro motivo. Esta no es propiamente una excepción de incompetencia y a nadie debe engañar: lo que se persigue en ella es que, cuando el tribunal haya declarado que es competente, sea posible formular de nuevo la oposición como asunto de fondo. En realidad, la cuestión de competencia constituye en estos casos un rechazo de la obligación de nombrar árbitros y plantea el problema de fondo que el tribunal debe resolver: ¿debe o no efectuarse la designación de compromisarios?

(740) Santa Cruz, ob. cit., N.o 48 a 53 inclúsive.

298. *Efecto de la oposición.—Tramitación.*—En verdad, la oposición convierte la gestión sobre nombramiento de árbitros en un asunto contencioso. Sólo cuando se formula oposición nace una controversia y la solicitud de que se designe compromisario aparece como dirigida contra determinadas personas. Ateniéndonos rigurosamente a los principios, debiéramos aplicar en el caso el art. 995 del C. P. C.: el negocio cambia de naturaleza y debe sujetarse a los trámites del juicio que corresponda. La cuestión de averiguar si existe y es exigible la obligación de nombrar árbitros es de lato conocimiento y no teniendo señalada por la ley una tramitación especial queda sujeta a las reglas del juicio ordinario (C. de P. C. art. 3) (741). Pero como por su naturaleza requiere una tramitación rápida para que sea eficaz, ya que importa una cuestión previa para entrar a otro juicio, que es el perseguido por el demandante, debe someterse al procedimiento sumario (C. P. C. art. 838 N.o 3).

No es éste, sin embargo, el criterio que generalmente se sigue. Considerándose la gestión de nombramiento de árbitros, desde su origen, como un incidente del futuro juicio arbitral, no puede reputarse que la oposición altera la naturaleza del negocio, ya que no es sino parte de ese incidente. Pero ¿cómo se tramita? Existe al respecto una verdadera anarquía de pareceres.

Algunas veces los tribunales proceden como si se tratara de un simple incidente; se habla, así, del *"incidente sobre nombramiento de árbitros"* y del *"incidente sobre oposición al nombramiento de árbitros"* y se califica de interlocutorias a las sentencias que los fallan (742). Sin embargo, como no se les escapa la gravedad que reviste el hecho de que se resuelva incidentalmente una cuestión que por su naturaleza es de lato conocimiento, a menudo reservan expresamente a las partes el derecho de discutir de nuevo la cuestión en un juicio ordinario (743).

En otras ocasiones, considerando al carácter de la controversia que por la oposición se provoca, los tribunales disponen que se resuelva en *juicio ordinario* y suspenden, entre tanto, el nombramiento del árbitro (744).

De acuerdo con este mismo criterio general, la Corte Suprema ha fallado en un caso que las cuestiones jurídicas que surgen de la oposición no

---

(741) Así lo ha resuelto la C. de Valparaíso. La C. Suprema rechazó un recurso de casación contra este fallo; pero sin considerar el fondo de lo resuelto en él, sino ateniéndose únicamente a su naturaleza procesal. Revista, t. XXV, s. I, p. 34.

(742) C. Suprema, Gaceta 1903, t. II, N.o 2291; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 127, p. 405; C. Tacna, Gaceta 1916, t. I, N.o 127, p. 405; C. Suprema, Gaceta 1924, t. II, N.o 63, p. 367; C. Suprema, Revista, t. XXVII, s. I, p. 93; C. Suprema, Revista t. XXXII, t. I, p. 530.

(743) C. Sup., Gaceta, t. I, Nos 61 y 62, pgs. 164 y 168; C. Sup., Gaceta 1917, t. II, N.o 2, p. 5; C. Sup., Gaceta 1928, t. II, N.o 29, p. 176; C. Sup., Gaceta 1934, t. II, N.o 4, p. 22.

(744) C. Concepción, Revista, t. IV, s. II, p. I; C. Sup., Revista. t. IV, s. I, pág. 41; C. Talca, 1914, N.o 372, p. 1042; C. Valparaíso, G. 1917, T. II No 268, p. 822; C. Iquique, Gaceta 1919, t. I, N.o 1142, p. 447; C. Valdivia, Revista, t. XXIV, s. II, p. 12 (anula de oficio un fallo que decidía oposición como incidente, disponiendo que se resuelva en juicio ordinario); C. Sup., Gaceta 1930, t. I, N.o 21, p. 86; C. Concepción, Gaceta 1933, t. I, N.o 93, p. 381; C. Sup., Revista, t. XXXIV, s. I, p. 24.

Este último fallo expresa que "no es incidente dilatorio sino una cuestión de carácter previo la que se promueve al oponerse a la designación de árbitros para liquidar una asociación cuya existencia misma se niega; y no habiéndose fijado a esta oposición un procedimiento especial, debe someterse a los trámites del juicio ordinario declarativo de derecho".

pueden debatirse en forma incidental; pero como por su naturaleza son de urgente y breve sustanciación, no deben someterse a los trámites del procedimiento ordinario sino a los del juicio sumario que rige el art. 838 del C. P. C. (745). Lo mismo opinó el Ministro de la Corte de Tacna, Sr. A. G. Sepúlveda, en su voto disidente a una sentencia de ese tribunal (746).

Con un propósito semejante al que se manifiesta en las opiniones recién vistas, que pretenden evitar que el litigante de mala fe prolongue indefinidamente la gestión de nombramiento de árbitros, no han faltado quienes preconicen un sistema mixto. Así, el Ministro de la Excma. Corte Suprema, don Gregorio Schepeler, en un voto disidente a sentencia de 20 de Abril de 1930, estimó que la "oposición no puede resolverse sin oír al demandante: si en esa oposición se trata de una materia propia de un incidente, o sea, accesoria al juicio, se resolverá como tal; si después de discutida por las partes aparece que es de lato conocimiento, se mandará que se presenten en forma, y por fin, habrá casos en que aparentemente se trate de un asunto para el cual sea preciso un juicio ordinario y en que la audiencia de la otra parte demuestra que no es así". El Sr. Schepeler fundamenta su opinión haciendo ver con evidente razón, que "el citado a comparendo que con mala fe desea prolongar el estado de indivisión, fundará su oposición en forma grave, por falsa que sea, y si no se da ocasión al demandante para debelar esa falsedad, incidentalmente, satisfaría aquél su injusto deseo por tiempo más o menos largo, lo que se evitaría en la medida en que la ley lo permite tramitando la oposición como incidente". (747). Lo mismo ha fallado la Corte de Santiago (748).

En nuestro concepto, la controversia que se suscita en virtud de la oposición al nombramiento de compromisario no constituye un simple incidente, porque no es una cuestión accesoria a otra, sino un asunto de carácter principal e independiente. En efecto ¿incidente de qué cosa sería esta controversia? ¿Acaso del futuro arbitraje? Evidentemente que no, ya que lo que se discute es precisamente una cuestión previa sobre si procede o no constituir el tribunal arbitral, asunto que no puede considerarse accesorio de la contienda que se ha de ventilar en el arbitraje. En el juicio arbitral se discutirá, por ejemplo, la manera de dividir una comunidad, o la existencia de un crédito impugnado, o la seriedad de las cuentas de un mandatario; mientras que lo que ahora se trata de ver es, simplemente, si dicha comunidad existe, o si es válida la cláusula compromisoria, esto es, si procede o no el arbitraje.

¿Será acaso un incidente de la propia gestión sobre nombramiento de árbitro? En verdad, lo que se plantea aquí es la materia de fondo de esa gestión que, quiérase o no, desde que alguien se opone al nombramiento, cambia de naturaleza. Cuando se cobra cierta suma de dinero a una per-

(745) C. Sup., Revista, t. XXXII, s. I, p. 172.
(746) Gaceta 1916, t. I, N.o 127, p. 405.
(747) Gaceta 1930, t. I, N.o 21, p. 86.
(748) Gaceta 1930, t. I, N.o 69, p. 285. Según este tribunal, "el procedimiento que se ha de seguir en estos casos depende del mérito de los autos, según los cuales el tribunal apreciará si se necesita o no de otros antecedentes o de un juicio ordinario para el cabal conocimiento de la procedencia o improcedencia del arbitraje que se trata de constituir"

sona y ésta niega adeudarla, se suscita una contienda sobre si el demandado debe o no dicha cantidad, y ésta no es una cuestión accesoria, sino el asunto de fondo que en el juicio se ventilará. De igual modo, cuando con el fin de hacer una partición o de cobrar un crédito que se ha sometido a arbitraje en una cláusula compromisoria, se pide nombramiento de árbitro, si un interesado se opone alegando que la comunidad no existe o que la cláusula compromisoria es nula, se promueve como asunto de fondo y objeto principal de la gestión el de determinar la existencia de la comunidad o la validez de la cláusula. El procedimiento para nombrar árbitros se convierte *en un litigio sobre si procede o no hacer su nombramiento*, y si hasta entonces pudo considerársele, por una ficción, como incidente del futuro arbitraje, adquiere ahora toda la fisonomía de un *juicio independiente, distinto y de lato conocimiento.*

Tampoco creemos admisible la práctica de fallar incidentalmente la oposición reservando a las partes sus derechos para un juicio ordinario. El asunto que la oposición promueve tiene *carácter previo*: no parece aceptable que se nombre árbitros antes de saber de manera cierta y definitiva si debe o no hacerse dicho nombramiento, y se causa un serio perjuicio a las partes si se constituye un arbitraje que resulta después improcedente. Obsérvese, en especial, que los interesados no podrían excusarse de pagar sus honorarios al árbitro, aunque fuera inútil lo actuado por éste.

No nos parece aceptable, tampoco, que se entre a considerar la seriedad y fundamentos de la oposición para elegir el procedimiento a que se le sujetará. Por muchas razones de utilidad práctica que así lo aconsejen, no se puede olvidar que lo que determina el procedimiento es la naturaleza de la gestión y el juez no es libre para preferir el que se le antoje: lo que de por sí no es un incidente, sino una cuestión principal de lato conocimiento, no puede ventilarse de modo incidental.

Tratándose de un juicio que no tiene señalado por la ley una tramitación especial, debe someterse al procedimiento ordinario (C. P. C. art. 3). Sin embargo, como es éste un asunto que por su naturaleza requiere tramitación rápida para que sea eficaz, cae en la órbita del N.o 3 del art. 838 del C. P. C. y le son aplicables las reglas del *juicio sumario* (749). No necesita demostrarse que la acción deducida para que se nombren árbitros es por su naturaleza de las que necesitan urgente decisión, ya que sólo tiende a hacer posible la iniciación de un nuevo juicio que es el perseguido por el solicitante y la demora puede frustrar los propósitos de éste y burlar sus legítimos derechos.

Creemos, pues, que tanto teórica como prácticamente es ésta la mejor solución: debe tenerse la solicitud de nombramiento de árbitros como demanda y la oposición como respuesta, y seguirse adelante el procedimiento conforme a las normas del juicio sumario. En doctrina, es lo que corresponde a la naturaleza del litigio, que siendo de lato conocimiento, necesita urgente solución. En la práctica, satisface en lo posible los anhelos de rapidez sin descuidar la solidez del fallo, y ofrece al efecto, la elasticidad apropiada para que el tribunal, preocupándose de dar pronta solución, la dicte con pleno co-

(749) En este mismo sentido, Vargas, ob. cit., N.o 44.

nocimiento. Con este fin, el tribunal puede hacer uso del derecho que le otorga el art. 839 del C. P. C. de convertir el procedimiento en ordinario si existen motivos fundados para ello (750).

299. *Fallo de la oposición.*— La sentencia que resuelve la oposición tiene el carácter de definitiva, ya que pone fin a la instancia decidiendo la cuestión controvertida, esto es, declara si debe o no procederse al nombramiento de árbitro.

Nos parece erróneo sostener, como se ha fallado, que esta decisión "no resuelve una cuestión sometida a juicio" ya que "lejos de poner término a un litigio, considera que procede su curso, procurando la designación del juez que debe conocer de él" (751). Con la misma lógica podría resolverse que la sentencia que falla un juicio ordinario declarativo no es definitiva, puesto que abre el camino a un nuevo juicio de carácter ejecutivo que servirá al demandante para obtener lo que desea; o que tampoco lo es la que declara la obligación de rendir cuentas, porque da lugar a un nuevo procedimiento en que la rendición se haga. Pero esta opinión sólo podría valer en el caso de que el fallo sea favorable al actor; pero no cuando rechace su petición, pues en este evento no da curso a ningún juicio, sino que, precisamente, le cierra las puertas. Esto solo demuestra el equívoco del aserto, ya que resulta absurdo admitir que una misma resolución judicial, decisoria de una misma cuestión, cambie de naturaleza jurídica según sea afirmativa o negativa. Lo cierto es que *al fallar la oposición el tribunal pone término a una disputa entre las partes acerca de la procedencia del nombramiento de árbitros*, en que unas sostienen la obligación de efectuarlo y otras la niegan: el juez declara si esa obligación debe cumplirse o no y ordena efectuar la designación o dispone que no se verifique.

Contra esta sentencia proceden los recursos de apelación y casación según las reglas generales. Cuando rechaza la oposición, ordenando nombrar árbitros, la apelación sólo debe concederse en el efecto devolutivo (C. P. C. arts. 217 y 849). El recurso de casación en la forma, en cambio, suspende el cumplimiento de lo resuelto, salvo que la parte favorecida con el fallo de fianza de resultas a satisfacción del tribunal que dictó la sentencia recurrida (C. P. C. art. 948, inc. 2.o).

300. *Ejecución de la sentencia.*—Cuando la sentencia que ordena nombrar árbitros queda ejecutoriada o causa ejecutoria, cualquiera de los interesados puede pedir al tribunal que la dictó en primera instancia, que cite

(750) El art. 915 del proyecto de C. P. C., elaborado por la Comisión que preside don Humberto Trucco, acoge precisamente esta solución, disponiendo: "Si alguno de los interesados desconoce la obligación de concurrir al nombramiento, sea por haber árbitro nombrado, por no ser válida o eficaz la cláusula compromisoria o por cualquiera otra causa, debe formular su oposición precisamente en el comparendo. El tribunal, después de oír a los asistentes, procederá conforme a las reglas del juicio sumario, las que se aplicarán también a todos los trámites posteriores, teniendo como demanda la petición de nombramiento de árbitros, como demandantes a los que la hayan formulado y a los interesados que no la resistieren y como contestación a la demanda la oposición".

(751) C. Sup., Revista, t. XXXII, s. I, p. 30; C. Sup., Revista, t. XXVII, s. I, p. 93; C. Sup., Gaceta 1928, t. II, N.o 29, p. 176.

a comparendo a fin de efectuar la designación. Rigen entonces las reglas que vimos en las letras a) y b) del párrafo II de este Capítulo (N.os 284 a 296 inclusive). La gestión de nombramiento tiene en este caso el carácter de incidente sobre ejecución de la sentencia que lo ordena.

III.—Aprobación judicial del nombramiento extrajudicial.

301. *Casos, tribunal competente y procedimiento.*—Hay ciertos casos en que, cuando el nombramiento de árbitros se ha hecho sin intervención de la justicia, debe ser sometido a la aprobación de ésta. Así ocurre en las situaciones previstas por los arts. 400 y 1326 del C. C. Tribunal competente para dar la aprobación es el mismo que lo sería para hacer el nombramiento judicial.

La aprobación tiene por objeto resguardar los intereses de los incapaces y constituye una gestión de jurisdicción voluntaria que no tiene señalado por la ley un procedimiento especial y que el juez debe resolver previa audiencia del defensor respectivo, (L. O. T. art. 295).

Capítulo V

DE LA ACEPTACION Y EL JURAMENTO DE LOS ARBITROS

§ *I.—Contrato de Compromisario.*

302 *Concepto.*— Trátese de arbitraje dispuesto por la ley o que tenga su origen en un compromiso o en una cláusula compromisoria, el nombramiento de árbitros hecho por las partes o por la autoridad judicial no basta para hacer surgir el juicio arbitral, ya que no obliga a la persona designada a desempeñar el cargo de compromisario. Para que el arbitraje pueda verificarse es preciso que los árbitros acepten el nombramiento que en ellos ha recaído, obligándose a cumplir la misión que se les encomienda (752).

En efecto, mientras la aceptación del árbitro no interviene, su nombramiento es para él un acto de terceros y en consecuencia inoponible. De nada servirá a las partes el propósito declarado de someterse al arbitraje de determinada persona si ésta no expresa también su voluntad de servir de compromisario entre ellas.

Así lo entendieron los romanos, quienes distinguían, en el origen de todo juicio arbitral, dos pactos distintos: el *compromiso* o convención de arbitraje, por el cual los litigantes acordaban que su diferendo fuera resuelto por uno o más árbitros, y el *receptum arbitrii*, por el cual la persona o personas designadas aceptaban la misión que por el compromiso se les había encomendado de decidir como árbitros la controversia (753) La aceptación creaba una relación de derecho entre las partes y el árbitro, colocando al último en la necesidad de desempeñar el cargo. De tal modo el pretor, que no podía forzar a nadie para que aceptara el nombramiento de compromisario, por ser éste un acto libre, tenía en cambio poder para obligar a la persona que había admitido ser árbitro en una disputa a cumplir el oficio que recibió (754).

En el Derecho Moderno se ha despreciado esta distinción entre pacto de arbitraje y receptum arbitrii y con frecuencia se las confunde y asimila

---

(752) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 769; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1823; Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 134; Bernard, ob. cit., N.o 288; Kisch, ob. cit., p. 413; Miranda, ob. cit. N.o 153.

(753) Sohm, ob. cit., p. 415; Cuq, ob. cit., t. II, ps. 457 y 886.

(754) Digesto, Libro IV, Título VIII, "De receptis qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant", 3, Ulpiano, Libro XIII, sobre el Edicto.

totalmente (755). De aquí provienen las errores en que se suele incurrir acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje: se busca el fundamento de la jurisdicción arbitral en el contrato que une a las partes con el compromisario.

Pero los romanos tenían la razón. El convenio que ata a las partes con el árbitro tiene una individualidad propia y diversa del que celebran los litigantes entre sí para acordar el arbitraje. Dicho acto no genera la jurisdicción arbitral, que está creada por la ley y a la cual las partes están de antemano sujetas por mandato legislativo o se han acogido voluntariamente por acuerdo entre ellas. Su único efecto es crear para la persona designada la obligación de ejercer la tarea de árbitro, y, por lo común, para las partes litigantes la obligación de remunerarle sus servicios con un honorario. Es lo que llamamos *"contrato de compromisario"* (756).

Contrato de compromisario es aquel por el cual una persona se obliga a desempeñar las funciones de árbitro entre otras que litigan y éstas, generalmente, a remunerarle sus servicios con un honorario.

303. *Caracteres.*—Son partes en el contrato de compromisario, de un lado, los contendientes que se someten a arbitraje, y de otro, el árbitro que aquéllos eligen.

Salvo estipulación contraria, ambas partes contraen obligaciones: el árbitro, de desempeñar el encargo, y las partes de remunerarle sus servicios. Se trata, en consecuencia, de un contrato que por su naturaleza es bilateral (C. C. art. 1439). Dentro de esta clase es oneroso y conmutativo, porque tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro, y lo que el árbitro se obliga a hacer se mira como equivalente a lo que los litigantes se obligan a darle (C. C. arts. 1440 y 1441).

Con todo, sólo la obligación del árbitro de cumplir el encargo es de la esencia del contrato de compromisario; la remuneración por los litigantes es únicamente de la naturaleza del acto: se subentiende en él, pero puede ser derogada por cláusula expresa. Cuando así ocurre, el contrato es unilateral (C. C. arts. 1444 y 1439).

Es siempre un contrato accesorio porque supone un acuerdo principal entre los litigantes para someterse a la jurisdicción del árbitro elegido: se trata de un acto indispensable para cumplir el convenio de arbitraje; pero desde que las partes contendientes dejan sin efecto el contrato principal, no puede subsistir por sí solo el de compromisario (C. C. art. 1442).

En los arbitrajes voluntarios, esto no ofrece ninguna duda: si las partes revocan el compromiso o la cláusula compromisoria, el contrato de compromisario termina automáticamente. En los casos de arbitraje forzoso la obligación principal está impuesta por la ley; pero también las partes pueden derogarla resolviendo por sí mismas la cuestión, con lo cual caduca el contrato de compromisario. Por lo demás, aún en estos casos hay un convenio

(755) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1738; Alejandro Lira Lira "El Arbitraje Civil", Memoria, Santiago 1897, p. 45.

(756) La denominación la tomamos de Kisch, ob. cit., p. 413. Nos parece acertada, porque indica claramente el concepto: contrato por el cual una persona acepta el encargo de otras de ser compromisario entre ellas.

principal: el nombramiento de árbitros. Este es, en su origen, un convenio entre los litigantes, quienes no necesitan consultar a la persona designada para dejarlo sin efecto. Por ningún acto los contendientes se obligan, frente al árbitro, a sujetarse a su jurisdicción; ésta es una obligación que contraen entre sí y que por sí solos pueden derogar, por ejemplo: conviniendo en someterse a otro árbitro; en este caso no es el contrato de compromisario lo que derogan, sino la jurisdicción del árbitro nombrado; aquél cae inmediatamente como consecuencia.

El contrato de compromisario es consensual: se perfecciona por el simple acuerdo entre las partes litigantes y el árbitro, que se produce cuando éste declara aceptar el nombramiento (L. O. T., art. 185). Esta declaración no está sujeta a la observancia de ninguna formalidad especial. Sólo por una confusión ha podido decirse que este contrato se rige por la regla del art. 183 de la L. O. T., que prescribe como solemnidad la consignación por escrito (757). Dicho precepto trata, como bien sabemos, del nombramiento de árbitros, que es un acto entre los litigantes en el cual el compromisario no interviene, y él no contempla para nada la voluntad del árbitro, que se manifiesta en el acto posterior de su aceptación, reglamentado por el art. 185 de la L. O. T.

304. *Naturaleza jurídica.*—A diferencia de la convención de arbitraje, el de compromisario *es un contrato meramente civil* que no produce efectos procesales.

La jurisdicción arbitral no deriva de este contrato: ella existe de antemano y está ya actuando, como lo prueba la circunstancia de que aún antes de la aceptación del árbitro cualquiera de las partes del compromiso puede alegar la excepción de incompetencia de los tribunales ordinarios.

Tampoco el contrato de compromisario tiene por objeto dar un titular a dicha jurisdicción, cosa que ya han hecho los interesados al designar el árbitro.

Al contratar con los contendientes, no recibe de éstos el compromisario su poder de juzgarlos, ni contrae frente a ellos las obligaciones propias de la función arbitral: sólo se obliga a desempeñar fielmente y en el menor tiempo posible el cargo que se le ha confiado y adquiere, por lo general, el derecho de pedir en cambio una remuneración. Sus atribuciones y deberes judiciales los toma de la ley que los otorga indeterminadamente a todos los que ejerzan la misión de árbitros (758).

Como contrato civil ¿cuál es la naturaleza de este acuerdo entre las partes y el árbitro?

A primera vista parece que se tratara de un mandato. El árbitro sería un mandatario de los litigantes, que recibe de ellos el encargo de resolver las dificultades que los separan. Esta idea, muy común en Francia (759), tuvo alguna acogida entre los redactores de la L. O. T. (760) y la ha tenido en

(757) Benavente, ob. cit., p. 65.
(758) Véase, N.os 20, 21 y 22.
(759) Véase N.os 14 y 16.
(760) Véase N.o 23.

varias sentencias de nuestros jueces (761). Lo que induce principalmente a ella es el hecho de que los árbitros tengan ciertos poderes que aparentemente arrancan de la voluntad de las partes compromitentes.

Establecido, como está, que los poderes jurisdiccionales del árbitro son en absoluto independientes del vínculo jurídico privado que lo une con las partes y no derivan de éste, aparece evidente que debe prescindirse de la consideración de esos poderes para comprender la verdadera naturaleza del vínculo en cuestión.

En efecto, entre los compromitentes y el árbitro hay dos relaciones jurídicas diversas: una de tribunal a partes litigantes, que es consecuencia de la jurisdicción arbitral, emana de la ley y tiene carácter público, y otra, contractual y privada, de la clase de la que existe entre las partes de una convención. La que ahora estudiamos es solamente esta última.

Planteado así el problema ¿puede aún considerarse como mandato el acto por el cual dos o más litigantes encargan la misión de ser árbitro de sus dificultades a un tercero y éste se obliga a desempeñar esa tarea a cambio de una remuneración o sin ella?.

Si es mandato todo contrato por el cual una persona encarga la ejecución de un hecho o de un acto en su favor, o la prestación de un servicio, a otra persona que acepta ese encargo, parece evidente que el de compromisario es un contrato de mandato (762).

Sin embargo, la idea jurídica vigente acerca del mandato es mucho más restringida. Para nuestra ley "el mandato es un contrato en que una persona confía *la gestión de uno o más negocios* a otra que se hace cargo de ellos *por cuenta y riesgo de la primera*" (C. C. art. 2116). Conceptos semejantes imperan en la mayoría de las legislaciones modernas (763). Son, así, elementos esenciales del mandato los dos siguientes: a) que se confíe o encargue a una persona la gestión de uno o más negocios de otra, y b) que el mandatario ejecute el encargo por cuenta y riesgo del mandante (764).

Ninguno de estos elementos concurre en el contrato de compromisario. El desempeño del cargo de árbitro no encuadra en la idea de "gestión de negocios", que tiene un significado específico relativo siempre a la celebración por una persona en favor de otra de actos jurídicos u otros semejantes de orden económico (765). La decisión de una controversia, la actividad de sentenciar en un juicio, *es un acto de jurisdicción o potestad*, pero no un negocio jurídico; no puede importar "gestión de negocios". Y si bien las consecuencias de la actuación judicial están llamadas a recaer precisamente sobre las partes que encargaron al árbitro el fallo del pleito, no puede decirse que el compro-

(761) Véase N.o 24.

(762) El concepto romano del mandato era el indicado, con la particularidad de ser un acto esencialmente gratuito (Cuq, ob. cit., t. II, p. 433). Pero la gratuidad no obstaba a que se dieran honorarios, que no tenían carácter de pago, sino de un medio de honrar a la persona que prestó los servicios. A pesar de que dentro de este concepto podía comprenderse el contrato de compromisario, la jurisprudencia creó para éste una figura especial en el pacto pretorio de receptum arbitrii, lo que al parecer indica que para los romanos no era un mandato.

(763) Véase Raúl Oliva Murillo, "Naturaleza jurídica del Mandato Civil", Memoria, Santiago, 1939, Cap. III, "El Mandato en el Derecho Moderno".

(764) Oliva, ob. cit., N.os 142 a 155.

(765) Oliva, ob. cit., N.os 65 y 144 a 148.

misario actúe "por cuenta y riesgo" de esas partes, como es absurdo afirmar que un juez ejerce su autoridad por cuenta y riesgo de los litigantes.

Si no es mandato, ¿cuál es la calidad jurídica del contrato de compromisario?

Para Ballesteros, que sigue en esto a Dalloz, se trata de "un contrato de naturaleza particular"; pero" en todo caso mandato accedit, se asemeja y acerca al mandato y muchas de las reglas de este contrato pueden serle aplicables" (766).

En realidad, pensamos que *el de compromisario es un contrato de prestación de servicios*, que puede ser oneroso o gratuito. En el primer caso, constituye un arrendamiento de servicios inmateriales de orden superior, cuya prestación se rige primariamente por las reglas del mandato y en subsidio por las del arrendamiento de servicios, según la norma del art. 2118 del C. C. En el segundo importa un simple contrato innominado de prestación gratuita de servicios que, según el artículo indicado, debe sujetarse a los preceptos que reglamentan el mandato.

Nos parece éste el criterio más acertado, especialmente si se tiene en cuenta que siendo el árbitro un juez titular de jurisdicción que le otorga la ley, pero de la cual lo invisten las partes, su relación con éstas *es de la misma naturaleza que la que liga a los jueces permanentes con el Estado a que sirven;* se trata de *un contrato de servicios por el cual un particular asume el ejercicio de una función pública*. En el caso del juez, se celebra con el Estado y está sujeto a las reglas del Derecho Público Administrativo. En el caso del árbitro, se celebra con las partes comprometidas y está sujeto a las reglas del Derecho Civil.

305. *Perfeccionamiento.*— El contrato de compromisario se perfecciona por la aceptación que hace el árbitro de su nombramiento.

"El árbitro que acepta el encargo deberá declararlo así", dice el art. 185 de la L. O. T. (767), y el 188 agrega que "los árbitros una vez aceptado su encargo, quedan obligados a desempeñarlo".

Del tenor de estos preceptos se ha deducido que la aceptación debe necesariamente ser expresa y manifestarse por una declaración del árbitro designado y que no es procedente en esta materia la aceptación tácita (768).

No compartimos esta opinión y nos parece que sería absurdo que se pudiera dejar sin efecto la sentencia pronunciada por un árbitro a pretexto de que éste no había aceptado el cargo. Lo que la ley quiere es que *no se pueda obligar a nadie* a desempeñar las funciones de árbitro, sino cuando haya declarado expresamente que acepta ejercerlas. La aceptación del árbitro no puede, al efecto, deducirse de su simple silencio o de cualquiera actitud aparente de su parte. Pero si en el hecho comienza a desempeñar el cargo de compromisario y dicta resoluciones en calidad de tal, estos actos constituyen una declaración inequívoca de su aceptación.

(766) Ob. cit., t. II, N.o 1742.

(767) Igual cosa preceptúa, con los mismos términos, el art. 1328 del C. C. respecto del partidor.

(768) Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 140; Gaete, ob. cit., N.o 199; Albónico, ob. cit., N.o 48.

Algunas legislaciones exigen que la aceptación se haga por escrito o por lo menos firmando el árbitro el acta de nombramiento (769); pero aun en los Estados en que imperan semejantes leyes, se estima que la falta de aceptación escrita no produce la nulidad de las actuaciones del compromisario (770). Esta solución no ofrece dudas en países como Francia y Bélgica, cuyas leyes guardan silencio y otorgan en consecuencia igual valor a la aceptación tácita que a la expresa (771).

306. *Forma de la aceptación. Pago de impuestos.*— La aceptación del árbitro puede expresarse en cualquiera forma; no es necesario que conste por escrito ni está sujeta a ninguna otra solemnidad.

Cuando el árbitro es nombrado en el compromiso o en un acto privado entre las partes, su aceptación puede producirse mediante la concurrencia a él de la persona designada: el contrato de compromisario se verifica entonces en el mismo acto con el compromiso o con el nombramiento de árbitro. Pero ello no es indispensable y la aceptación puede resultar también de cualquiera otra manifestación del compromisario, como por ejemplo de una carta o de una simple declaración verbal.

Cuando el nombramiento se hace ante la justicia, es costumbre que se le notifique personalmente al árbitro y se le requiera su aceptación verbal o escrita en el acto de la notificación o dentro de los tres días inmediatos, según la regla prescrita para los peritos por el art. 419 del C. P. C. Sin embargo, la aplicación de esta norma no es obligatoria, ya que la ley extiende al árbitro las reglas relativas al nombramiento de los peritos, pero no las que rigen la aceptación del cargo (C. P. C. art. 803). La notificación judicial del árbitro puede suplirse por cualquier otro medio y no es preciso que la aceptación se produzca en el acto o dentro de tres días; puede verificarse en cualquier momento, siempre que aun dure la oferta de las partes, según las reglas relativas a la formación de los contratos consensuales.

Al tiempo de aceptar su nombramiento, el árbitro debe cancelar el impuesto establecido por la ley (772); pero se ha fallado que no procede anular las actuaciones de un árbitro por el hecho de que no haya pagado dicho impuesto, porque en ninguna parte esta omisión está sancionada con nulidad (773); las únicas sanciones aplicables son las que establece al respecto la propia Ley de Timbres, Estampillas y Papel Sellado.

---

(769) España (C. P. C. art. 794); Italia (C. P. C. art. 13); Venezuela (C. P. C. art. 508); Uruguay (C. P. C. art. 546); Argentina (C. P. C. art. 776).

(770) Así, Mattirolo, en Italia, afirma con la Casación de Turín que como el escrito no se exige bajo pena de nulidad, puede omitirse y la aceptación del árbitro resultar del hecho de haber realizado su función, (ob. cit., t. I, N.o 769), y Borjas, comentando el art. 508 del C. P. C. Venezolano, que exige aceptación escrita, expresa: "La aceptación por escrito no es esencial. Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que no es invalidable el laudo dictado por árbitro cuya aceptación no se hubiere hecho constar por escrito. No se podría, en cambio, hacer apremiar a los árbitros para el cumplimiento de sus funciones, sin la prueba escrita de su aceptación" (ob. cit., t. V, N.o 492, pág. 42).

(771) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V., N.o 1823; Bernard, ob. cit., N.o 289.

(772) El N.o 1 del art. 7 de la Ley N.o 5,434, sobre Impuesto de Timbres, Estampillas y Papel Sellado, establece el impuesto que deben pagar las aceptaciones del cargo de árbitro.

(773) C. Santiago, Gaceta 1928, t. I, N.o 155, p. 671.

307. *Rechazo del cargo.*—La persona designada es libre para aceptar o no el nombramiento (774) y puede rechazarlo sin incurrir en ninguna sanción, salvo que se trate de un partidor que haya sido nombrado por el difunto en su testamento, en cuyo caso su rechazo sin grave inconveniente que lo justifique lo hace indigno de suceder al testador, pero no lo priva de la asignación forzosa a que tenga derecho, ni incurre en este castigo si desechada por el juez su excusa entra a servir el cargo (C. C. arts. 1327, 1277 y 971).

El rechazo del nombramiento por el árbitro puede tener, en cambio, graves consecuencias para las partes. En efecto, si el nombramiento proviene de un compromiso, en que las partes han acordado someterse al arbitraje de determinada persona de su confianza, la negativa de esta persona a desempeñar el cargo deja sin efecto el compromiso (775). Por el contrario, cuando el arbitraje es forzoso por mandato de la ley o en virtud de una cláusula compromisoria, el rechazo por los árbitros de su nombramiento sólo produce para las partes la obligación de designar nuevos compromisarios (776).

Sólo tratándose de arbitraje que tiene su origen en un compromiso el rechazo del cargo por la persona designada lo deja sin efecto, y es ello lógico porque es éste el único caso en que se pacta el arbitraje en atención a la persona del compromisario. Cuando en el compromiso se nombra un tribunal de varios árbitros, sea por todas las partes de común acuerdo, sea mediante la designación de uno o más por cada parte, la negativa de cualquiera de los nombrados impide llevar adelante el arbitraje, pues se ha convenido el juicio por todos ellos conjuntamente y si uno falta se alteran las condiciones en que los interesados pactaron el arbitraje (777).

308. *Efectos del contrato de compromisario.*—Los efectos del contrato de compromisario son las obligaciones y derechos que nacen de él. El contrato de compromisario produce, para el árbitro que acepta el cargo, la obligación de desempeñarlo, y salvo estipulación contraria, para las partes que lo eligieron, la obligación de remunerarle sus servicios. Correlativamente a estas obligaciones, las partes litigantes tienen el derecho de exigir al árbitro que cumpla su misión y éste la facultad de cobrar a aquéllas su honorario.

a) *Obligación del árbitro*

309. *Obligación de desempeñar el cargo.*—Por la aceptación el árbitro se obliga frente a las partes, y aún con respecto a aquéllas que no lo nombraron (778)—como ocurre en el caso en que cada una haya designado el suyo o que el nombramiento se haya hecho por la justicia—a desempeñar el cargo de compromisario.

Es ésta una obligación de la esencia del contrato de compromisario y constituye precisamente su exclusivo objeto.

(774) Digesto, Libro IV, Título VIII, De Receptis qui arbitrii, párrafo 3.
(775) Bernard, ob. cit., N.o 290; Miranda, ob. cit., N.os 165 y 169; Manresa, ob. cit., t. IV, p. 19.
(776) Bernard, ob. cit., N.o 290; Miranda, ob. cit., N.os 165 y 169.
(777) Digesto, Libro IV, Título VIII, De receptis qui arbitrii, párrafo 7.
(778) Kisch, ob. cit., p. 413.

Se suele decir que el contrato de compromisario obliga al árbitro a efectuar todos los actos precisos para pronunciarse con cabal conocimiento de causa sobre el litigio y dictar la sentencia que las partes tienen derecho a esperar, tan esclarecida como imparcial, y que le da la facultad de exigir que las partes no entraben el ejercicio de su misión (779).

A este respecto nos parece de rigor hacer algunos distingos.

Al aceptar su nombramiento, el árbitro admite ser juez de los compromitentes. Esta calidad le impone ciertos deberes, prohibiciones y responsabilidades y le confiere determinadas atribuciones inherentes al cargo (780). Pero estas obligaciones y derechos de carácter judicial no arrancan del contrato sino de la función, y los contendientes para obtener que el árbitro cumpla tales deberes y respete dichas prohibiciones, o para que se sancione su violación, tienen medios procesales a su alcance, pero no podrían exigir su cumplimiento o perseguir su reparación por la vía contractual, del mismo modo que el árbitro para evitar que alguna de las partes entrabe el desarrollo del juicio o para obligarlas a colaborar a su misión, dispone de facultades jurisdiccionales propias.

La obligación contractual de cumplir el encargo que el árbitro contrae al aceptar su nombramiento no se refiere, pues, a los deberes y prohibiciones judiciales a que está sujeto por su cargo ni a lo que podríamos llamar su conducta ministerial; se refiere nada más, que al desempeño mismo de la función que se le encomienda.

El árbitro se obliga únicamente a actuar como juez entre las partes hasta la completa decisión de los asuntos comprometidos y a poner en el cumplimiento de esta tarea el celo o diligencia que la ley le exige.

310. *Exigibilidad de esta obligación.*—Como se trata de una obligación de hacer, los acreedores no tienen para exigir su cumplimiento otros medios que los que les otorga el art. 1553 del C. C.: junto con la indemnización de la mora pueden pedir, a elección, que se apremie al árbitro para que cumpla el encargo o que les indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato. Como el hecho debido no consiste en la suscripción de un documento o la constitución de una obligación, no es posible obtener su ejecución en naturaleza por un acto del juez (C. P. C. art. 559) y como la obligación del árbitro es de carácter personalísimo, tampoco cabe en este caso solicitar que se autorice al acreedor para hacer ejecutar el hecho debido por un tercero a expensas del deudor (C. C. art. 1553 N.o 2.)

Es indudable que el apremio o la indemnización de perjuicios pueden pedirla todos los compromitentes conjuntamente o uno de ellos por sí solo.

311. *Responsabilidad contractual del árbitro.*—El árbitro es responsable en el cumplimiento de su obligación hasta de la culpa leve, puesto que el contrato de compromisario se celebra en beneficio recíproco de las partes; pero si renuncia de antemano a cobrar honorarios responde solamente de la culpa lata, ya que en tal caso el contrato sólo es útil a sus acreedores (C. C. art. 1547).

(779) Bernard, ob. cit., N.o 291.
(780) Véase N.os 111 a 119.

Los contendientes pueden hacer efectiva esta responsabilidad cuando el árbitro se resista a cumplir el encargo que ha aceptado o por retardo culpable de su parte no alcance a pronunciar su fallo dentro del término del arbitraje (781).

Pero la responsabilidad contraactual no juega cuando el árbitro comete errores o abusos en sus resoluciones o incurre en parcialidad en el desempeño de su misión; esta clase de actos determinan su responabilidad disciplinaria y, si son constitutivos de delitos, su responsabilidad penal y civil delictual, lo mismo que si se tratara de un juez permanente (782).

312. *Renuncia del árbitro.—Causas que la justifican.*—La obligación de desempeñar la tarea de árbitro que contrae la persona que acepta el nombramiento le impide renunciar libremente su cargo. Una vez perfeccionado el contrato de compromisario, el árbitro no puede excusarse de cumplir su misión; si lo hace, incurre en la responsabilidad de que tratamos en el número anterior.

Sin embargo, el árbitro puede tener motivos razonables para desistirse; así lo reconoce el legislador y por ello prescribe en el art. 188 de la L. O. T., luego de establecer la obligación de desempeñar el cargo que pesa sobre el compromisario que aceptó el nombramiento, que "esta obligación cesa: 1.o Si las partes ocurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del negocio; 2.o Si fueren maltratados o injuriados por alguna de las partes; 3.o Si contrajeren enfermedad que les impida seguir ejerciendo sus funciones; 4.o Si por cualquiera causa tuvieren que ausentarse del lugar donde se sigue el juicio".

El primer número de este artículo contempla el caso de que las partes mismas liberen al compromisario de su obligación, y los tres siguientes señalan las causales que justifican y hacen admisible la renuncia del árbitro sin responsabilidad ninguna para él.

En la discusión de la ley el señor Fabres calificó este artículo de deficiente, porque no prevé el caso de ocupaciones graves que impidan al árbitro desempeñar sus funciones, cosa que en su concepto era de justicia hacer. El señor Huneeus defendió el artículo haciendo, entre otras, la siguiente argumentación: "si el arbitraje es un contrato celebrado entre el árbitro y los comprometidos, debe aquél, una vez que admita el cargo, desempeñarlo hasta su conclusión, a fin de no dejar burladas las expectativas de las partes..." Admitir la causal que el señor Fabres indica, sería en extremo peligroso, porque el árbitro alegaría ocupaciones graves cuando le conviniera y en caso de resistirse a admitirlas como tales los comprometidos, pondría a éstos ante la necesidad de ocurrir a la justicia ordinaria para seguir un juicio en que se calificara la gravedad o no gravedad de tales ocupaciones, todo lo cual pugna abiertamente con la base misma del contrato, dejándolo en suspenso y colocando en manos de los contratantes un arbitrio sencillo para eludir su cumplimiento (783).

(781) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.os 842 y 848; Manresa, ob. cit., t. IV, ps. 21 y sgtes.

(782) Véase N.os 116 a 119 inclusive.

(783) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.os 1735 y 1736.

Este antecedente permite establecer de modo categórico que las únicas causas justas que autorizan la renuncia del árbitro son las indicadas en los números 2, 3 y 4 del art. 188 de la L. O. T. y que fuera de los casos en ellos previstos, no puede excusarse de desempeñar sus funciones sin comprometer su responsabilidad contractual frente a las partes.

La aplicación al contrato de compromisario de las reglas del mandato cede lugar, en esta materia, a las normas especiales y preferentes que establece la L. O. T. El árbitro no goza del derecho que al mandatario otorga el art. 2124 del C. C. de retractarse después de aceptado el encargo, mientras el mandante se halle en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo o de someterlo a diversa persona (784), ni tiene la facultad general de renunciar de que goza el mandatario según los arts. 2163 N.o 4 y 2167 del mismo Código; sólo puede excusarse de su obligación de desempeñar el cargo por alguno de los motivos taxativamente señalados por la ley.

Otras legislaciones, como la italiana, no enumeran las causas justificantes del desistimiento del compromisario, sino que establecen un criterio general y entregan su apreciación al juicio de los tribunales (785).

Es indudable que las partes pueden modificar de común acuerdo estas reglas y autorizar la renuncia del árbitro por otros motivos que los legales (786).

b) *Obligaciones de las partes*

313. *Primera: reembolsar al árbitro los gastos razonables en que hubiere incurrido.*—Si para el desempeño de su función el compromisario tiene que efectuar gastos de su propio peculio, las partes deben reembolsárselos (787); es aplicable al caso lo que la ley dispone respecto del mandato (C. C. art. 2158 N.o 2).

314. *Segunda: pagar honorarios al árbitro, salvo acuerdo en contrario.*—Es opinión generalmente admitida que el árbitro tiene derecho a cobrar honorarios por sus servicios (788). En Roma el pago de "espórtulas" o derechos judiciales a los árbitros hacía excepción al principio de que el juez no podía recibir merced alguna de los litigantes (789), y aun en Francia, donde la aplicación al contrato de compromisario de las normas del mandato, que en principio es gratuito, llevarían a resolver lo contrario, se acepta que las partes deben al árbitro una justa remuneración, a menos que una convención expresa disponga otra cosa o que sea un magistrado judicial el que ejerce las funciones arbitrales (790).

(784) En Francia, sin embargo, el árbitro es libre para renunciar aún después de aceptado el encargo, si todavía no ha empezado a conocer del asunto, sin necesidad de fundarse en causa legal (C. P. C. art. 1014).

(785) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 842.

(786) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 842.

(787) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1824; Kisch, ob. cit., p. 414.

(788) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 784; Kisch, ob. cit., p. 414; Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 135.

(789) Chiovenda, José, "La condena en costas", trad. de Juan A. de la Puente Quijana, Madrid, 1928, p. 47.

(790) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1824; M. Landrau, ob. cit. p. 225.

Entre nosotros no se discute el derecho del árbitro a cobrar honorarios, derecho revestido de fundamento legal por la aplicación al contrato de compromisario de las reglas del mandato (C. C. arts. 2117 inc. 2.o y 2158 N.o 3). Sólo en el caso de que medie acuerdo expreso al respecto entre el árbitro y las partes, éstas pueden quedar exentas de la obligación, que es de la naturaleza del contrato, de pagar a aquél un honorario en remuneración de sus servicios.

315. *Caso en que el árbitro no desempeña totalmente su encargo.*—Las partes deben honorarios al árbitro aun en el caso en que éste no desempeñe totalmente su encargo, a menos que el incumplimiento se deba a culpa del compromisario.

En efecto, si el árbitro renuncia a su cargo en los casos en que puede justificadamente hacerlo, o si las partes revocan su jurisdicción, o si por motivos que no le sean imputables, como el hecho de los contendientes, o de un tercero, o un caso fortuito, no alcanza a cumplir acabadamente su cometido dentro del término del arbitraje, no por ello pueden las partes excusarse de pagarle honorarios, sino que se los deben en proporción al trabajo que hayan realizado.

Pero, en cambio, si una vez aceptado el encargo se niega el compromisario sin causa legal a seguir desempeñándolo o por su culpa o dolo no cumple la misión que se le encomendó, dentro del plazo de su competencia, las partes comprometidas quedan libres de la obligación de pagarle honorarios, puesto que siendo el de compromisario un contrato bilateral que impone obligaciones recíprocas "ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos" (C. C. art. 1552). Las partes gozan, en este caso, de la "exceptio non adimpleti contractus" y del derecho de demandar contra el árbitro la resolución del contrato de compromisario, con indemnización de perjuicios (C. C. art. 1489).

316. *Doble carácter de los honorarios: remuneración al árbitro por sus servicios y costas del proceso.—Consecuencias.*— Las partes se obligan a pagar honorarios al árbitro en reciprocidad de la obligación que éste contrae para con ellas de desempeñar el encargo que le confiaron. Respecto del árbitro los honorarios son, pues, el *precio* con que las partes comprometidas deben retribuirle los servicios que él les presta.

En todo arbitraje, a menos que el compromisario ejerza sus servicios gratuitamente, las partes deben remunerarle su actuación. Los honorarios del árbitro son, en consecuencia, un gasto inherente al juicio arbitral. Este gasto, en la medida en que los honorarios se ajustan al Arancel respectivo (791) tiene los caracteres de necesario y útil para obtener el fin perseguido por los interesados cual es la decisión de la controversia por los compromisarios. Para las partes litigantes los honorarios son, por consiguiente, en esa me-

(791) Los Aranceles de Honorarios fijados por los Consejos del Colegio de de Abogados en ejercicio de la facultad que les otorga el art. 12, letra n) de la ley 4,409, contemplan una escala a que deben sujetarse, a falta de estipulación expresa entre las partes, los honorarios de los árbitros.

dida, *costas del proceso* (792). Pertenecen a la clase de las costas personales cuyo concepto precisa el inc. final del art. 146 del C. P. C.

De este doble carácter de remuneración al árbitro por sus servicios y de costas del proceso que los honorarios tienen, se sigue una importante consecuencia: que frente al árbitro son deudores de ellos todas las partes conjuntamente—o solidariamente, si así se ha estipulado,—pero que entre éstas su pago definitivo queda sujeto, dentro del límite sañalado en el Arancel, a lo que se decida sobre las costas. Cualquiera que sea la resolución del tribunal arbitral sobre esta materia, el compromisario puede cobrar sus honorarios a todas las partes comprometidas, puesto que a todas presta sus servicios, sin que el litigante ganancioso pueda excepcionarse con la decisión sobre las costas y exigirle que se dirija contra el que fué condenado a ellas. El árbitro cobrará sus honorarios a todos los comprometidos por partes iguales, y si se hu-hubiere convenido solidaridad podrá cobrarlos íntegramente a uno cualquiera de ellos, aunque sea el vencedor en el pleito. Pero si hubiere condenación en costas la parte condenada deberá luego reembolsar a la otra lo que en la medida del arancel haya pagado por concepto de honorarios al árbitro.

317. *Regulación de los honorarios.*—La regulación de los honorarios del árbitro se efectúa por un acuerdo entre ésta y todas las partes comprometidas, acuerdo que puede existir de antemano, como una estipulación del contrato de compromisario—por ejemplo—o que puede producirse una vez concluído el arbitraje.

En la práctica es frecuente que los árbitros fijen el monto de sus honorarios al tiempo de resolver definitivamente el asunto que se les ha encomendado, en el texto mismo de su sentencia. La declaración en que esto hacen no es, sin embargo, una resolución judicial, sino una proposición ante las partes comprometidas, que queda sujeta a la aprobación de ellas (793). Aunque los honorarios sean costas del juicio arbitral, los compromisarios carecen de competencia para regular su monto (794), puesto que tienen al respecto la calidad de partes y nadie puede ser juez en causa propia.

Cuando los árbitros regulan sus honorarios las partes que están en desacuerdo no necesitan, en consecuencia de lo dicho, alzarse contra esa regulación (795), ya que ella no las obliga mientras no la hayan aceptado.

---

(792) Chiovenda, "La condena en costas", pág. 509, en nota y p. 521, en nota. Si se pagan al árbitro honorarios superiores a los autorizados por el Arancel, creemos que en el exceso sobre el límite legal no pueden ser considerados como costas del arbitraje.

(793) Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 784; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. I, N.o 1824; C. Concepción, Gaceta 1937, t. II, N.o 173, p. 678.

(794) Chiovenda, "La condena en costas", p. 509 en nota.

(795) Algunos autores exceptúan a este principio el caso en que las partes comprometidas autorizan al árbitro para determinar por sí solo el valor de sus honorarios (Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 784; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V., No 1824: Chiovenda, De las Costas, p. 521 e nnota). Creemos que tal excepción no existe, porque dicha cláusula no puede interpretarse como destinada a constituir al árbitro en juez de sus propios honorarios, significado en el cual adolecería de objeto ilícito (L. O. T. art. 175), sino como una forma especial de convenio entre las partes y el compromisario para determinar la remuneración de éste, convenio que se rige por las reglas generales del Derecho Civil. Si la determinación de sus honorarios, que el árbitro hace en virtud de este convenio, tiene fuerza obligatoria para las partes, no es porque constituya una resolución judicial, sino porque importaría una expresión del acuerdo que ellas mismas suscribieron por adelantado con el compromisario.

Si no se produce la regulación convencional de los honorarios del árbitro, por un acuerdo entre éste y las partes comprometidas, el monto de ellos será determinado judicialmente (C. C. art. 2117). Son aplicables al caso las reglas prescritas para los juicios sobre cobro de honorarios por los arts. 855 a 858 del C. P. C.

Cuando el árbitro sea abogado, la cuestión sobre sus honorarios puede ser sometida, por todos los interesados conjuntamente o por uno cualquiera de los compromitentes, a la resolución como arbitrador del Consejo respectivo del Colegio de Abogados, el cual tiene competencia para decidirla según la letra c) del art. 12 de la Ley 4409, puesto que al desempeñar el oficio de árbitro el abogado realiza un acto de ejercicio de su profesión, y en las relaciones civiles que nacen del contrato de compromisario las partes compromitentes deben ser consideradas como clientes del árbitro.

Quienquiera que efectúe la regulación de los honorarios del árbitro a falta de acuerdo entre éste y las partes, deberá ajustarse para fijar su monto a las reglas establecidas en el Arancel respectivo del Colegio de Abogados, normas que en nuestra opinión deben aplicarse por analogía aún a los casos en que el compromisario no sea abogado.

318. *Reglas especiales sobre honorarios del partidor.*—Respecto de los árbitros partidores la ley ha dado algunas normas especiales para la regulación de sus honorarios. En efecto, el art. 822 del C. P. C. dispone: "En el Laudo podrá hacer el partidor la fijación de su honorario, y cualquiera que sea su cuantía, habrá derecho para reclamar de ella. La reclamación se interpondrá en la misma forma y en el mismo plazo que la apelación, y será resuelta por el tribunal de alzada en única instancia".

Esta disposición no modifica esencialmente el sistema que acabamos de ver sobre regulación de los honorarios del árbitro, sino que, reconociendo la práctica de que el compromisario señale su monto al pronunciar sentencia, establece una presunción de qua las partes aceptan la determinación que él hace cuando no reclaman en su contra dentro de cierto plazo (quince días fatales). El mero silencio de las partes importa en este caso su consentimiento y el legislador supone un acuerdo tácito en el monto fijado por el árbitro. Si cualquiera de las partes no está en realidad conforme con este monto, debe reclamar dentro de los quince días contados desde que se le notifica el Laudo, y si lo hace, la ley entiende planteada, desde luego, una dificultad sobre los honorarios y encarga su resolución en única instancia al tribunal de alzada que debe conocer la apelación del Laudo.

Nuestros tribunales han aceptado en forma unánime y constante esta doctrina, precisada con mucha exactitud en los siguientes considerandos de una sentencia de la Corte Suprema: "4.o Que del contesto de este artículo (el 822 del C. P. C.) no aparece que al autorizar al partidor para fijar su propio honorario en el Laudo que dicte, haya el legislador modificado los preceptos legales que prohiben a los jueces conocer en juicios en que sean partes o tengan un interés personal, por lo que no puede entenderse que dicho precepto haya conferido al partidor jurisdicción para fallar sobre su honorario, sino que solamente le faculta para dar a conocer a las partes que litigan la

cantidad en que lo estima, a fin de que se tenga por aceptada y obligadas las partes al pago si no reclamaren dentro del plazo y en la forma correspondiente, inteligencia que corrobora la disposición del mismo artículo que establece que en caso de reclamación deberá ésta ser fallada en única instancia por el tribunal de alzada; 5.o Que, por esto, la determinación del honorario que hace el partidor no reviste los caracteres jurídicos de una resolución judicial, sino el de un convenio entre el partidor y los interesados, aceptado por éstos por el solo hecho de no reclamar oportunamente; y no puede, por lo tanto, interponerse en su contra el recurso de apelación, que sólo procede contra resoluciones judiciales, como se desprende de las leyes que reglan este recurso" (796).

De acuerdo con ésto se ha fallado que "la apelación deducida contra el Laudo no importa reclamación contra el honorario del partidor que en él se fija", el cual se entiende aceptado si no se reclama especialmente en su contra (797), y que "si al interponerse apelación del Laudo no se expresa que se reclama de la propuesta que de su honorario hace el partidor, reclamo que sólo se formula al expresar agravios, vencido ya el plazo que para el efecto concede la ley, esta propuesta queda firme y el tribunal de alzada no puede pronunciarse al respecto" (798).

De esta jurisprudencia aparece bien claro que la determinación de la cuantía de su honorario que el árbitro hace en su sentencia no constituye resolución judicial ni es parte integrante del Laudo, y que la reclamación que las partes pueden interponer en su contra no importa tampoco un verdadero "recurso procesal".

Al disponer la ley que este reclamo "se interpondrá en la misma forma y en el mismo plazo que la apelación" dió tan sólo una regla de procedimiento. Fundándose en ella, la C. de Santiago ha resuelto que cuando la partición deba ser aprobada por la justicia ordinaria, la reclamación contra el honorario fijado por el árbitro deberá interponerse ante el juez que dicte la correspondiente resolución aprobatoria o modificatoria y el término para formularlo se contará desde la notificación de este fallo (799). Esto no significa, empero, que el tribunal ordinario llamado a prestar su aprobación al Laudo tenga competencia para pronunciarse sobre el monto del honorario del partidor, puesto que su misión se refiere únicamente a la sentencia arbitral.

Ha merecido dudas a nuestros tribunales la naturaleza procesal del fallo que decide la rclamación de las partes sobre los honorarios del partidor. La Corte Suprema resolvió el 18 de Junio de 1919 que esa resolución es una sentencia definitiva que debe cumplir las exigencias requeridas por el art. 193 del C. P. C., so pena de ser susceptible de casación en la forma (800). Catorce años después, sin embargo, ha fallado lo contrario, estimando que el proce-

(796) C. Suprema, Revista, t. X, s. I, p. 323. En el mismo sentido: C. Santiago, Revista, T. VIII, s. II, p. 51; C. Valdivia, Gaceta, 1926, t. II, N.o 179, p. 724; C. Concepción, Gaceta 1937, t. II, N.o 173, p. 678.

(797) C. Valdivia, Gaceta 1914, t. II, N.o 270, p. 740.

(798) C. Santiago, Revista, t. VIII, s. II, p. 51; C. Concepción, Gaceta 1910, t. II N.o 1261, p. 1066.

(799) C Santiago, Otero, ob. cit., t. II, p. 1189.

(800) Revista, t. XVII, s. I, p. 215.

dimiento sobre fijación de los honorarios del partidor es una gestión sui generis, desprovista de los caracteres propios de un pleito, como que en el sentido estricto de la palabra ni siquiera hay demanda, por lo cual el fallo que se pronuncia sobre la reclamación deducida respecto de la fijación del honorario del partidor, no necesita reunir los requisitos de las sentencias definitivas (801). Esta resolución fué pronunciada contra el sentir del Ministro señor Rondanelli, quien en su voto disidente sostuvo la opinión afirmada por la Corte Suprema en su sentencia de 1919, fundándose para ello en que "no puede sostenerse que en el caso discutido no haya juicio, pues lo hay y está sometido a las reglas que la ley consagra al respecto: así, existe la fijación del honorario por el partidor, la reclamación de los interesados y la decisión que pone término al punto debatido", y en que esta resolución "reúne todos los requisitos propios de las sentencias definitivas, supuesto que pone fin a la instancia sobre cobro de honorario de que se trata, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto de ese juicio, en única instancia, según lo dispone expresamente el art. 822 del C. P. C.". Creemos que ésta es la buena doctrina, ya que el procedimiento prescrito por el art. 822 del C. P. C. es un simple sustituto del juicio sobre cobro de honorarios, ideado por el legislador para facilitar la resolución de las dificultades a que dé lugar la fijación de los honorarios del partidor, teniendo presente la práctica de los árbitros de hacer en el Laudo la apreciación sobre ellos. La particularidad de este procedimiento es que la Corte falla en única instancia el pleito sobre honorarios promovido por la reclamación. Este fallo, por sus caracteres, es precisamente una sentencia definitiva y no puede asimilársela a ninguna otra especie de resoluciones judiciales.

Las normas establecidas por el art. 822 del C. P. C. sólo pueden aplicarse a las honorarios de los partidores y no a los de los demás árbitros, ya que el legislador las ha establecido únicamente para aquéllos, como reglas específicas. Así se ha fallado (802).

§ *II.— Instalación del Tribunal Arbitral*

319. *Concepto.*— Es principio legal que los magistrados judiciales no pueden entrar al ejercicio de sus funciones mientras no cumplan las formalidades prescritas para la instalación de los jueces (803). La L. O. T. dedica a esta materia el párrafo III de su Título VI, reglamentando la forma cómo deben instalarse los jueces ordinarios.

Los árbitros, como magistrados judiciales, necesitan también, una vez nombrados, instalarse legalmente para desempeñar sus funciones; es lo que ha dispuesto la L. O. T. en su art. 185.

320. *Forma de la instalación.—Juramento legal.*— La instalación de los jueces se efectúa, por lo general, prestando la persona nombrada un juramento de guardar en el ejercicio de su ministerio la Constitución y las le-

(801) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 466.
(802) C. Concepción, Gaceta 1937, t. II, N.o 173, p. 678.
(803) Alessandri, Fernando, Apuntes de Ley Orgánica, pág. 248.

yes de la República (L.O.T. art. 145). Tratándose de los jueces compromisarios la ley prescribe que "el árbitro que acepta el cargo jurará desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible" (L.O.T. art. 185, C. C. art. 1328), diligencia que debe entenderse como de instalación del tribunal arbitral (804), idea confirmada por la regla del art. 803 del C. P. C. que señala al juramento como trámite previo para que el partidor pueda ejercer sus funciones.

El juramento instalatorio ha sido establecido como una garantía de buena administración de justicia, y debe ser considerado, en consecuencia, como una formalidad de carácter público. En el caso de los árbitros, no obstante, esta garantía dice relación únicamente con las partes a quienes alcanza la jurisdicción arbitral, por lo cual los tribunales no la estiman en estos casos como requisito de orden público (805).

La ley no ha sometido este juramento a ninguna solemnidad especial. Se ha fallado, sin embargo, que la simple promesa de desempeñar el cargo en un breve plazo no reemplaza al juramento de fidelidad exigido por la ley, pues son cosas distintas según nuestras disposiciones legales (806).

El juramento debe prestarse ante cualquier Ministro de Fe: secretario, receptor o notario. Cuando el árbitro es nombrado judicialmente, o cuando habiéndolo sido extrajudicialmente no ha aceptado el cargo en la misma forma es costumbre que jure ante el funcionario que le notifica la designación. Ballesteros expresa que "en los casos en que, por razón de la dignidad del nombrado, se le comunica por oficio el nombramiento, es costumbre que este manifieste la aceptación del cargo en la nota en que contesta al juez letrado, y aún suele ponerse en ella misma la fórmula del juramento, exponiendo el árbitro que acepta el cargo y jura desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible" (807). La legitimidad de este procedimiento ha sido sin embargo rechazada por la Corte de Concepción que estimó nula la diligencia de aceptación y juramento otorgada por el árbitro solo, sin la presencia de ninguna autoridad (808).

321. *Sanción de la falta de juramento.*— Mucha tinta se ha gastado acerca de cuál es el efecto que produce la omisión del juramento por parte de los árbitros.

Es evidente que esta falta no puede poner en peligro la validez de la convención de arbitraje ni del nombramiento de árbitros, puesto que éstos son actos ya perfeccionados con anterioridad (809). Nos parece asimismo indudable que esta omisión tampoco afecta al contrato de compromisario—que se perfecciona por la sola aceptación del árbitro— ya que el juramento no es solem-

(804) C. Santiago, Gaceta 1929, t. II, N.o 99, p. 464.

(805) Véase Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1712, sentencias II, III y VI. Además: C. Serena, Gaceta 1932, t. I, N.o 67, p. 223; C. Santiago, Gaceta 1939, t. II, N.o 123, p. 515. En contra: Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1712, sentencia IV; C. Santiago, Gaceta 1929, t. II, N.o 99, p. 464.

(806) C. Talca, Revista, t. IX, s. II, p. 12.

(807) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1707.

(808) Gaceta 1883, N.o 1263, p. 659.

(809) Nuestros tribunales, aunque sin invocar esta razón fundamental, lo han declarado así: véase Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1712, sentencias II y VI.

nidad ni requisito de ese convenio. El efecto de esa falta sólo puede decir relación, por consiguiente, con las actuaciones mismas del tribunal arbitral; es un vicio procesal. Y no puede ser de otra manera, dada la naturaleza de la diligencia cuya omisión se castiga.

En efecto: siendo el juramento el medio legal de instalación de los jueces árbitros, mientras éstos no juran no puede considerárseles legalmente instalados, ni pueden en consecuencia comenzar a ejercer válidamente las funciones de tribunal arbitral, pues si lo hicieran obrarían con manifiesta incompetencia (810) y sus actos estarían viciados de nulidad procesal (811), susceptible de ser perseguida incidentalmente (C. P. C. art. 87) y por medio del recurso de casación en la forma (C. P. C. art. 492 N.o 1), siempre que el interesado haya reclamado oportunamente de la falta (C. P. C. art. 947) (812) y de ser declarada de oficio por los tribunales de alzada o casación en uso de la facultad que les otorga el art. 950 del C. P. C. (813).

---

(810) C. Santiago, Gaceta 1929, t. II, N.o 99, p. 464; C. Talca, Revista, t. IX, s. II, p. 12.

(811) El carácter procesal y no contractual de esta nulidad es reconocido hoy día unánimemente. Véase: Alessandri, Fernando "La Partición de Bienes", N.o 51; Silva Bascuñán, ob. cit. N.o 141; Albónico, ob. cit. N.o 51; Gaete, ob. cit., N.o 203; Benavente, ob. cit. p. 74.

La Corte de Santiago había establecido ya en 1886 esta doctrina, declarando que la falta de juramento del árbitro "podría dar mérito para entablar el recurso extraordinario de nulidad (antecedentes de la casación en la ley chilena anterior al C. de P. C.), mas no para deducir una demanda ordinaria apoyada en el art. 1681 del C. C." (Véase Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1712, sent. VII).

El mismo tribunal ha declarado posteriormente que no son aplicables al caso de falta de juramento del árbitro "las prescripciones sobre nulidad del C. C. invocadas por el recurrente, que según lo expresa de un modo explícito el autor de este Código, en el Mensaje que lo antecede, se refieren a la nulidad y rescisión de los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derecho y no a los que realizan los jueces en su carácter de tales y las partes que comparecen ante ellos, los cuales por su naturaleza son materia de las leyes de procedimiento", Gaceta 1939, t. II, N.o 123, p. 515).

Admiten implícitamente la misma tesis los fallos que se citan en las dos notas siguientes.

En sentido contrario, véase: Gaceta 1863, N.o 100, p. 45; Gaceta 1889 N.o 4955, p. 1700; Gaceta 1912, N.o 2955, N.o 1889. Igualmente la C. de La Serena parece caer en el mismo error cuando recurre, para rechazar la demanda de nulidad absoluta de lo actuado por el árbitro que no ha jurado, a la circunstancia de que el reclamante contrató sabiendo o debiendo saber el vicio (Gaceta 1932, t. I, N.o 67, p. 223).

(812) Nuestros tribunales han rechazado recursos de casación contra árbitros que no habían jurado fundándose en el hecho de que el recurrente no reclamó oportunamente de la falta de juramento: C. Santiago, Gaceta 1928, t. I, N.o 155, p. 671; C. Santiago, Gaceta 1939, t. II, N.o 123, p. 515.

En otro caso, el tribunal acogió la casación declarando expresamente que no era necesario considerar si se había reclamado la falta porque la única actuación del árbitro recurrido había sido el pronunciamiento de la sentencia impugnada: C. Santiago, Gaceta 1929, t. II, N.o 99, p. 464.

(813) C. Talca, Revista, t. IX, s. II, p. 12.

TITULO TERCERO

DE LA JURISDICCION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Capítulo I

DE LA COMPETENCIA

§ I. — *Límites de la competencia arbitral.*

322 *Jurisdicción y competencia.* — En estricto rigor, los conceptos de jurisdicción y competencia se confunden tratándose de los jueces árbitros. Bernard se expresa al respecto en los siguientes términos:

"La jurisdicción es el poder de juzgar, de declarar el derecho controvertido entre partes, en tanto que la competencia es la repartición del poder de juzgar entre los diversos órganos jurisdiccionales.

Esta repartición no es aplicable en materia de arbitraje, puesto que los árbitros son instituídos por la voluntad de las partes en la medida en que éstas lo han convenido previamente... En materia de arbitraje no existe regla de competencia que deba ser observada, pues los árbitros no participan con otros sus poderes de juzgar ni en cuanto a la materia (814), ni en cuanto al territorio. Lo que importa para determinar los poderes de los árbitros es buscar la voluntad de las partes y referirse sobre ella al compromiso o a la cláusula compromisoria" (815).

No obstante, nos parece evidente que son cosas distintas el poder de juzgar de los árbitros y la medida o extensión de ese poder. Lo primero es lo que le da al compromisario su carácter de tal, lo que lo constituye en tribunal, de modo que si careciera en absoluto de poder de juzgar no sería árbitro ni juez, ni sus actos tendrían valor judicial alguno. En cambio, la extensión de los poderes del árbitro no afecta a su calidad de tribunal, de manera que

---

(814) Bien puede darse el caso no que esta afirmación resulte inexacta. En efecto, es posible que en una o más convenciones de arbitraje relativas a un mismo asunto general, las partes constituyan diversos tribunales arbitrales independientes para que conozcan de las distintas materias comprometidas. En este caso la jurisdicción arbitral estará repartida entre los varios tribunales, de modo que cada cual sólo podrá juzgar las materias que se le han encomendado. (Véase N.o 271).

(815) Bernard, ob. cit., N.o 292.

si un compromisario que lo es en verdad, porque tiene poder de juzgar, se excede más allá de sus poderes, no actúa como un particular desprovisto de toda jurisdicción, sino como un juez que sobrepasa la esfera de sus atribuciones (816).

Esta distinción, cuya importancia aparece claramente de lo expuesto, necesita una forma de expresión en el lenguaje. Creemos que los conceptos de *jurisdicción* y *competencia*, pueden y deben ser aplicados, por analogía, al poder de juzgar de los árbitros y a la medida o extensión de ese poder, respectivamente.

No es éste el sentido riguroso en que los términos "jurisdicción" y "competencia", se emplean corrientemente; pero ello no significa que su uso en el sentido que le damos sea impropio — como afirma Bernard, siguiendo a la Corte de Bruselas (817)—, ya que se ajusta al significado general de dichas palabras. Por lo demás, no hallamos qué otras expresiones podrían representar mejor la idea que se trata de expresar.

323 *Límites de los poderes del árbitro.* — La jurisdicción de los árbitros es limitada en cuanto a las personas a quienes alcanza, a la materia a que se refiere, a la naturaleza de las facultades del tribunal y al tiempo en que se ejerce; esta limitación es lo que determina su competencia.

Estudiaremos en particular cada uno de estos límites que restringen y encuadran los poderes de los compromisarios.

§ II. — *Límites en cuanto a las personas.*

324 *Principio: la competencia del tribunal arbitral sólo alcanza a las personas que concurrieron a constituirlo.* — La de los árbitros es una jurisdicción excepcional que supone el acuerdo de las partes para someterse a ella o un mandato expreso de la ley y, en todo caso, la investidura privada, por los litigantes o el juez en representación suya, del tribunal arbitral. Es principio fundamental del arbitraje el de que, fuera de los casos en que la ley lo hace forzoso, nadie puede ser obligado a someterse a él (L. O. T., art. 177), a menos que por un acto de su propia voluntad haya contraído esta obligación.

Con arreglo a la norma general de que las convenciones sólo obligan a las personas que las celebran, el pacto de arbitraje y el nombramiento de compromisarios no liga sino a las partes que concurrieron a otorgarlos (818).

La competencia del tribunal arbitral no alcanza, por consiguiente, sino a las partes que concurrieron a constituirlo.

325 *Quiénes son partes.* — El concepto de partes, sin embargo, no está limitado a las personas que efectivamente concurrieron a constituir al tribunal arbitral. Hemos visto que los efectos del compromiso y de la cláu-

(816) Oportunamente veremos que esta idea ha sido acogida por nuestra legislación y por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Véase, N.o 361.
(817) Ob. cit., N.o 292.
(818) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 52.

sula compromisoria se radican no sólo sobre los individuos que los celebraron, sino también sobre otras personas que están unidas a ellas por ciertos vínculos jurídicos (819); lo mismo rige con el nombramiento de árbitros.

La competencia de los compromisarios se extiende, también, a estos terceros a quienes, conforme a lo que dijimos en los números 232 a 236 inclusive, alcanzan los efectos de la constitución del tribunal arbitral — sucesores a título universal y singular, codeudores solidarios, etc. — los cuales deben ser considerados como partes en los casos en que, según lo expuesto en esos números, quedan ligados por los actos de las partes primitivas o principales.

326 *Consecuencias.* — El principio de que la competencia del tribunal arbitral está limitada ratione personae a las partes que concurrieron a constituirlo, deroga o restringe respecto del arbitraje todas las normas e instituciones procesales que harían posible la intervención en él de terceros extraños a dichos constituyentes.

En consecuencia:

1.o) El precepto del art. 19 del Código Procedimiento Civil que autoriza la *pluralidad de partes* en un mismo juicio en los casos que indica, no puede invocarse para justificar la intervención en un arbitraje, como demandantes o como demandados, de personas distintas a las partes constituyentes, porque dicha disposición, como ha expresado la Corte Suprema, "debe entenderse sin perjuicio de las reglas especiales de competencia, de las relativas a la ritualidad prescrita en atención a la naturaleza de las acciones acumuladas y de lo previsto en el art. 177 de la L. O. T., precepto éste que estatuye que fuera de los casos expresados en el art. 176, nadie puede ser obligado a someter a juicio de árbitros una contienda judicial. El árbitro es, por tanto, incompetente para conocer la acción interpuesta por un tercero extraño a la escritura de compromiso, ya que nada obliga al demandado a aceptar el arbitraje para decidir el juicio que ese tercero le promueva" (820).

2.o) La *acumulación de autos* que la ley prescribe cuando dos o más procesos que deben constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia se tramitan separadamente (C. P. C., art. 95), no procede en materia de arbitraje, sino entre causas que se ventilan ante un mismo tribunal arbitral y entre partes comprometidas (821), (822).

3.o) La regla del art. 22 del C. P. C., que en el caso en que la acción ejercida por alguna persona corresponda también a otra u otras personas determinadas prescribe la *intervención forzada de terceros*, dando a los demandados el derecho de pedir que se ponga la demanda en conocimiento de

(819) Véase, N.os 232 a 236 y 274.
(820) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I., p. 52.
(821) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 52.
(822) Si se reúnen las condiciones indicadas de que los juicios se ventilen ante el mismo tribunal arbitral, y entre partes comprometidas, es procedente la acumulación. Así, el art. 809 del C. P. C., nos proporciona un ejemplo de acumulación en el arbitraje particional de dos o más de los juicios parciales en que se ventilen cuestiones que deben servir de base a la partición. (Véase Gonzalo Barriga Errázuriz, "Naturaleza de las cuestiones que se promueven en el juicio de partición y de las resoluciones que las fallan", Revista, t. XXX, Primera Parte, p. 5, N.o 11.

los que no hubieran ocurrido a entablarla para que expresen en el término de emplazamiento si se adhieren a ella, no faculta a la parte demandada en juicio arbitral para hacer uso de ese derecho, sino en contra de las demás partes constituyentes del arbitraje, pero no respecto de terceros.

4.o) El comprador a quien se demanda la cosa vendida en el caso del art. 1843, del C. C. no puede, mediante la *citación de evicción* obligar a su vendedor a que comparezca a defenderlo ante un tribunal arbitral a que no se haya sometido voluntariamente dicho vendedor, puesto que éste es un tercero a quien no alcanza la competencia del compromisario (823). Y el legislador va aún más lejos en este caso, disponiendo que cesa la obligación de sanear "si el comprador y el que demanda la cosa como suya se someten al juicio de árbitros, sin consentimiento del vendedor, y los árbitros fallaren contra el comprador" (C. C., art. 1846).

Pero si el vendedor se somete voluntariamente a la jurisdicción arbitral creemos, con Robert (824), que la parte que acciona contra el comprador no puede oponerse a su intervención, a pretexto de que ella modifica las condiciones del arbitraje, puesto que respecto de esa parte la situación es la misma, sea que litigue contra el comprador o el vendedor.

5.o) En general, son improcedentes ante los tribunales arbitrales las *tercerías*, ya que los compromisarios sólo tiene competencia respecto de las partes, los terceros no pueden ser obligados a someterse a ellos y si concurren voluntariamente, no pueden obligar a las partes a aceptar su intervención, que modifica las condiciones del arbitraje (825). Esta intervención de terceros, como excluyentes o coadyuvantes, es sólo posible si los terceros y las partes convienen en ampliar respecto de ellos la competencia de los árbitros.

327 *Otras aplicaciones.* — Aplicando el mismo principio de que la competencia arbitral está restringida a las partes y no se extiende a terceros, los tribunales han resuelto que el árbitro nombrado por uno de los cónyuges en su testamento para partir su herencia y liquidar su sociedad conyugal no tiene competencia para lo último si el otro cónyuge no acepta el nombramiento (826); que al partidor de una herencia no le corresponde conocer del juicio de cuentas a que pueda dar lugar la rendición de ellas por parte de quien desempeñaba la curatela del causante de esa herencia (827); que efectuado el remate a favor de un tercero de una propiedad comprendida en la partición, extendida escritura pública del remate e inscrita, carece de competencia el árbitro para pronunciarse obligatoriamente respectó de ese tercero rematante, acerca de la nulidad del remate que alegaren los interesados por defectos o vicios cometidos en la tramitación realizada ante el mismo ár-

(823) Robert, ob. cit., N.o 163; Bernard, ob. cit., N.o 404; Borjas, ob. cit., t. V., N.o 494, p. 49.

(824) Ob. cit., N.o 163.

(825) Robert, ob. cit., N.o 164; Bernard, ob. cit., N.o 409; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 277.

(826) C. Talca, Gaceta 1911, N.o 1399, p. 1158; C. La Serena, Gaceta 1914, N.o 334, p. 939.

(827) C. Talca, Gaceta 1906, N.o 909, p. 423.

bitro (828; que el árbitro nombrado para partir los bienes quedados al fallecimiento de una persona es incompetente para dejar sin efecto la adjudicación de un inmueble hecha anteriormente en el mismo juicio si el inmueble se transfirió después a diversas personas hasta llegar al dominio de un tercero que no es parte en el juicio de partición, y el compromisario extralimita sus facultades y viola la ley al conceder una medida precautoria que afecta a ese tercero (829).

328 *Alcance de la regla del inc. 3.o del art. 792, del C. P. C.* — El inc. 3.o del art. 792, del C. P. C., dispone que "cuando el cumplimiento de la resolución arbitral... *hubiere de afectar a terceros* que no sean parte en el compromiso deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto".

Esta regla contraría aparentemente el principio que estamos comentando, por cuanto da a entender que las resoluciones arbitrales pueden afectar a terceros distintos de las partes comprometidas.

Es evidente, sin embargo, que el legislador no ha querido preceptuar tal cosa, que sería en absoluto contraria a todo el sistema jurídico del arbitraje y aún a los principios que rigen la eficacia de las resoluciones judiciales y la cosa juzgada.

Lo que hay es que toda resolución judicial puede afectar siempre a terceros, no ya en cuanto declare derechos en su favor u obligaciones en su contra o los fuerce a una prestación, como les ocurre a las partes, sino en cuanto al colocar a toda persona en la necesidad de reconocer que entre las partes se ha fallado tal o cual cosa, puede implícitamente producir efectos respecto de terceros. Así, por ejemplo, el arrendatario o el depositario de una cosa serán afectados por la sentencia que acoja una acción reivindicatoria en contra del arrendador o el depositante, puesto que deberán restituir la cosa a la persona declarada dueña en ese fallo.

Casos como éstos pueden presentarse a menudo en el arbitraje y el art. 1846 del C. C., nos proporciona un ejemplo: según se desprende de ese precepto, si el comprador de una cosa y el que la demanda como suya someten a decisión arbitral la disputa sobre el dominio, con el consentimiento del vendedor, aunque éste no intervenga como parte en el arbitraje será afectado por la sentencia que condene al comprador, ya que deberá indemnizar la evicción. En este evento, conforme a la regla del inc. 3.o del art. 792 del C. P. C., deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto. Lo mismo sucederá cuando acogiéndose una reivindicación se ordene al actual tenedor, que tiene la cosa a nombre del poseedor condenado, que la restituya al verdadero propietario.

Esta misma es la interpretación que la Corte Suprema ha dado a la frase que comentamos del art. 792, al resolver que tal disposición no tiene el alcance de poder hacer cumplir por terceros extraños a la litis las resoluciones del compromisario, que obligan sólo a los comuneros que fueron parte en el juicio. En la especie el adjudicatario de un predio en una partición

(828) C. Tacna, Gaceta 1904, N.o 1293, p. 299.
(829) C. Suprema, Revista, t. XVII, s. I, p. 395.

solicitó su entrega contra los actuales ocupantes que no fueron parte en el juicio divisorio. La Corte negó lugar a la demanda, declarando que el laudo particional sólo afectaba a esos ocupantes, como a cualquiera otra persona, en cuanto debían tener al demandante como sucesor de los derechos del causante en los predios adjudicados, en los términos que prescribe el art. 1344 del C. C., o sea, que debe reputarse que el actor ha sucedido inmediata y exclusivamente al difunto en los efectos que le hubieren cabido y que no ha tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión, pero la obligación de entregarle la cosa adjudicada o los derechos del causante en ella que pesa sobre los demás condueños que fueron partes en el pleito, no puede hacerse efectiva contra terceros que no han litigado (830).

329 *Excepciones.* — Excepcionalmente, hay casos en que la competencia del tribunal arbitral alcanza a terceras personas diversas de las que concurrieron a constituirlo. Son casos que la ley establece expresamente, como los previstos en los arts. 813 y 808 del C. P. C., o que derivan de los principios generales de la competencia.

330 a) *Caso del art. 813 del C. P. C.* — Según este precepto "Los terceros acreedores que tengan derechos que hacer valer sobre los bienes comprendidos en la partición, podrán ocurrir al partidor o a la justicia ordinaria, a su elección" Si hacen lo primero, se someten a la competencia del árbitro, y ni éste puede excusarse de conocer, ni las partes oponerse al conocimiento, ya que con la sola intervención del tercero acreedor queda ampliada la competencia del partidor a su respecto.

El legislador ha establecido esta excepción a los principios generales inspirado, sin duda, por la conveniencia de que todas las cuestiones que deben servir de base a la partición sean conocidas por el partidor. El pago de los créditos de terceros contra los bienes comprendidos en la partición es una de esas cuestiones, y si los acreedores están llanos a concurrir ante los árbitros para su cobro, no es contrario a derecho obligar a los comuneros a aceptar su intervención, puesto que el pago de los créditos es algo que naturalmente queda comprendido en las operaciones de la partición encomendada por ellos al compromisario.

Pero se ha resuelto que si los créditos alegados no son reconocidos por los comuneros, deja de ser aplicable la norma del art. 813 del C. P. C., y la existencia del crédito debe ser discutida en juicio declaratorio ante la justicia ordinaria (831), jurisprudencia muy razonable en nuestro concepto, porque la cuestión a que se refiere de determinar la existencia de un crédito contra la comunidad, no es, como el solo pago de una deuda reconocida, una simple operación que deba servir de base a la partición, sino un asunto del todo extraño e independiente, que los comuneros no pueden ser obligados a someter a arbitraje ni han tenido la intención de comprometer cuando nombraron partidor.

---

(830) C. Suprema, Revista, t. XXXVII, s. I, p. 470.
(831) C. Talca, Gaceta 1911, t. II, N.o 833, p. 1232.

331 b). *Caso del art. 808 del C. P. C.* — Según el inc. 1.o de este precepto, corresponde conocer al partidor las cuestiones relativas a las cuentas de los albaceas, comuneros y administradores de los bienes comunes; pero conforme al inc. 2.o, esto se entiende sin perjuicio del derecho que tienen tales personas y los tasadores para ocurrir también a la justicia ordinaria en cuestiones relativas a sus cuentas y honorarios, siempre que no hubieren aceptado el compromiso, o que éste hubiere caducado o no estuviere constituído aún.

Esta disposición, en otros términos, entrega a la competencia del partidor las *cuestiones sobre cuentas de los albaceas, comuneros y administradores*, siempre que éstos, voluntariamente, quieran someterlas a su fallo. Los albaceas y administradores son terceros extraños a la partición; los interesados en ésta no pueden, sin embargo, oponerse a que sometan sus cuentas al árbitro, cosa que el legislador ha establecido inspirado por el mismo espíritu que en el caso del art. 813, de que siendo ésta una cuestión que tiene influencia en la partición misma, es de toda conveniencia que sea conocida por el propio partidor.

La ley ha incluído también en la regla del art. 808 a los comuneros, no obstante que éstos son partes en el juicio de partición y están forzosamente sometidos a la competencia del árbitro, otorgándoles la facultad de presentar sus cuentas, a su elección, ante la justicia ordinaria o el compromisario. Estimamos que en esta parte, el precepto legal se contradice con lo que establece respecto de los albaceas y administradores. En efecto, no puede argumentarse que los comuneros no están obligados a discutir sus cuentas ante el partidor, por ser éste un objeto extraño al de la partición misma, si en el caso de la rendición de cuentas de los albaceas y administradores, que son terceros, los comuneros no pueden oponerse a que éstos las sometan al fallo del árbitro. Si en el caso de las cuentas de los albaceas y administradores se consideró su discusión como asunto accesorio a la partición y por eso se obligó a los comuneros a aceptar la competencia del árbitro al respecto cuando los terceros se la sometieran, lo lógico habría sido que las cuentas de los comuneros, como partes del arbitraje, se rindieran siempre ante el partidor, sin que se les diera el derecho de llevarlas a los tribunales comunes. O por el contrario, si el legislador estimó que el arbitraje particional no obliga a los comuneros a discutir sus cuentas ante el partidor, no debió forzarlos a discutir ante ese juez las cuentas de terceros, como los albaceas y administradores, cuando éstos desearan someterlas a dicho tribunal.

El inc. 2.o del art. 808, establece que la competencia del partidor para conocer de los asuntos a que nos referimos es sin perjuicio del derecho de los albaceas, comuneros, administradores y *tasadores* para ocurrir a la justicia ordinaria en asuntos relativos a sus cuentas y *honorarios*.

Se refiere en esta parte el precepto legal a las cuestiones sobre honorarios de las personas que indica. En estricto rigor, creemos que ellas no deben entrar en la competencia del árbitro, a menos que todos los interesados se las sometan —excepto respecto de los tasadores, según veremos en el número siguiente—. La jurisprudencia ha entendido, sin embargo, que dada la

inseparable conexión que existe entre la cuenta y el honorario, el partidor que conozca de aquélla tiene también competencia para conocer en lo relativo al honorario, si el interesado lo cobra ante él (832). Esta interpretación se explica y aún justifica si se tiene en cuenta que la cuestión sobre honorarios es, en todo caso, de aquellas cuya resolución está llamada a influir en los resultados de la partición.

332 c). *Cuestiones sobre honorarios de personas que prestan servicios ante el tribunal arbitral.* — La Corte de Valdivia ha fallado, fundándose en la regla del art. 808 del C. P. C., que encomienda al partidor las cuestiones relativas a inventarios, tasaciones, etc., que a él le corresponde conocer del cobro de los emolumentos fijados por los aranceles judiciales y de los honorarios por mensuras practicadas, relativos a la facción de inventarios, que formulen el defensor de menores, secretario judicial, testigos, etc., que hayan intervenido en ellos (833). La Corte de Santiago, aplicando la norma del art. 426 del C. P. C., que encomienda al juez de la causa el conocimiento en ramo separado de los incidentes a que de lugar el nombramiento de los peritos y el desempeño de sus funciones, ha fallado igualmente que el árbitro es competente para conocer del cobro de honorarios de un perito que presta sus servicios en juicio arbitral, gestión que se tramita y falla como incidente (834).

En realidad, creemos que todas las cuestiones sobre cobro de honorarios que procedan de servicios profesionales prestados en el juicio arbitral pueden ser conocidas por el árbitro en forma incidental cuando los acreedores las sometan a su competencia, según la norma del art. 859 del C. P. C., que faculta al acreedor para ocurrir al tribunal competente según las reglas generales o a aquél que hubiere conocido en primera instancia del juicio en que se prestaren los servicios.

Cierto es que puede con fundamento decirse que la disposición del art. 859 del C. P. C., no rige en los casos de arbitraje, porque las partes comprometidas no se han obligado a sujetar al árbitro el fallo de las cuestiones sobre honorarios con terceros y éstos no pueden forzarlas a acatar la decisión del compromisario sobre la materia.

Sin embargo, creemos que en este caso, hay razones especiales para reconocer competencia al compromisario. En efecto, los honorarios causados en favor de terceros que prestan servicios en el juicio como auxiliares de la labor del tribunal — actuarios, defensores públicos, procuradores, abogados, peritos, etc., — son un accesorio propio e ineludible del juicio, que las partes necesariamente han debido prever y que lógicamente han de ser regulados por el tribunal ante el cual se prestan los servicios. Los terceros que son llamados por el tribunal arbitral a auxiliarlo con sus servicios tienen derecho a que ese mismo tribunal avalúe su trabajo y no parece lógico que las par-

(832) C. Talca, Gaceta 1911, t. II N.o 1011, p. 478; C. Valparaíso, Gaceta 1909, t. II N.o 819, p. 201.

(833) Gaceta 1912, t. II, N.o 120, p. 183 (con un voto en contra).

(834) C. Santiago, Gaceta 1914, N.o 489, p. 1346.

tes que requirieron esos servicios ante dicho juez, puedan negarse a acatar su fallo.

333. *Ampliación de la competencia ratione personae.—Intervención voluntaria de terceros consentida por las partes.*— De todo lo que hemos visto se deduce que en ningún caso pueden las partes sujetas a arbitraje obligar a terceros a someterse a la competencia del tribunal arbitral, y que, salvo los casos excepcionales que acabamos de señalar, tampoco pueden los terceros obligar a las partes a aceptar su intervención en el juicio arbitral. Pero de lo dicho aparece también que no hay ningún inconveniente para que en cualquier momento se amplíe la competencia del tribunal arbitral a nuevas personas distintas de las constituyentes, mediante la intervención voluntaria de terceros consentida por todas las partes. (835).

Un acuerdo entre todas las partes y determinados terceros puede siempre permitir la intervención de extraños en el arbitraje, ampliando a su respecto la competencia del compromisario. Los terceros, en este evento, deben respetar las condiciones del arbitraje, que les afectan como a las partes, y todo lo obrado hasta el momento de su concurrencia, a menos que se estipule expresamente otra cosa. (836).

III.—LIMITES EN CUANTO A LA MATERIA

334. *Enunciación.*—Dos principios rigen la competencia ratione materiae de los jueces árbitros: el de que sólo pueden conocer las materias comprendidas en el título de su nombramiento, y el de que en ningún caso pueden juzgar asuntos que la ley prohiba someter a arbitraje.

335. *Primer principio: la competencia del tribunal arbitral sólo comprende las materias enunciadas en el título de su nombramiento.*— Según el art. 183 de la L. O. T. el nombramiento de los árbitros, sea que se confunda con el compromiso o se haga en cumplimiento de una cláusula compromisoria o de un mandato legal, debe contener la expresión del "asunto sometido al juicio arbitral". Oportunamente dijimos que esta mención tiene por objeto determinar la competencia del tribunal arbitral y que ella constituye la carta o ley donde debe buscarse la medida o extensión de las facultades del compromisario (837).

De acuerdo con esto, nuestra Corte Suprema ha fallado que "los árbitros no tienen más facultades que las que les confieren las partes o el juez en el título de su nombramiento" (838) y que su jurisdicción está "limitada exclusivamente al asunto o asuntos expresamente sometidos a su conocimiento por los interesados que los han investido como jueces". (839).

El C. C., al disponer respecto de la partición de bienes que deben ser

(835) Bernard, ob. cit., N.o 409; Robert, ob. cit. N.o 164.
(836) Robert, ob. cit., N.o 164.
(837) Véase N.o 196.
(838) C. Suprema, Revista, t. XXVI, s. I, p. 367.
(839) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 52.

resueltas por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o ab-intestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios y las cuestiones sobre la propiedad de objetos en que alguien alegue derecho exclusivo y que, en consecuencia, no deban entrar a la masa partible (arts. 1330 y 1331) no ha hecho sino aplicación de este principio fundamental de que el compromisario sólo puede juzgar los asuntos que le han sido encomendados al constituirse el arbitraje.

El partidor es designado, en efecto, para hacer la división de los bienes que constituyen la comunidad, entre los distintos comuneros, a prorrata de los derechos de cada cual; dentro de esta misión que se le confía no entra naturalmente la de determinar cuáles son los bienes que deben repartirse ni quiénes las personas entre las que la repartición debe efectuarse. No es, pues, por la importancia de estas cuestiones—como se ha dicho (840)— que la ley las excluye de la competencia del compromisario; sino porque ellas son extrañas al objeto mismo del arbitraje particional. La ley somete forzosamente al juicio de árbitros la división de los bienes comunes entre los comuneros y les encomienda, en consecuencia, la tarea de decidir todas las cuestiones que deben servir de base a esa repartición (C. P. C. art. 808); pero los problemas de saber cuáles son los bienes comunes y entre quiénes han de dividirse no pueden lógicamente considerarse incluídos en esa tarea de hacer la repartición, a la cual exceden en mucho y de la cual son asuntos independientes y previos; por si acaso alguien pudiera tener dudas al respecto, la ley lo dice expresamente, haciendo ver que no las comprende en el arbitraje forzoso. Pero nada obsta, por lo mismo, a que todos los interesados las sometan voluntariamente a decisión arbitral. (841).

336. *Extensiones de la competencia "ratione materiae".*— Sabemos que la mención exigida por el N.o 3 del art. 183 de la L. O. T., no debe necesariamente hacerse mediante la expresión detallada de cada una de las cuestiones que se someten a arbitraje, especificando nominativamente sus estremos particulares y las pretensiones de las partes (842), ya que su objeto no es incoar un litigio determinado ni fijar el contenido de cierta relación procesal, sino el de precisar la medida de la jurisdicción del árbitro, por lo cual puede efectuarse indicando de modo general las materias que quedan sujetas a su competencia. El rol de esta mención es, en efecto, relativamente a los tribunales arbitrales, el mismo que tienen las leyes de competencia "ratione materiae" respecto de los tribunales ordinarios. La diferencia está, únicamente, en el carácter convencional y no legal de esta regla de competencia.

De lo dicho se siguen dos consecuencias importantísimas:

1.o Que como regla de competencia "ratione materiae", la mención que indica el asunto objeto del arbitraje debe entenderse complementada por las demás leyes de competencia y en especial por las llamadas reglas generales — de la fijeza, el grado, la extensión y la prevención (L. O. T., arts. 193, 194,

(840) Silva Bascuñán, ob. cit., N.o 147.
(841) Véase N.os 52 y 53.
(842) Véase N.o 197.

195 y 196)— en cuanto sean aplicables a los tribunales arbitrales y no se opongan a la intención de las partes.

2.o Que siendo ésta una regla de competencia convencional, su entendimiento debe hacerse de acuerdo con las normas que sobre "interpretación de los contratos" da el C. C. en sus arts. 1560 y siguientes, teniendo antes que nada en cuenta el principio fundamental de que es preciso estarse a la intención de los contratantes más que a lo literal de las palabras.

En consecuencia, la regla romana de que "arbiter nil extra compromissum facere potest" (843), que sirve de base para determinar la competencia del tribunal arbitral, no fuerza a éste a conocer tan sólo las cuestiones que estén expresamente indicadas en el título de su nombramiento ni le impide rigurosamente conocer de ninguna otra que no haya sido taxativamente prevista en él, sino que le deja margen para fallar todas las cuestiones que según la ley o la intención de las partes deban entenderse comprendidas entre las que el compromisario está facultado para decidir. Tales son, por ejemplo, las cuestiones accesorias o incidentales; las que constituyen una consecuencia o dependencia necesaria de la materia especificada por las partes; las que están tan vinculadas a ésta que no se pueden separar de ella, y, en general, todas aquellas que sea preciso abordar para el fallo correcto y acabado de los asuntos comprometidos (844).

Cada caso dudoso que se presente debe ser resuelto conforme a estas normas generales, algunas de cuyas aplicaciones examinamos en seguida brevemente

337. *Incidentes.*—"El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan" (L. O. T. art. 195 inc. 1.o).

Esta regla fundamental de competencia es aplicable a los árbitros y dentro de la facultad que éstos tienen para conocer las controversias comprometidas va siempre aneja la de ver y resolver las cuestiones incidentales que se rozan con ellas, bien sea que exijan una decisión previa para seguir substanciando la causa principal, o tengan otro carácter; bien sea que nazcan de hechos anteriores al juicio o coexistentes con su principio, o sobrevengan en el curso de éste. (845).

Lo único indispensable para que el compromisario pueda conocer del incidente es la existencia de un vínculo de ligazón o dependencia entre éste y la causa principal sujeta a su fallo. En ningún caso tiene más fuerza que en el presente la norma que autoriza al juez para rechazar de plano todo incidente que no tenga conexión alguna con el asunto que es materia del juicio (C. P. C. art. 86), porque el árbitro es incompetente para pronunciarse so-

(843) Digesto, De receptis qui arbitrii, ley 32, párrafos 15 y 21.

(844) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V., N.o 1826; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 268; Bernard, ob. cit., N.o 297; Robert, ob. cit., N.o 137; Manresa, ob. cit., t. IV, pgs. 9 y 16; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 779; Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1702; Miranda, ob. cit., N.o 139.

(845) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1831; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 277; Bernard, ob. cit., N.os 298 y 400 y siguientes; Robert, ob. cit., N.o 137; Manresa, ob. cit., t. IV, p. 57.

bre cualquiera cuestión que no esté relacionada con el asunto comprometido y cuya decisión carezca de influencia en el resultado del arbitraje.

Nuestros tribunales han fallado que corresponde al árbitro conocer de todas las incidencias que se promuevan con motivo de los actos ejecutados en la partición y la justicia ordinaria no puede compeler al compromisario respecto de cuestiones de su propia jurisdicción, como es la subscripción de una escritura de remate otorgada ante él (846) y que el partidor es competente para conocer en todo lo relativo a la licitación de bienes comunes y en todas las incidencias que con motivo de ella se promuevan (847).

338. *Reconvenciones.*—Dispone la L. O. T. que el juez competente para conocer de un asunto lo es también para conocer de las cuestiones que se susciten por vía de reconvención (art. 195 inc. 2.o). Pero esta norma general está restringida por el art. 305 del C. P. C., según el cual "no podrá deducirse reconvención sino cuando el tribunal tenga competencia para conocer de ella estimada como demanda o cuando sea admisible la prórroga de jurisdicción".

Conforme a estas reglas legales, en relación con los principios que hemos establecido acerca de la competencia arbitral, es preciso resolver que los compromisarios no pueden pronunciarse sobre otras reconvenciones que las relativas a materias comprendidas en el título de su nombramiento. Son, sin duda, competentes para conocer de éstas, puesto que habiéndoles sido encomendadas al constituirse el arbitraje, habría podido conocerlas si se hubieran deducido como demandas y el sólo hecho de que se las promueva de otro modo no puede hacer variar la competencia. Pero carecen de facultad para juzgar las que en razón del título de su nombramiento quedan al margen de su competencia, ya que ninguna de las partes puede obligar a la otra a sometérselas y no es admisible en este caso la prórroga de jurisdicción, porque los jueces árbitros no ejercen jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios que son competentes para conocer de ellas.

Los tratadistas enseñan, además, que los árbitros deben conocer aún de las reconvenciones que no se hallen enunciadas en el título de su competencia cuando se hacen valer como un medio de defensa, cual es el caso de oponerse por esta vía la excepción de compensación, que opera ipso jure; porque como todos los jueces, los compromisarios son competentes para fallar las excepciones o defensas que se opongan a la demanda (848). Pero es cuestión discutida la de si, en el caso de acoger la compensación reconvencional, los árbitros deben limitarse a rechazar la demanda o si pueden también, cuando el crédito opuesto en compensación por el demandado exceda al que hacía valer el demandante, condenar a éste al pago de la diferencia. Bernard opina que el compromisario sólo está facultado para lo primero (849); se-

(846) C. Talca, Revista, t. V, s. II, p. 38.

(847) C. Talca, Gaceta 1913, N.o 630, p. 2032.

(848) Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 277; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1831; Bernard, ob. cit., N.o 408; Robert, ob. cit. N.o 165; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 494, p. 49; Miranda, ob. cit., N.o 141.

(849) Ob. cit., N.o 408.

gún Glasson, Tissier et Morel tiene amplias facultades (850). La ley mexicana resuelve expresamente la dificultad disponiendo que los árbitros pueden conocer de la reconvención en el caso que se oponga como compensación hasta la cantidad que importa la demanda, o cuando así se haya pactado (C. P. C., art. 630).

339. *Cuestiones sobre costas.*—Todo tribunal es competente para condenar a las partes, según las reglas legales, al pago de las costas causadas ante él, y para hacer la tasación de dichas costas.

Constituyendo las costas un gasto anejo a todo juicio, la cuestión sobre ellas va implícita siempre en el arbitraje y creemos, por lo tanto, con Chiovenda (851) y Manresa (852), que los árbitros son competentes para hacer la condenación en costas y la tasación subsiguiente, aunque el compromiso no los habilite para ello.

Se ha fallado, sin embargo, que el arbitrador nombrado para resolver todas las dificultades producidas entre dos socios carece de competencia para imponer condenación en costas del juicio arbitral, materia propia del conocimiento y decisión de la justicia ordinaria (853). Nos parece errada esta opinión que obliga a suscitar un juicio distinto, independiente y ordinario, para decidir un asunto que evidentemente constituye un simple accesorio del juicio en que se causan las costas y que debe ser resuelto de manera incidental.

Pero en la facultad que reconocemos a los árbitros para fallar sobre las costas no se comprende, como oportunamente dijimos, la de resolver sus propios honorarios, ya que respecto de ellos tienen la calidad de partes y no pueden pronunciarse como jueces (854).

340. *Interpretación de la cláusula sobre competencia.*— Los árbitros son también competentes para interpretar la cláusula de su designación relativa a su competencia.

El principio de que todo juez lo es igualmente de su competencia, rige respecto de los compromisarios (855). Como anotan Glasson, Tissier et Morel, no puede objetarse que esta cuestión no les fué sometida, pues, si los árbitros deben encuadrarse dentro de los términos del compromiso "de ello resulta implícitamente que para observar esta regla tienen el derecho y el deber de buscar cuál es el límite de su competencia" (856). Lo cual se entiende, naturalmente, sin perjuicio del derecho de las partes de impugnar su interpretación por la vía del recurso de apelación y, en todo caso, aun cuando hayan renunciado a los recursos legales, de recurrir de casación en la for-

(850) Ob. cit., t. V, N.o 1831.
(851) La condena en costas, N.o 390, p. 509.
(852) Ob. cit., t. IV, p. 48.
(853) C. Concepción, Gaceta 1937, t. II, N.o 173, p. 678.
(854) Véase N.o 316.
(855) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1829; Garsonnet et Cézar-Bru, ob. cit., t. VIII, N.o 279; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 779; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 494, p. 49; Bernard, ob. cit., N.o 293; Robert, ob. cit., N.o 150; Miranda, ob. cit., N.o 80, quien cita en el mismo sentido a Ricci y Codovilla.
(856) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1829; Robert, ob. cit. N.o 150 bis.

ma por incompetencia o ultra-petita en contra del fallo que el árbitro pronuncie fuera de los límites de sus facultades (857).

A los árbitros legalmente constituídos les toca, por consiguiente, resolver en cada caso si los puntos o cuestiones que se les someten por las partes se hallan comprendidos dentro de la órbita de su competencia. Pero esta facultad de los árbitros no los autoriza para tocar lo que al respecto se haya resuelto por los tribunales ordinarios durante las gestiones de su nombramiento, cuando han sido designados por mandato de la ley o en virtud de una cláusula compromisoria.

Hemos visto, en efecto, que en el trámite judicial de nombramiento de árbitros puede plantearse la cuestión de si determinados asuntos son o no materia de arbitraje, porque pidiendo una parte la constitución del tribunal arbitral para su fallo, otra se opone sosteniendo que ellos no se hallan comprendidos en la cláusula compromisoria o en el texto legal que ordena el arbitraje forzoso (858). Para determinar si procede hacer el nombramiento el juez ordinario debe pronunciarse sobre esta cuestión previa y su sentencia, una vez ejecutoriada en conformidad a la ley, impide que lo en ella resuelto pueda ser nuevamente discutido ante cualquier tribunal; los compromisarios deben respetar la autoridad de cosa juzgada que emana de esa decisión. Y lo mismo ocurrirá cuando, sin haberse impugnado la procedencia del nombramiento de árbitros, se ha discutido en las gestiones correspondientes ante la justicia ordinaria cuál es la materia para cuya decisión ese nombramiento debe efectuarse: lo que sobre el particular convengan las partes o decida el tribunal en juicio contradictorio entre aquellas, interpretando el texto legal de arbitraje forzoso o la cláusula compromisoria, será también obligatorio para los árbitros.

La interpretación de la cláusula sobre competencia, sea que la haga el árbitro o la justicia ordinaria en su caso, debe tender fundamentalmente a averiguar la intención de las partes; conocida ésta claramente, el intérprete deberá estarse a ella más que a lo literal de las palabras (C. C. art. 1560); pero por generales que sean los términos de la convención, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado (C. C. art. 1561). El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de producir efecto alguna (C. C. art. 1562). En casos dudosos la cláusula debe interpretarse restrictivamente, teniendo presente que la jurisdicción arbitral es de excepción (859).

La interpretación de la cláusula sobre competencia es cuestión de hecho que corresponde a los tribunales de fondo y escapa al control del tribunal de casación (860), salvo el caso en que se trata de interpretar la norma sobre competencia contenida en un texto legal que ordena el arbitraje forzoso, evento en el que constituye un asunto de derecho.

---

(857) Glasson, Tissier et Morel, ob cit., t. V, N.o 1829.
(858) Véase N.o 297.
(859) Bernard, ob. cit., N.os 103, 190, 191 y 192.
(860) Bernard, ob. cit., N.os 103 y 1936; C. Suprema, Revista, t. XXIX, s. I. p. 100.

341 *Algunas interpretaciones de nuestra jurisprudencia.*— Nuestros tribunales, interpretando de acuerdo con las normas antedichas las cláusulas que determinan la competencia arbitral, han resuelto: que la jurisdicción del compromisario no puede extenderse a otros negocios que los que le hayan sido expresamente confiados, por lo cual el nombrado para partir la herencia dejada por una persona carece de facultad para liquidar la sociedad conyugal que ésta haya tenido, a pesar de lo dispuesto en el art. 1341 del C. C. (861); que el arbitraje constituído para resolver todas las diferencias, reclamos o cuestiones que puedan surgir entre las partes, con motivo de un contrato comprende la demanda en que se pide el cumplimiento de él de un modo especial (862); que nombrado un árbitro para conocer de todas las dificultades suscitadas entre las partes con motivo de la participación de utilidades que pueda corresponder a una de ellas por su administración de un fundo, sin limitar a un período determinado la cuestión materia del arbitraje, el árbitro es competente para resolver todas las cuestiones que se le promuevan sobre la materia (863); que designado un árbitro para que resuelva toda dificultad que surja entre los contratantes con motivo de la interpretación o cumplimiento de un contrato, no procede sostener que el compromisario sólo puede resolver divergencias teóricas o doctrinarias, sino que le corresponde conocer, además de los desacuerdos de hechos efectivos que coloquen a los contratantes en pugna de intereses acerca de los derechos y obligaciones que para cada uno emanan de dicho contrato (864); que la cláusula de arbitraje relativa a todas las dificultades que se susciten entre las partes durante la vigencia de un contrato comprende aún las que motive el incumplimiento de ese contrato y no solamente las referentes a su ejecución, como se había resuelto en primera instancia (865); que pactado en un contrato que todas las dificultades que surgieren con motivo de su cumplimiento deben someterse a arbitraje, debe entenderse comprendido dentro de la competencia del árbitro designado el cobro judicial de unas letras giradas con motivo de ese contrato (866); que no es la demanda sino el compromiso lo que limita la competencia del árbitro, por lo cual no habiéndose obligado las partes que designan un tribunal de arbitradores para resolver diversas cuestiones a formular todos sus reclamos en un solo escrito, mientras los árbitros estén en ejercicio de sus funciones no se les puede negar competencia para conocer de nuevas cuestiones comprendidas en su título por la sola circunstancia de que ya hayan expedido sentencia respecto de las otras promovidas (867); que al fijar el árbitro un plazo para el cumplimiento de la sentencia no falla ultra-petita, sino que sólo debe entenderse que eso importa una consecuencia del fallo, con-

(861) C. Serena, Gaceta 1914, N.o 334, p. 939.
(862) C. Valparaíso, Gaceta 1915, N.o 299, p. 739.
(863) C. Santiago, Revista, t. XII, s. II, p. 1.
(864) C. Santiago, Revista, t. XXIX, s. I, p. 100.
(865) C. Valparaíso, Gaceta 1914, N.o 481, p. 1324.
(866) C. Valparaíso, Gaceta 1939, t. I, N.o 78, p. 351.
(867) C. Suprema, Revista, t. XXXIII, s. I, p. 77.

forme con la escritura de compromiso (868); que los árbitros carecen de competencia para decretar medidas precautorias sobre bienes ajenos a los que son objeto del juicio arbitral (869), etc.

342. *Algunos casos dudosos.*—Hay casos en que es difícil precisar el verdadero alcance de la cláusula sobre competencia de los árbitros.

Para solucionar las dudas, Godron establece como principio diferenciador el siguiente: entran en la competencia del compromisario todas las dificultades que constituyan la continuación normal y directa del negocio comprometido y quedan al margen de su competencia las que no tengan ese carácter (870). Sin absolutismo riguroso y relacionándolo con los demás principios que sobre el particular hemos indicado en los números anteriores, este criterio de Godron puede ser aceptado como una base útil para solucionar muchas dificultades.

Así, se estima generalmente que los árbitros tienen facultad para pronunciarse sobre los frutos, intereses o rentas de la cosa o capital demandado, siempre que una de las partes se lo pida, aún cuando en la convención de arbitraje no se le haya conferido expresamente esta atribución (871); así lo resolvía la ley XXXII, Título IV de la Partida Tercera, al expresar: "ca bien como ellos pueden dar juicio sobre la cosa principal, otrosí lo pueden facer en razón de los frutos e de las otras cosas que nascieren o salieren della".

Por la misma razón se resuelve igualmente que los árbitros son competentes para conocer de la acción de indemnización de daños y perjuicios por la inejecución del contrato que ha dado motivo al arbitraje (872), y así lo han entendido nuestros tribunales (873).

De igual modo, debe entenderse comprendida en la convención de arbitraje relativa a todas las dificultades que se produzcan con motivo de la ejecución o cumplimiento de un contrato, la demanda sobre resolución del mismo, sea que se base en el incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes o en la verificación de la condición resolutoria estipulada. Así lo enseñan Bernard (874) y Morel (875), quienes consideran competente al árbitro para conocer igualmente de todo lo relativo a la violación del contrato, a su rescisión y a la disolución de una sociedad antes del término, y abonan sus opiniones con citas de jurisprudencia belga y francesa.

Nuestra Corte Suprema, sin embargo, ha resuelto que el árbitro nombrado para resolver todas las dificultades que se susciten con motivo de un contrato es manifiestamente incompetente para conocer de las cuestiones o materias concernientes a la resolución de ese contrato, de que emana la causa o título de su nombramiento, y al hacerlo, ejerce su potestad fuera del

(868) C. Santiago, Revista, t. X, s. II, p. 13.

(869) C. Suprema, Revista, t. XXVI, s. I, p. 367; C. Concepción, Otero, ob. cit., t. II, p. 1097.

(870) Citado por Vargas, ob cit., N.o 45, p. 104.

(871) Manresa, ob. cit.. t, IV, p. 48; Robert, ob. cit., N.o 138; Bernard, ob. cit., N.o 299.

(872) Vargas, ob cit., N.o 45, p. 104.

(873) C. Santiago, Revista, t. II, s. II, p. 111.

(874) Ob. cit., N.o 192.

(875) Ob. Cit., N.o 37.

límite de sus legítimas atribuciones (876). Estimamos erróneo este fallo, que al parecer se funda en la creencia de que la resolución del contrato echa al suelo la existencia misma de la jurisdicción arbitral, idea falsa, porque aun por mucho que se extreme la ficción de la retroactividad, no puede afirmarse que la resolución destruya al contrato, sino tan sólo a sus consecuencias, puesto que lo deja sin efecto, pero no pone en duda que haya nacido válidamente, haciendo surgir la jurisdicción del compromisario. Creemos, por tanto, como en otra oportunidad lo habían estimado nuestros tribunales (877), que la cuestión sobre resolución de un contrato se comprende entre las concernientes a su ejecución y, comprometidas éstas, aquélla entra en la competencia del compromisario.

343 *Cuestiones sobre inexistencia o nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de compromisarios.* — En cambio, ni aún los árbitros designados para conocer de todas las dificultades que se produzcan con motivo de una relación jurídica, contractual o extracontractual, pueden pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la existencia o validez de la convención de arbitraje o del nombramiento de compromisarios, porque mientras estos problemas no se decidan está en duda la propia jurisdicción de los árbitros, quienes, en consecuencia, no pueden ejercer autoridad de juzgar ni menos constituirse en jueces de sus propios poderes, por lo cual dichas disputas deben ser resueltas por la justicia ordinaria (878).

Si se permitiera, en efecto, que los árbitros se pronunciaran acerca de la eficacia de sus poderes, resultaría el absurdo de que, en el caso de declarar ellos la inexistencia o la nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de árbitros, su resolución en este sentido carecería de valor, porque habría sido pronunciada por quienes, según ellos mismos, no tenían calidad de jueces.

Lo cual debe entenderse, por tanto, sin perjuicio de la facultad que expresamente hayan conferido las partes al árbitro, en una convención independiente cuya validez no se discuta, para resolver esas cuestiones.

344 *Cuestiones sobre inexistencia o nulidad de la relación jurídica a que va aneja la convención de arbitraje.* — Generalmente se estima que los árbitros nombrados para conocer las dificultades que se produzcan con motivo de una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual, no pueden tampoco conocer las cuestiones relativas a la existencia o validez de esa relación jurídica a que va aneja la convención de arbitraje, porque — se dice — la validez de ésta depende de la de aquélla, ya que lo accesorio si-

(876) Gaceta 1932, t. II, N.o 28, p. 138.

(877) C. Santiago, Revista, t. II, s. II, p. 111.

(878) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1816; Bernard, ob. cit. N.o 294; Morel, ob. cit., N.o 36; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 761, nota 3; Chiovenda, ob. cit., t. II, p. 139; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 494, p. 49; Miranda, ob. cit., N.o 78; Vargas, ob. cit., N.o 44.

En el mismo sentido, los siguientes fallos: C. Iquique. Gaceta 1919, t. I, N.o 1142, p. 447; C. Suprema, Gaceta 1932, t. II, N.o 28, p. 138.

En contra: Robert, ob. cit., N.o 150; Manresa, ob. cit., t. IV, p. 57. Véase N.o 363.

gue la suerte de lo principal, de modo que, en este caso, se plantea igualmente una disputa sobre la eficacia de los poderes del árbitro, que por las razones que vimos en el número anterior debe ser resuelta por la justicia ordinaria (879).

No podemos aceptar esta opinión de manera absoluta, sino que nos parece indispensable hacer al respecto un distingo.

En efecto, el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal no significa que necesariamente haya de ser nula la convención de arbitraje, siempre que lo sea el contrato o relación jurídica a que acceda. Puede haber causales que afecten a lo principal y dejen inmune a lo accesorio, y en tal caso la nulidad de aquello puede ser precisamente una de las dificultades que queden sometidas a la jurisdicción arbitral. Así, si en un contrato de compraventa hay error de una de las partes acerca de la cosa vendida, o hay lesión enorme, estos defectos no alcanzan a la cláusula en él inserta de que todas las dificultades que se produzcan con motivo de ese contrato sean resueltas por árbitros, y cuando se pida la rescición del contrato por el error o la lesión enorme se producirá precisamente una de las dificultades previstas en esa cláusula y corresponderá al compromisario decidirla. Nada permite sostener, en ese caso, que haya dudas acerca de los poderes del árbitro, que no están en discusión.

Creemos, en consecuencia, que los árbitros pueden conocer de las demandas sobre inexistencia o nulidad de la relación jurídica contractual o extracontractual que ha dado motivo a la convención de arbitraje, a menos que ésta sea afectada también por aquella demanda, de modo que se susciten dudas acerca de los poderes del compromisario.

345 *Ampliación de la competencia ratione materia.* — Las partes pueden, en cualquier momento, ampliar la competencia ratione materia del tribunal arbitral, encargándole la decisión de nuevos asuntos.

Nuestros tribunales consideran que la aplicación de la materia sometida a arbitraje constituye en todo caso un nuevo compromiso, que como tal debe reunir todos los requisitos prescritos por la ley para la eficacia de éste (880).

No nos parece indispensable, sin embargo, que la ampliación se efectúe mediante una convención especial, y creemos que ella puede resultar aún del simple sometimiento de nuevos asuntos a los árbitros hecho por una de las partes y aceptado por la otra, siempre que la voluntad de ambas se manifieste por escrito y de modo inequívoco. En este sentido puede tener cabida entre nosotros el principio consagrado en las leyes argentinas, (C. P. C., art. 793), y uruguaya (C. P. C., art. 572), de que en caso de duda debe reputarse comprometido todo lo que haya sido objeto de discusión durante el juicio.

---

(879) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1816; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 761, nota 2; Bernard, ob. cit. N.o 78; Morel ob. cit., N.o 36.

(880) C. Santiago, Gaceta 1905. N.o 463, p. 740; C. Santiago, Revista, t. XI, s. II, p. 13; C. Talca, Gaceta 1914, N.o 88, p. 186.

346 *Segundo principio: la competencia del tribunal arbitral no puede nunca alcanzar a asuntos que la ley prohibe someter a arbitraje.*— Sabemos que la ley prohibe someter a arbitraje ciertos asuntos (881), y que adolece de nulidad absoluta todo convenio que contravenga esa prohibición (882).

Siendo toda prohibición de orden público, ésta produce para los tribunales arbitrales una incompetencia absoluta que debe ser declarada de oficio por el juez y que las partes pueden alegar en cualquier momento.

Como consecuencia de este principio, los árbitros no pueden conocer, en ningún caso, ni aún como incidentes, de cuestiones comprendidas en la prohibición legal. Es por ello que algunas legislaciones disponen expresamente que si se suscitan asuntos de arbitraje prohibido en el curso del juicio arbitral, los compromisarios deben abstenerse de conocerlos, remitiendo a las partes ante los jueces ordinarios y suspendiendo hasta su fallo el curso y plazo del arbitraje (883), lo cual debe entederse entre nosotros aún a falta de texto expreso, como consecuencia de las reglas generales.

De acuerdo con esto, se ha fallado que las cuestiones sobre estado civil que se susciten en el curso de una partición, deben ser resueltas por la justicia ordinaria (884).

§ IV. — *Límites en cuanto a las facultades*

347 *Principio: el tribunal arbitral ejerce jurisdicción desprovista de imperio.* — Los jueces permanentes no sólo tienen la facultad de conocer y juzgar las causas que se les someten, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado, pudiendo disponer para el efecto el empleo de la fuerza pública, sin que las autoridades de que ésta depende puedan negarles ni discutirles su auxilio (L. O. T., arts 1.o y 10). Esta última atribución, de hacer uso del poder coercitivo del Estado, emanación directa de la soberanía, es lo que se llama *imperio.*

Los jueces árbitros carecen de imperio. Ellos ejercen jurisdicción, porque tienen la facultad de conocer y juzgar las controversias cuya decisión se les encomiende; pero, habiendo sido investidos privadamente por particulares y no públicamente por el Estado, no pueden ordenar por sí mismos el empleo de la fuerza coactiva del poder público para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones (885).

348 *Significado de la falta de imperio. — Legislación comparada.*— No hay en legislación ni en doctrina, un criterio uniforme para apreciar lo que significa la falta de imperio de los árbitros.

En la mayoría de los países, la ley no se limita sólo privar a los árbitros de la facultad de ordenar el empleo de la fuerza pública para cumplir

(881) Véase N.o 67 y siguientes.
(882) Véase, N.o 84.
(883) C. P. C. francés, art. 1015; C. P. C. uruguayo, arts. 557, 558 y 559. Véase sobre el particular: Bernard, ob cit., N.o 431; Robert, ob. cit., N.os 160 y 161; Miranda. ob4 cit., N.os 215 a 222; Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 135.
(884 Corte Suprema, Revista, t. III, s. I, p. 21.
(885) Véase N.os 19 y 20.

sus resoluciones, sino que va más lejos, estableciendo que éstas carecen en absoluto de mérito ejecutivo mientras no sean revestidas de él por la autoridad judicial competente (886).

Según este sistema, si las partes no acatan voluntariamente las resoluciones arbitrales, su cumplimiento forzado no puede perseguirse sino una vez que hayan sido revestidas de una autorización especial emanada de los tribunales permanentes. Esta autorización, que toma el nombre de decreto u ordenanza de ejecución o exequatur, es el acto por el cual el magistrado competente, que representa el imperio, da a la sentencia arbitral valor ejecutivo, ordenando su cumplimiento (887). Es algo semejante a lo que dispone nuestra ley respecto de la ejecución en Chile de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros (C. P. C., arts. 239 a 248).

Se discute cuáles son las atribuciones que en este sistema tiene la autoridad judicial llamada a otorgar el exequatur a las resoluciones arbitrales: ¿debe siempre concederlo como una simple formalidad o debe proceder a un examen previo, a fin de otorgarlo o denegarlo?

La opinión dominante es que esta autoridad debe limitarse a examinar la regularidad exterior de la sentencia arbitral, procurando cerciorarse de que realmente reúne los caracteres de tal, de que se han cumplido los requisitos prescritos por la ley para su ejecutoriedad y de que ella no es contraria al orden público ni a las buenas costumbres, sin que le corresponda entrar a pronunciarse sobre su validez o nulidad ni menos a examinar el fondo del litigio. Si en la resolución se cumplen estos requisitos, no puede, por consiguiente, negarle el exequatur, ni aún a pretexto de ser nula, o contener errores de hecho o de derecho, ya que no interviene para prestarle su aprobación, sino tan sólo para imprimirle la fuerza ejecutiva de que carece. Es únicamente a las partes a las que corresponde atacar las resoluciones arbitrales que lastimen sus derechos, mediante los recursos que la ley les concede para ello (888).

Excepcionalmente en Inglaterra, los jueces tienen amplias facultades para conceder o denegar el exequatur a las resoluciones de los árbitros, porque, a pesar del compromiso, conservan jurisdicción y se estima, además, que no podrían consagrar en ningún caso una injusticia (889).

A la inversa del sistema expuesto, otras legislaciones reconocen a las resoluciones arbitrales el mismo valor ejecutivo que a las de los tribunales ordinarios y sólo privan a los árbitros, en virtud de la falta de imperio, del poder de ordenar el empleo de la fuerza pública para su cumplimiento compulsivo (890).

---

(886) Francia (C. P. C., arts 1020 y 1021); Bélgica (C. P. C. arts. 1020 y 1021); Alemania (C. P. C., art. 1042); Inglaterra (Arbitration Act. 1889, art. 12); Italia (C. P. C., arts. 24 y 25); Holanda (C. P. C., art. 642); Polonia (C. P. C. art. 502); Brasil (C. P. C., art. 1042); Uruguay (C. P. C., art. 573).

(887) Bernard, ob. cit., N.os 545 y 546; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 788; Miranda, ob. cit., N.o 280; Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 131; Robert ob. cit., N.o 207.

(888) Chiovenda, ob. cit., t. I, p. 138; Bernard, ob. cit., N.os 565 y 566; Mattirolo, ob. cit., N.o 796; Robert, ob. cit., N.o 209; Miranda, ob. cit., N.o 281.

(889) Landrau ob. cit., p. 252; Bernard, ob. cit. N.o 915.

(890) Así ocurre, por ejemplo, en la mayoría de los cantones suizos (Bernard, ob. cit., N.os 991 y 992), en España y en Argentina, países cuyas leyes no exigen el exequatur de las decisiones arbitrales.

349 *Significado de la falta de imperio en la ley chilena.* — Entre nosotros rige este último sistema. La falta de imperio priva a los árbitros del poder, que tienen los jueces ordinarios, de requerir el auxilio de la fuerza pública para asegurar el cumplimiento de sus resoluciones; pero no priva a éstas de fuerza ejecutoria.

Las resoluciones arbitrales tienen en Chile por sí mismas mérito ejecutivo, esto es, llevan anejo el poder jurídico de ser cumplidas con el auxilio de la fuerza pública, son susceptibles de ejecución forzada; sin que para ello requieran de homologación ni exequatur previo de ninguna autoridad. Vale la pena hacer notar al respecto que el primitivo proyecto de L. O. T., del señor Vargas Fontecilla, establecía que en el caso en que las partes renunciaran a los recursos de apelación y casación contra la sentencia arbitral ésta sería ejecutoria con previo decreto de la justicia ordinaria que la declarara tal (891), precepto que no se conservó en la ley aprobada.

Es evidente, dentro de nuestra ley, que la disposición que señala a la "sentencia firme, bien sea definitiva o interlocutoria", como uno de los títulos ejecutivos que por sí solos sirven para obtener el cumplimiento forzado de la obligación de que dan cuenta (C. P. C., art. 456, N.o 1), comprende, a falta de especificación contraria, tanto las sentencias pronunciadas por tribunales ordinarios o especiales como las de jueces árbitros (892). Confirma esta opinión la historia fidedigna de la ley, ya que la vigente sobre la materia, al tiempo de promulgarse el C. P. C., decía expresamente que era título ejecutivo "la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, aunque hubiese sido pronunciada por árbitros o amigables componedores" (Ley de 8 de Febrero de 1837, art 2.o, N.o 1), y nada indica que los redactores del C. P. C., hayan querido modificar ese sistema.

Por otra parte, ningún precepto legal exige, entre nosotros, que las resoluciones arbitrales sean homologadas o autorizadas previamente por otra autoridad para su cumplimiento forzado y el art. 792 del C. P. C. se limita a disponer que "para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá ocurrir al árbitro que la dictó, si no estuviere vencido el plazo por el que fué nombrado o al tribunal ordinario correspondiente a elección del que pida su cumplimiento", que "tratándose de otra clase de resoluciones, corresponde al árbitro ordenar su cumplimiento"; pero que, "sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exigiere procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando hubiere de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto"; disposición aplicable a los arbitradores, según ordena el art. 800 del mismo Código.

Tal mérito ejecutivo tienen las resoluciones arbitrales que según estos preceptos, los propios compromisarios pueden, por lo general, ordenar por sí mismos su ejecución, sin el ministerio de ninguna otra autoridad. Sólo cuando el cumplimiento de las resoluciones arbitrales hubiere de afectar a

(891) Ballesteros ob. cit., t. II, N.o 1721.

(892) Alberto Matus Chiessa, "De los títulos ejecutivos", Memoria 1929, p. 22. La C. Suprema ha reconocido carácter de título ejecutivo a la sentencia arbitral ejecutoriada: Revista t. XXX, s. I, p. 83.

terceros a quienes no alcanza la jurisdicción del compromisario, o "exigiere procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas— que, como quedó constancia en las actas de la Comisión Revisora del C. P. C., "suponen el ejercicio de la autoridad pública de que no están investidos los jueces árbitros" — se precisa la intervención de la justicia ordinaria. Y ni aún en este caso tal intervención tiene por objeto dar fuerza ejecutiva a la resolución arbitral, que la tiene por sí misma siempre que esté ejecutoriada, sino únicamente asegurar su cumplimiento mediante "los procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas", que los árbitros carecen del poder de ordenar.

350 *Crítica.* — Creemos que hizo bien nuestro legislador al preferir este sistema, que es el que corresponde a la verdadera naturaleza jurídica de la institución.

Hemos dicho que los árbitros, por autorización expresa de la ley, ejercen jurisdicción, que es autoridad pública emanada del Estado (893), y es atributo inherente a los actos jurisdiccionales el de ser amparados por la fuerza coactiva del Poder Soberano. Las resoluciones arbitrales, como verdaderos actos de jurisdicción, poseen por sí mismas esta cualidad de merecer el auxilio de la fuerza pública; el Estado las respalda con su poder.

Pero como los árbitros no tienen investidura oficial sino puramente privada, no arrancan su nombramiento de un órgano del Estado, sino de los particulares, el Poder Público, que no ha tenido inconveniente en delegarles jurisdicción, les niega, en cambio, autoridad para usar de su fuerza coactiva, que es instrumento demasiado serio y peligroso cuyo manejo se reserva exclusivamente para sí. Los árbitros no pueden, por tanto, ordenar el empleo de la fuerza pública ni requerir directamente a las autoridades encargadas de ella para que le presten su auxilio, y cuando hayan menester del uso de esa fuerza, deben recurrir a la justicia ordinaria para que lo disponga.

351 *Consecuencias.* — Lo expuesto nos permite establecer, a manera de consecuencia, cuáles son las facultades de que la falta de imperio priva a los árbitros, haciendo necesaria la intervención de la justicia ordinaria, y qué poderes tiene ésta en los casos en que debe actuar para suplir la carencia de imperio de los compromisarios. Es lo que dilucidaremos en los números siguientes.

352 *Sólo están vedados a los árbitros los actos que importen procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas, los cuales deben ejecutarse por intermedio de la justicia ordinaria.* — La ley no define lo que entiende por procedimientos de apremio ni medidas compulsivas. Según las definiciones que dan los Diccionarios de la Lengua y el de Legislación y Jurisprudencia de Escriche, puede valer para ambas el siguiente concepto genérico: *"medida coactiva con que se presiona a una persona para forzarla al cumplimiento de una resolución"*. Corresponde perfectamente a este concepto la

(893) Véase N.o 20.

idea del autor del inc. 3.o del art. 792, del C. P. C., don Miguel Luis Valdés, quien hizo dejar constancia en las actas de la Comisión Revisora que "entre los procedimientos de apremio y medidas compulsivas a que se refiere esta disposición se comprenden los embargos, lanzamientos, mandamientos posesorios, etc., y en general todas las diligencias que por su naturaleza requieren el empleo de la fuerza o la intervención de la autoridad pública o de sus agentes". Tales son, también, indudablemente, los arrestos, multas y allanamientos que, según la ley, pueden los jueces decretar en ciertos casos contra las partes u otras personas para obtener de ellas el cumplimiento de sus resoluciones. Siempre que el compromisario deba imponer cualquiera de estas medidas necesita recurrir a la justicia ordinaria para que la lleve a efecto.

El propio C. P. C., nos proporciona un ejemplo en su art. 790. Según esta disposición, "no podrá el árbitro compeler a ningún testigo a que concurra a declarar ante él. Sólo podrá tomar las declaraciones de los que voluntariamente se presten a darlas en esta forma". Si el árbitro gozara del imperio podría, conforme al art. 369 del mismo cuerpo de leyes, compeler por medio de la fuerza al testigo que, legalmente citado, no compareciere, y obligarlo a declarar, en caso de que se niegue a ello, sin justa causa, manteniéndolo en arresto hasta que lo haga. Pero como carece de imperio no le es posible ejercer estas facultades de los jueces ordinarios; puede citar a los testigos, según quedó expresa constancia en las actas de la Comisión Revisora del C. P. C.; pero si el citado no compareciere o se negare a declarar deberá el árbitro, a petición de parte, dirigirse al tribunal ordinario correspondiente para que practique la diligencia (894).

Otro tanto ocurre, aunque la ley no lo diga expresamente, tratándose de la confesión judicial. Los árbitros pueden, como los demás jueces, citar a las partes a prestar confesión y en el caso del inc. 1.o del art. 384, del C. P. C., declarar el apercibimiento a que ese precepto se refiere, ya que ello no importa una medida coercitiva que haga preciso el empleo de la fuerza o la intervención de la autoridad pública. Pero es indudable, en cambio, que no pueden los árbitros imponer las multas o arrestos de que trata el inc. 2.o de esa disposición y en el caso allí previsto, deben dirigirse a la justicia ordinaria para que lo haga.

Del mismo modo, los compromisarios tienen facultad para decretar contra las partes sujetas a su jurisdicción, las medidas prejudiciales de que trata el Título III del Libro II del C. P. C., puesto que ellas no constituyen medios de apremio, sino que tienen por objeto preparar el juicio. Pero en los casos en que las personas contra quienes esas medidas se soliciten rehusen acceder a ellas, los compromisarios carecen de autoridad para imponer las sanciones de multas, arrestos y allanamientos establecidas por los arts. 264, 266 y 267, y si desean imponerlas necesitan recurrir a la justicia ordinaria.

353 *Los árbitros pueden ejecutar cualquiera otra clase de actos.* —

(894) En el proyecto del señor Lira se establecía que previa autorización del juez ordinario podría el árbitro apremiar a los testigos. El precepto fué modificado a indicación del señor Gandarillas, quien hizo ver que esa disposición permitía delegar en los árbitros una facultad que es por su naturaleza indelegable.

Todo acto del juicio arbitral, en cambio, que no constituya un procedimiento de apremio o una medida compulsiva, aunque se trate del cumplimiento de una resolución, es de la competencia del compromisario.

Así, los árbitros pueden exigir a las partes juramento y recibírselo; lo mismo que apercibirlas con la pérdida de ciertos derechos en los casos en que la ley lo autoriza y declarar esos apercibimientos. Estos no son actos de imperio sino de jurisdicción y entran por tanto en la órbita de sus facultades.

Nuestra Corte Suprema parece ir más lejos aun respecto de apercibimientos, pues en un caso de que le tocó conocer declaró que "el apercibimiento legal decretado por los arbitradores, de la *fuerza pública* para que el perito pudiera cumplir su cometido, no está conforme con los preceptos de los arts. 338 y 264 del Código de Procedimiento Civil, *que han debido aplicarse* porque la medida se hizo efectiva en un tercero extraño al pacto de compromiso (895). Según este criterio los árbitros pueden apercibir aún con arrestos y multas, y no sólo a las partes sino que también a terceros. Lo cual, naturalmente, no significa que ellos puedan hacer efectivos estos apercibimientos, pues para ello deben solicitar el auxilio de la justicia.

En cuanto a la ejecución de las resoluciones arbitrales, si se trata de decretos, autos o sentencias interlocutorias corresponde exclusivamente a los compromisarios que la pronunciaron (896), y si se trata de sentencias definitivas, a ellos o al juez ordinario respectivo, a elección de la parte que pida el cumplimiento.

Estas reglas rigen no sólo cuando las partes se allanan a cumplir voluntariamente las resoluciones, sino que en todo caso en que éstas no afecten a terceros y su ejecución no requiera procedimientos de apremio ni otras medidas compulsivas. La simple negativa de una parte a cumplir la resolución arbitral no hace necesaria la intervención de la justicia ordinaria si el árbitro puede ejecutarla sin recurrir a la fuerza ni emplear medios coactivos. Así, si se trata, por ejemplo, de entregar una cosa que está en poder del compromisario, puede éste hacerlo aún cuando la parte condenada se oponga, siempre que esté firme la sentencia de condena.

354. *Facultades de la justicia ordinaria en los casos en que debe intervenir.*— Siempre que los tribunales ordinarios deben intervenir en el juicio arbitral para suplir la falta de imperio de los árbitros, su única misión es la de ejecutar el acto de imperio de que los compromisarios son incapaces. Ellos no tienen responsabilidad en las resoluciones arbitrales y sólo les corresponde adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento. Lo único que deben cuidar de establecer es: a) que lo que se trata de cumplir sea una resolución arbitral, por haber sido pronunciada por quien aparece nombrado compromisario —sin que le corresponda entrar a calificar la validez o eficacia de los poderes del árbitro—; b) que la resolución está ejecutoriada; y c) que esa resolución no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres. Toda vez que se cumplan estas tres condiciones los jueces ordinarios no pueden negarse a cumplir la resolución arbitral, ni aun a pretexto de ser ella con-

(895) Revista, t. XXXIII, s. I, p. 77.
(896) C. Concepción. Gaceta 1930, t. I, N.o 87, p. 340.

traria a derecho, injusta o improcedente, o de carecer los árbitros de competencia para dictarla (897).

355. *Juicio ejecutivo.*— ¿Pueden los árbitros conocer de un juicio ejecutivo? A primera vista parece que no, ya que éste constituye por excelencia una vía coercitiva destinada a obtener el cumplimiento forzado de una obligación. Dentro del juicio ejecutivo hay todo un procedimiento de apremio que empieza en el momento mismo de incoarse el proceso, con el embargo. Es evidente que este procedimiento queda comprendido entre los que el art. 793 del C. P. C. coloca al margen de la competencia de los árbitros.

Pero esta solución absoluta tiene un grave inconveniente: puede dejar sin efecto la convención de arbitraje respecto de dificultades que las partes han querido que fueran resueltas por árbitros, violando así la ley del contrato. Cada vez que la dificultad se refiera a un crédito que tenga mérito ejecutivo, aunque se halle incluída entre los asuntos comprometidos, escapará al conocimiento de los árbitros y se burlará de este modo la voluntad de las partes.

Se ha tratado de salvar este inconveniente estableciendo la doctrina de que la existencia de acción ejecutiva no obsta al conocimiento de la cuestión comprometida por el tribunal arbitral, que es el único competente, y que mientras éste no la resuelva no se puede recurrir a la vía ejecutiva (898).

Pero esta manera de zanjar el problema crea uno nuevo, pues por respetar la ley del contrato se desprecia el mérito ejecutivo del crédito cuyo pago

---

(897) A menos que funden la incompetencia en que la resolución falló sobre un punto de arbitraje prohibido, porque entonces sería contraria al orden público.

(898) No otra cosa significa, en buen romance, lo resuelto por la Corte Suprema en sentencia de 17-VI-1935, Revista, T. XXXII, s. I, p. 402, y por la Corte de Valparaíso en sentencia de 12-IV-1939, Gaceta 1939, s. I, N.o 78, p. 351.

La primera declaró que la cuestión surgida entre socios sobre pago de unos gastos que uno de ellos se resistía a cancelar debe ser decidida por los árbitros convenidos en la cláusula de arbitraje, para que en su oportunidad se declare si el mencionado socio adeuda o no la suma que se le cobra y una vez resuelta la controversia, si el fallo resulta favorable al actor, llegará el momento de hacerlo cumplir contra el socio vencido y ante el tribunal que corresponda, por lo cual es manifiesta la incompetencia de la justicia ordinaria, la que al conocer del asunto ha violado el art. 1545 del C. C., puesto que se ha desentendido de la ley del contrato que dipone que la cuestión en debate sea sometida a arbitraje

Más extremista, la Corte de Valparaíso, sin duda con alguna precipitación, declaró lo siguiente: "que no obsta al cumplimiento de lo pactado —convención de arbitraje— la circunstancia de que uno de los pactantes haya creído del caso hacer valer sus derechos por el procedimiento ejecutivo, que a su juicio sería incompatible con las atribuciones de los jueces árbitros, que carecen de imperio para emplear procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas:

a) Porque el procedimiento no es factor determinante de la competencia;

b) Porque si lo fuera, **el pacto arbitral habría importado en la especie, necesariamente, la renuncia implícita de todo procedimiento inconciliable con el cumplimiento de lo pactado;** y

c) Porque no puede admitirse sin una manifestación expresa de voluntad en contrario, que la observancia de la cláusula arbitral quede entregada al mero arbitrio de uno de los contratantes, a quien le baste con acudir a un procedimiento determinado para eludir su cumplimiento".

Este último argumento merece una observación: el procedimiento para cada acción está determinado por la ley y no depende del capricho de los litigantes, de modo que éstos deben necesariamente emplear el que corresponde si no quieren perder el pleito. Esto es especialmente cierto respecto de la acción ejecutiva, que no puede ser empleada sino en el caso de que se cumplan todos los requisitos que la ley prescribe para ello y no simplemente cuando al actor se le antoje.

se persigue, obligando al acreedor a postergar el ejercicio de su acción ejecutiva hasta que el árbitro decida la controversia en juicio declarativo (899).

No podemos aceptar esta tesis, que importa atribuir a la convención de arbitraje el significado de una renuncia al empleo de la vía ejecutiva, aun cuando se cumplan los requisitos para recurrir a ella, hasta cuando los compromisarios declaren la existencia de la obligación, creando un nuevo título ejecutivo. La sentencia arbitral sería, según esto, el único título capaz de autorizar la ejecución forzada de una obligación y la convención de arbitraje importaría una derogación tácita de todos los demás. Ningún antecedente legal ni doctrinario justifica esta opinión, que olvida el principio fundamental de que no puede suponerse la renuncia de un derecho sino cuando se manifiesta la voluntad inequívoca de renunciarlo, intención que de ninguna manera aparece en el pacto de arbitraje respecto de la acción ejecutiva. Cuando las partes comprometen, en efecto, no se les pasa por la mente que estén renunciando al derecho de perseguir por la vía ejecutiva el cumplimiento forzado de sus créditos, en virtud de los títulos de que sean poseedores.

Creemos, por esto, que la dificultad debe salvarse por otro camino. Nos parece que el único que concilia la incompatibilidad entre el cumplimiento de lo pactado, que obliga a recurrir a árbitros, y la acción ejecutiva, que exige procedimientos de apremio, es el que, reconociendo la naturaleza compleja del juicio ejecutivo, entrega a los compromisarios la decisión de la controversia que en él se suscita y a la justicia ordinaria el ejercicio de los actos de imperio.

En todo juicio ejecutivo hay, en efecto, dos procedimientos vinculados pero con individualidad propia: un proceso de puro conocimiento y un proceso de ejecución. El primero, que tiene por objeto determinar si se reúnen las condiciones necesarias para la ejecución y decidir la controversia que se produce entre las partes con motivo de las excepciones que el ejecutado opone al requerimiento de pago, es de naturaleza puramente jurisdiccional y no requiere para su realización el ejercicio de actos de imperio, cosa que sólo es necesaria en el segundo. Nada se opone, en consecuencia, a que esa tarea sea efectuada por los compromisarios y que éstos encomienden al tribunal ordinario competente el correspondiente proceso de ejecución, que es el único que les está vedado conocer.

Nos parece, pues, que las demandas ejecutivas relativas a asuntos comprometidos deban entablarse ante el tribunal arbitral, que es el único com-

(899) Reconociéndolo así, sin duda, el Ministro Sr. Schepeler, concurrió al fallo de la C. Suprema de 17-VI-1935, en virtud del siguiente considerando especial, que se aparta del de sus colegas: "que el juez a que debían recurrir los demandantes era el árbitro al cual habían convenido someter las diferencias entre los socios, con el fin de que éste decidiera la presente en el caso de ser de su competencia o para que declarara su incompetencia con las consecuencias que esta actitud puede acarrear; en la forma en que se ha procedido se ha dado por ejecutivo un título que en concepto del árbitro acaso no lo sea, lo que haría, con su declaración, indudable su facultad de intervenir con exclusión de la justicia ordinaria; de otro modo el juicio se resuelve sin saber qué piensa sobre él el juez acordado por las partes, lo que viola el contrato" (Revista, t. XXXII, s. I, p. 402).

Se aminora, con esta doctrina, los inconvenientes de la solución de la Suprema; pero subsiste la dificultad, porque los árbitros, en el caso de estimar que el título es ejecutivo, deben según ella declararse incompetentes y no se pronuncian sobre la cuestión comprometida, sino que la dejan entregada a la justicia ordinaria.

petente para requerir de pago al deudor, sin perjuicio de que el compromisario deba dirigir exhorto al juez ordinario competente para que ordene el embargo cuando sea necesario. Si el ejecutado opone excepciones debe hacerlo ante el tribunal arbitral, puesto que la controversia que con ellas promueve está sujeta a arbitraje. Los compromisarios son competentes para tramitar y fallar esta contienda, que se ventila en el cuaderno principal, y pueden condenar al deudor, mandando seguir adelante la ejecución, o absolverlo, ordenando que se alce el embargo. El procedimiento de apremio, en cambio, que tiene por objeto realizar los bienes embargados y hacer pago al acreedor, y que se tramita separadamente, debe llevarse a cabo ante el juez ordinario respectivo, porque importa el ejercicio de actos de imperio para los cuales el árbitro es incompetente.

Nuestros tribunales han rechazado esta solución, porque —han dicho— "siendo uno por su naturaleza el juicio ejecutivo, no es posible dividir su contienda atribuyendo al árbitro el conocimiento de la parte relativa al fallo de las excepciones opuestas y al pronunciamiento de la sentencia definitiva y a la justicia ordinaria el de la parte concerniente al procedimiento de apremio", "procedimiento tanto más inaceptable cuanto que el juicio ejecutivo empieza por una medida de apremio, como es el mandamiento de ejecución, y cuanto que según se desprende de lo dispuesto en los arts. 195 y 196 de la L. O. T., el juez competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan y no cabe que de un mismo juicio conozcan simultánea o sucesivamente dos o más tribunales" (900).

Esta objeción tiene un valor más aparente que real. Meditado bien el asunto aparece claro que el procedimiento de apremio, que se tramita en su mayor parte una vez concluído el proceso principal por la sentencia de condena y que tiene el carácter de juicio sobre cumplimiento de esa sentencia, puede perfectamente separarse sin inconveniente del proceso de conocimiento, del mismo modo que el incidente sobre ejecución del fallo puede separarse de la sentencia de condena en el juicio reivindicatorio y precisamente se separa cuando de éste conocen compromisarios.

Cierto es que el tribunal competente para conocer de la causa principal lo es igualmente para substanciar los incidentes, pero esta regla no obsta a la solución que patrocinamos, ya que en el juicio ejecutivo el proceso de conocimiento no es incidente del de ejecución, sino que por el contrario, si algo tiene carácter incidental es precisamente el procedimiento de apremio. No es posible, pues, fundarse en ese principio para establecer que sólo la justicia ordinaria puede conocer del juicio ejecutivo, sino a riesgo de invertir los términos de la regla legal en el sentido de que es tribunal competente para conocer de un asunto el que lo sea para conocer sus incidencias. Lo cierto es que, como la ley misma se encarga de establecerlo en muchos casos, el precepto del art. 195 de la L. O. T. no es absoluto y bien puede ocurrir que el tribunal competente para conocer de un asunto no pueda conocer de ciertos incidentes suyos y deba encomendárselos a otro tribunal. Pensamos que esto

(900) C. Valparaíso, Revista, t. VIII, s. II, p. 18; C. Concepción, Gaceta 1930, t. I, N.o 102, p. 404.

es lo que ocurre a los árbitros en el juicio ejecutivo respecto del embargo y del procedimiento de apremio.

356. *Medidas precautorias.*— La falta de imperio no priva a los árbitros de la facultad de dictar medidas precautorias, ya que éstas no importan un medio de apremio o compulsión, sino únicamente una garantía para asegurar los resultados del juicio. No conocemos fallos que hayan resuelto lo contrario y sí uno que declaró expresamente la facultad de los árbitros para imponer medidas precautorias (901).

§ V.—*Límites en cuanto al tiempo.*

357. *Principio: la competencia del tribunal arbitral está limitada al término convencional o legal.* — La jurisdicción arbitral no es permanente sino transitoria; los compromisarios deben evacuar su encargo dentro del término que las partes les hayan fijado, y si éstas nada hubieren dispuesto sobre el particular, dentro del plazo legal de dos años contados desde su aceptación.

¿Significa esto que la competencia de los árbitros haya siempre de durar, necesariamente, todo el plazo convencional o legal, aunque antes de su expiración resuelvan completa y definitivamente todos los asuntos comprometidos?

Según la Corte Suprema, lo que la ley ha querido es que dentro de un lapso determinado deba el árbitro dictar su sentencia, sin que pueda traspasar los límites de ese espacio de tiempo; pero no ha sido su propósito establecer que aun después de expedido el fallo siga el árbitro en funciones, puesto que, realizado el objeto para el cual el arbitraje fué constituido, se extingue lógicamente el mandato del compromisario y sería inútil que subsistiera su competencia (902).

Este aserto, sin embargo, está contradicho por la propia ley. Según se desprende del art. 792 del C. P. C., *aun después de ejecutoriada la sentencia definitiva conserva el árbitro competencia para conocer de su cumplimiento "si no estuviere vencido el plazo por el que fué nombrado"*. Y la misma Corte Suprema, en el fallo en que sostuvo la opinión expresada, reconoció a los compromisarios la facultad que otorga a los jueces el art. 205 del C. P. C. de aclarar los puntos obscuros o dudosos, salvar las omisiones o rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricas que aparecieren de manifiesto en sus sentencias definitivas o interlocutorias, aun después de notificadas éstas a las partes (903), lo que implícitamente significa que conservan competencia, ya que de otro modo no podrían hacerlo.

En realidad, es preciso distinguir la expiración de la competencia de los árbitros, que se produce por el vencimiento del término, del desasimiento del tribunal, que ocurre respecto de los compromisarios, lo mismo que tratándose de los demás jueces, desde la notificación de sus sentencias definitivas

(901) C. Concepción, **Otero**, ob. cit., t. II, p. 1093.
(902) Gaceta 1926, t. II, N.o 9, p. 44.
(903) Fallo citado en la nota anterior.

e interlocutorias, impidiéndoles entrar a reverlas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 205 del C. P. C.

Cierto es, como lo hemos dicho, que la convención de arbitraje termina con el fallo total de todos los asuntos comprometidos (904); pero ello significa solamente que las partes no pueden someter a los árbitros nuevos asuntos ni alegar la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de éstos, lo cual no obsta a la competencia de los compromisarios para conocer las emergencias futuras de los asuntos comprometidos, que sean una continuación inmediata y directa de ellos, tales como la aclaración e interpretación del fallo y su cumplimiento.

En la práctica, suelen suscitarse dudas acerca de si el partidor que ha pronunciado el Laudo o sentencia de partición puede firmar posteriormente las escrituras a que según el inciso segundo del art. 816 del C. P. C. deben reducirse las adjudicaciones de bienes raíces que en la partición se hayan hecho, o si es preciso recurrir al juez ordinario competente para que las otorgue. De lo que hemos expuesto en este número se deduce en forma indubitable que, mientras el plazo por el que el partidor fué designado no haya vencido, él es competente para firmar las escrituras de adjudicación de bienes raíces, sea que las haya hecho en el curso del juicio particional o en el propio Laudo, puesto que la subscripción de esas escrituras es precisamente el modo de cumplir las resoluciones por las cuales esas adjudicaciones fueron hechas.

358. *Manera de contar el plazo.*—Salvo estipulación contraria, el término convencional o legal del árbitraje se cuenta desde el día de la aceptación del compromisario, o de la última aceptación en el caso de ser varios los árbitros, y corre continuadamente en la forma indicada por los arts. 48, 49 y 50 del C. C. Nuestros tribunales han resuelto que este plazo no se suspende durante los días feriados (905), jurisprudencia que se funda en las siguientes consideraciones: a) la regla del art. 69 del C. de P. C. que suspende los plazos durante los feriados se aplica sólo a los *términos de días establecidos por ese Código, carácter* que no tiene el plazo del arbitraje, que no está dispuesto en el C. P. C., sino por la L. O. T. (art. 184) o el C. C. (art. 1332) o el convenio de las partes, y que generalmente es de años o meses, mas no de días, y b) porque si bien es cierto que el art. 804 del C. P. C. dispone que el plazo de la partición se cuente deduciendo el tiempo durante el cual "hubiere estado totalmente interrumpida la jurisdicción del partidor", no lo es menos que los feriados no interrumpen totalmente esa jurisdicción, ya que pueden ser habilitados, y por consiguiente no autorizan dicho descuento.

Las partes pueden, no obstante, acordar otra cosa.

359. *Suspensión del plazo.*—Se estima generalmente, en cambio, que el plazo del arbitraje se suspende por los obstáculos de derecho que impiden

(904) Véase N.o 219.

(905) C. Santiago, Gaceta 1908, N.o 235, p. 420; C. Serena, Revita, t. X, s. II, p. 31; C. Talca, Gaceta 1913, N.o 1944, p. 3156.

al compromisario cumplir su misión en el tiempo fijado por las partes o por la ley (906). Tales son, por ejemplo, entre nosotros, los recursos que interrumpen la jurisdicción del tribunal recurrido, como la apelación concedida en ambos efectos, y los incidentes sobre asuntos de arbitraje prohibido, que obligan al árbitro a remitirlos a la justicia ordinaria para su fallo y a suspender entretanto su actuación.

Nuestra ley ha dispuesto expresamente esta suspensión del término del arbitraje en la partición, durante todo el tiempo en que, por la interposición de recursos o por otra causa, hubiere estado totalmente interrumpida la jurisdicción del partidor (C. P. C., art. 804).

La circunstancia de que esta regla se halle ubicada entre las normas especiales del juicio de partición y no entre las generales del juicio arbitral, que también son aplicables a aquél, es expresiva, a juicio de muchos, de que la voluntad del legislador fué que ella no rigiera respecto de los demás arbitrajes y el término de éstos no se suspendiera ni aún por las causas indicadas en el art. 804 del C. P. C. La jurisprudencia uniforme de nuestros tribunales ha acogido esta opinión (907).

Creemos que esta manera de apreciar la cuestión se aparta de la buena doctrina, porque la suspensión del plazo del arbitraje durante el tiempo en que está totalmente interrumpida la jurisdicción del compromisario es consecuencia natural de los principios generales y se produciría aún cuando ningún texto legal la estableciera. Es absurdo suponer que el tribunal arbitral deba evacuar su encargo cuando carece en absoluto de jurisdicción y no puede, por tanto, hacerlo legalmente. Las disposiciones de la ley deben interpretarse de manera que entre todas ellas haya correspondencia y armonía, y el hecho de que el legislador formule en una regla especial lo que es principio general no autoriza para deducir, a contrario sensu, que lo deroga como regla común (908). La opinión contraria, por otra parte, abre un amplio campo para que se burle la convención de arbitraje, pues la parte de mala fe puede, privando al compromisario de su jurisdicción mediante recursos u otros medios legales, impedirle que pronuncie sentencia dentro de término y hacer fracasar el arbitraje.

Respecto de la suspensión del término, tratándose del arbitraje particional, nuestros tribunales han fallado que no se produce por la apelación de un incidente, que no impide el curso progresivo de los autos (909), ni por la petición de una de las partes para que se declare implicado el árbitro si se desecha esa petición y las partes no piden la suspensión ni se dicta resolución alguna al respecto (910); que el tiempo de interrupción por los re-

(906) Bernard, ob. cit., N.o 138; Robert, ob. cit., N.o 45; Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1835; Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 849.

(907) C. Santiago, Gaceta 1908, N.o 235, p. 420; C. Talca, Gaceta 1913, N.o 1913, p. 3162; C. Santiago, Revista, t. XXIV, s. II, p. 1. En el mismo sentido, comentario a esta última sentencia, firmado por D. B. C., incluído en la Revista citada.

(908) La regla de que la buena fe se presume, por ejemplo, está formulada respecto de la posesión en el art. 707 del C. C.; pero esto no obsta para que se estime que es principio general de derecho.

(909) C. Santiago, Otero, ob. cit., t. II, p. 1052; C. Talca, Gaceta 1913, N.o 1097, p. 3162.

(910) C. Santiago, Revista, t. XXIV, s. II, p. 1.

cursos se cuenta desde la fecha de la concesión del recurso respectivo hasta la del decreto de cúmplase puesto a la resolución de alzada que lo haya fallado (911); que si una vez suspendido el plazo por una apelación el apelante se desiste, el término no empieza nuevamente a correr mientras no se notifique a las partes el decreto que acepta el desistimiento (912); que suspendida la jurisdicción del partidor por una apelación el plazo que tiene para evacuar su encargo continúa corriendo desde que el expediente se devuelve después de fallado el recurso y queda a su disposición y en poder del actuario, y teniendo el compromisario las facultades de arbitrador, no es indispensable que le ponga el cúmplase a la resolución de segunda instancia para que siga corriendo el plazo, porque por su sola voluntad no podría mantener la suspensión de su jurisdicción dejando de mandar cumplir el fallo de alzada (913), y que es nula la subasta practicada por un partidor en circunstancias en que debió declararse suspendida su jurisdicción por la interposición de recursos legales (914).

360. *Prórroga del plazo.*—El plazo del arbitraje puede ser prorrogado por todas las partes de común acuerdo, o por mandatario provisto para el efecto de un poder especial, o por los propios compromisarios que hayan sido expresamente autorizados por las partes para hacerlo (915).

Cuando la prórroga no ha sido expresamente prevista en el acto del nombramiento de los árbitros, ella constituye en principio, un nuevo nombramiento y debe reunir todos los requisitos necesarios para éste. Así lo enseñan Glasson, Tissier et Morel (916) y parecen haberlo entendido nuestros tribunales, que han fallado que no se produce la prórroga por la simple asistencia de las partes a un comparendo después de vencido el plazo en que el árbitro debió desempeñar su cometido (917), que la prórroga requiere aprobación judicial en los casos en que ésta fué necesaria para el nombramiento (918) y que la prórroga no puede efectuarse en un simple comparendo del juicio arbitral, especialmente si entre los interesados hay incapaces, sino que debe hacerse ante la justicia ordinaria en la misma forma que el nombramiento primitivo y requiere nueva aceptación del cargo por el árbitro (919). La Corte Suprema, sin embargo, ha resuelto que para la prórroga de la jurisdicción de un partidor nombrado con las formalidades legales y por un plazo determinado que aún no ha vencido, no es necesaria la comparecencia de las mujeres casadas interesadas en la partición, que ya han dado el consentimiento a sus maridos para proceder a ella. (920).

En realidad, creemos que al prorrogar la jurisdicción del árbitro no

(911) C. Talca, Gaceta 1906, N.o 1042, p. 649.
(912) C. Talca, Gaceta 1907, N.o 135, p. 296.
(913) C. Valdivia, Revista t. XXII, s. I., p. 709.
(914) C. Suprema, Revista, t. XXVIII, s. I, p. 100.
(915) Bernard, ob. cit., N.os 139 y 140.
(916) Ob. cit., t. V, N.o 1834. En contra, Mattirolo, ob. cit., t. I, N.o 846.
(917) Gaceta 1883, N.o 1311, p. 706.
(918) Gaceta 1911, N.o 756, p. 283.
(919) C. Valdivia, Gaceta, 1908, N.o 502, p. 847, y N.o 525, p. 881.
(920) Revista, t. XXV, s. I, p. 519.

comprometen las partes nuevamente, esto es, no convienen un nuevo arbitraje, por lo cual no rigen respecto de la prórroga los requisitos especiales de que hablamos al tratar del compromiso y de la cláusula compromisoria; sino que tan sólo renuevan el nombramiento del árbitro, lo que hace que le sean aplicables las normas a que nos referimos en los números 278, 282 y 283 de esta memoria.

Pensamos que es perfectamente valedera entre nosotros la jurisprudencia francesa y belga que admite la prórroga tácita del término del arbitraje siempre que, respetando las normas indicadas, reúna los siguientes requisitos: a) que haya actos de las partes o de sus mandatarios provistos de poder especial, que impliquen voluntad común de prorrogar el plazo, tales como la comparecencia ante los árbitros, el envío de documentos a ellos u otros semejantes; b) que esos actos consten por escrito, y c) que se pueda constatar de una manera precisa la fecha de la prórroga (922). Lo fundamental es que aparezca inequívoca la voluntad de todos los interesados de prorrogar al compromisario el período de su competencia y que esa intención conste por escrito. La Corte de Santiago ha fallado que la ampliación de la materia del arbitraje en el curso de éste, sin que se designe plazo ni en el compromiso primitivo ni en el que se hace la ampliación, importa prórroga del término, y los dos años que fija la ley se deben contar desde la aceptación por el árbitro del segundo encargo y no del primero (923). Robert enseña, por su parte, que en el caso en que la discordia entre los árbitros haga necesario designar un tercero, los poderes de los árbitros originalmente nombrados se prorrogan automáticamente por todo el tiempo dado al tercero (924).

La prórroga puede hacerse por un tiempo determinado o sin indicar plazo; en este último evento, debe entenderse efectuada por un nuevo período legal de dos años. (925).

Producida la prórroga del término, las partes no pueden obligar a los árbitros a que continúen desempeñando su cargo sinó en virtud de una nueva aceptación, ya que la primitiva sólo los obligaba a actuar durante el período de su nombramiento; lo cual no obsta a la validez de los actos que los compromisarios ejecuten si en el hecho siguen ejerciendo el cargo, de acuerdo con lo que dijimos en el N.o 305.

Pero no nos parece indispensable que, prorrogado el término, presten los árbitros nuevo juramento, si no cambian la materia ni las partes del arbitraje; la primitiva instalación del tribunal arbitral es suficiente y los compromisarios siguen actuando bajo la religión del juramento que tenían ya prestado. Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo (926).

361. *Expiración del término.—Efectos.*— El plazo legal o convencio-

(922) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1833; Bernard, ob. cit., N.o 143; Robert, ob. cit., N.o 47.

(923) Revista, t. XII, s. II, p. 5.

(924) Ob. cit., N.o 47.

(925) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1834; Bernard, ob. cit., N.o 141; Robert, ob. cit., N.o 42.

(926) C. Suprema, Revista, t. XI, s. I, p. 67.

nal del arbitraje, o la prórroga en su caso, expiran de pleno derecho (927), y con su terminación se extingue la competencia del tribunal arbitral y recuperan la suya, respecto de los asuntos comprometidos que no hayan sido totalmente resueltos, los tribunales ordinarios.

Se suele enseñar que vencido el término del arbitraje los compromisarios pierden todos sus poderes y quedan desprovistos en absoluto de jurisdicción, de manera que sus actos posteriores no tienen calidad de resoluciones judiciales (928). Pero tratadistas menos rigurosos se limitan a calificar de nulas las sentencias pronunciadas por los árbitros después de expirado el plazo de su competencia, admitiendo que esa nulidad queda subsanada por el hecho de que las partes no reclamen oportunamente de ella (929).

Entre nosotros la Corte Suprema ha aceptado esta última opinión, en un interesante fallo, cuya doctrina es la siguiente: "El árbitro legalmente designado que dicta su sentencia después de haber expirado en sus funciones, no tiene el carácter de simple particular desprovisto de toda jurisdicción, sino el de un juez o tribunal que sólo ha perdido su competencia para juzgar. La circunstancia de haber el árbitro dictado su sentencia fuera del plazo legal importa la existencia de un vicio en el fallo, supuesto que el art. 184 de la ley de 15 de Octubre de 1875 le impone el deber de evacuar su encargo en el término de dos años contados desde su aceptación. De acuerdo con nuestras disposiciones procesales semejante vicio autoriza para impugnar la sentencia por la vía del recurso de casación en la forma, por la primera de las causales contempladas en el art. 942 del C. P. C., esto es, por incompetencia del tribunal sentenciador, según lo demuestra la historia fidedigna del aludido precepto, que aparece de las actas de la Comisión Revisora de dicho Código. En consecuencia, procede calificar como sentencia la dictada por un árbitro después de vencido el plazo que la ley le otorga para evacuar su encargo, y si esa se encuentra ejecutoriada, constituye un título ejecutivo". (930).

Para llegar a esta conclusión, la Corte analizó minuciosamente el problema a través de la historia de la ley, cuya síntesis expone en el considerando siguiente: "Lo relacionado permite, en consecuencia, afirmar: a) que primeramente los miembros de la Comisión Revisora del C. P. C. fueron de opinión de negar el carácter de sentencia a la resolución decisoria del juicio arbitral dictada por el compromisario fuera del plazo legal, y de autorizar, no obstante, y excepcionalmente, el recurso de casación en la forma en su contra, con la expresa salvedad de que ello debía entenderse sin perjuicio de los demás medios legales que compitieron a las partes para invalidar o hacer

(927) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1833; Bernard, ob. cit., N.o 134; Borjas, ob. cit., t. V, N.o 499, p. 63.

(928) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1833; Mattirolo, ob. cit., t. I., N.o 850.

(929) Bernard, ob. cit., N.os 144 y 148; Miranda, ob. cit., N.o 322.

(930) Revista, t. XXX, s. I, p. 83. Redactada por el Ministro, señor Trucco y pronunciada contra el voto del Ministro señor Robles, quien, afirmando que el árbitro cuyo período vence, queda totalmente desprovisto de jurisdicción, llega a la conclusión de que el fallo que posteriormente pronuncia no constituye una sentencia judicial. (Véase: Gaceta 1932, t. II, N.o 45, p. 200).

ineficaz la resolución arbitral; y b) que finalmente cambiaron de parecer y acordaron no dictar una regla especial respecto de las sentencias arbitrales, por estimarlas comprendidas dentro de las reglas generales acordadas para regir los vicios de casación en la forma de que podían adolecer las sentencias, y porque la situación que especialmente los preocupaba de la sentencia arbitral librada fuera del plazo legal debía considerarse comprendida en la causal primera que se refiere a la incompetencia del tribunal" (considerando 11).

Creemos que ésta es la buena doctrina, ya que habiendo recibido el árbitro poder para juzgar una controversia, su decisión sobre ella no puede en ningún caso reducirse, por el solo hecho de que la dicte fuera de plazo, al mismo nivel del pretendido fallo, carente de todo valor, que expida una persona que jamás ha tenido jurisdicción alguna.

Y este vicio de nulidad que aqueja a los actos del arbitraje posteriores al vencimiento de su plazo se refiere tan sólo a las actuaciones del tribunal arbitral, mas no a las de las partes o de otros funcionarios, si aquel ha evacuado su encargo oportunamente. Estableciendo esta doctrina, la Corte de Santiago ha fallado que "es inadmisible la alegación de nulidad de la notificación del fallo arbitral por haber terminado con anterioridad el plazo del compromiso, por cuanto el árbitro evacuó su encargo, o sea, resolvió el asunto litigioso, dentro del término fijado por la ley; siendo de advertir, además, que las actuaciones sobre notificación, *que son independientes y ajenas al ejercicio de sus funciones*, se verificaron por el ministro de fe a quien incumbe la práctica de estas diligencias, sin que se reclamara oportunamente la ineficacia de estas actuaciones procesales" (931).

Expirado el plazo de la competencia de los árbitros, las partes vuelven a quedar sometidas a las jurisdicciones ordinarias, a menos que la ley o una cláusula compromisoria hagan forzoso el arbitraje, pues en tal caso deben constituir un nuevo tribunal arbitral (932).

En uno y otro caso los actos válidamente ejecutados por las partes y por los árbitros antes de la expiración del plazo, subsisten con plena eficacia, ya que a diferencia de la nulidad del arbitraje, que causa el efecto de retrotraer a las partes al estado en que se hallaban antes de él, como si jamás hubiera existido, el vencimiento del término deja a las partes en el estado en que se encuentran en el instante en que se produce (933).

Esto es indudable respecto de los actos y contratos de que resultan para las partes derechos definitivamente adquiridos, tales como las sentencias definitivas que resuelven algunas de las cuestiones planteadas a los árbitros cuando el asunto comprometido admite soluciones parciales (934); las sentencias interlocutorias de las que fallan incidentes estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, y las pruebas que éstas hubieren rendido, en

(931) Revista, t. XXX, s. II, p. 13.
(932) Bernard, ob. cit., N.os 144, 204 y 228; Miranda, ob. cit., N.o 323; Véase N.o 270.
(933) Bernard, ob. cit., N.o 146.
(934) Bernard, ob. cit., N.o 146.

especial cuando importen confesión judicial. Todos estos actos conservan su valor y aprovechan a las partes.

Es discutible, en cambio, si los interesados conservan el derecho de proseguir el procedimiento en el estado en que se hallaba, aprovechando todo el proceso ventilado ante los árbitros, o si deben iniciarlo nuevamente. Bernard admite esto último, afirmando que las partes no pueden valerse de las medidas de instrucción ordenadas por el antiguo compromisario, ni aun ante un nuevo tribunal arbitral, para impedir a éste hacerlas recomenzar (935). Lo mismo ha fallado, entre nosotros, la Corte de Santiago, según la cual terminado en un arbitraje voluntario el término que tiene el árbitro para fallar, sin que lo haga y sin que las partes prorroguen dicho plazo, "no corresponde a la justicia ordinaria entrar a intervenir haciendo suyo o tomando como base lo que se ha actuado ante el árbitro, pues no existiría ningún antecedente que le autorizase para avocarse de la causa en ese estado", por lo cual debe reponerse el procedimiento al estado de que las partes hagan valer sus derechos ejercitando la acción procedente ante el tribunal que corresponda (936).

La admisión de esta tesis lleva a concluir que los efectos del vencimiento del plazo del arbitraje son, al respecto, análogos a los del abandono de la instancia, según los regla el art. 163 del C. P. C.

No alcanzamos, sin embargo, a descubrir qué razones poderosas sirven de base para establecer de modo general esta doctrina, que es contraria a la conveniencia práctica y al fin del arbitraje, porque importan desperdicio de tiempo y de energía.

Si las actuaciones practicadas en el juicio arbitral dentro de término son válidas y no desaparecen retroactivamente por la expiración del plazo ¿por qué habrían de desperdiciarse, obligando a los interesados a intentarlas nuevamente?

El simple cambio de jurisdicción, de los árbitros a la justicia ordinaria, no es causal suficiente para hacer que se pierda un procedimiento válido y reponer a las partes al estado de iniciarlo nuevamente. Menos lo es aún en el caso de que el asunto continúe o vuelva a ser sometido a jurisdicción arbitral. Si la materia es de arbitraje forzoso por disposición de la ley o de la cláusula compromisoria, el cambio de árbitros es algo en absoluto equivalente al nombramiento de un nuevo juez por el Estado en reemplazo de uno antiguo, y a nadie puede ocurrírsele que en estos casos deba iniciarse otra vez el juicio y perderse todo lo hecho por el juez reemplazado. Cuando termina el plazo de una partición el nuevo árbitro no la reinicia desde un principio, sino que la continúa desde el estado en que la dejó el partidor precedente.

Sólo reconocemos dificultad para que prosiga el juicio en el estado en que se halla cuando el cambio de jurisdicción o tribunal lleva anejo también un cambio de procedimiento. Puede ser imposible en ciertos casos proseguir válidamente ante la justicia ordinaria o ante un árbitro de derecho la causa tramitada por un arbitrador o un árbitro mixto; es preciso entonces comenzarla de nuevo para asegurar la validez del procedimiento. Pero si el tribu-

(935) Ob. cit., N.o 147.
(936) Gaceta 1934, t. II, N.o 82, p. 303.

nal posterior ha de continuar el juicio conforme al mismo procedimiento que el anterior, parece absurdo que haya de perderse lo hecho y rehacerse todo otra vez, ni aún cuando pertenezcan a jurisdicciones distintas. No vemos tampoco inconveniente para que el procedimiento iniciado por un árbitro de derecho se continúe y concluya por un arbitrador (937).

(937) Véase N.o 224.

CAPITULO SEGUNDO

CUESTIONES DE JURISDICCION Y DE COMPETENCIA, IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES

§ *I.—Cuestiones de jurisdicción*

362 *Concepto.* — Llamaremos cuestión de jurisdicción a todo problema que se suscite en orden a la existencia o validez de los poderes del tribunal arbitral. Cada vez que se ponga en duda la eficacia misma de la jurisdicción de los compromisarios y, con ello, su calidad de jueces, se plantea una cuestión de jurisdicción.

Así ocurre, desde luego, cuando se alega la *inexistencia* o *nulidad* de la convención de arbitraje o del nombramiento de árbitros (938), cualquiera que sea la causa en que esa inexistencia o nulidad se funde. Creemos que lo mismo pasa en los casos que hemos caracterizado como de *inoponibilidad* de la convención de arbitraje o del nombramiento de compromisarios (N.os 147, 148, 253 y 288), cuando de ella resulta que sólo ha consentido eficazmente en el acto una de las partes. La constitución del tribunal arbitral requiere, por lo menos, la concurrencia de dos partes. Si hay una sola, como cuando conviene una persona con otra que comparece en calidad de representante de un tercero, sin serlo, por muy válido que sea el acto resulta ineficaz, ya que el tribunal arbitral así constituído carece de jurisdicción respecto del supuesto representado, y como el pretendido representante no ha manifestado su voluntad de someterse personalmente a él, tampoco le alcanza esa jurisdicción, sin perjuicio de su responsabilidad frente a la contraparte. Como no puede concebirse una jurisdicción contenciosa —como es siempre la arbitral— que se ejerza únicamente sobre una parte, resulta que en el caso el supuesto tribunal arbitral carece de jurisdicción.

Distinto es el caso, en cambio, en que el tribunal arbitral existe eficazmente respecto de dos partes por lo menos. Su inoponibilidad a terceros es asunto que se refiere a la extensión de sus poderes, mas no a la eficacia de los mismos, y no constituye, por tanto, una cuestión sobre jurisdicción, sino únicamente sobre competencia.

363 *Tribunal competente.* — El conocimiento de la cuestión sobre jurisdicción del tribunal arbitral no puede efectuarse por los propios compromisarios y *corresponde siempre a la justicia ordinaria,* por intermedio del tri-

(938) Véase N.o 343.

bunal que sea competente según las reglas generales. Así lo han establecido tratadistas y tribunales (939).

Permitir a los árbitros pronunciarse sobre la eficacia de sus propios poderes, sería autorizarlos para crearse un título a sí mismos, constituirlos a la vez en jueces y partes. Y en el caso de que ellos dieran lugar a la cuestión de jurisdicción, declarando carecer de poderes jurisdiccionales, su resolución sería en absoluto ineficaz, ya que provendría de quienes, según su propia decisión, no tienen calidad de jueces.

Robert, objeta esta doctrina recurriendo al principio de que todo juez lo es de su competencia, principio que, a su juicio, rige respecto de los árbitros y los autoriza para pronunciarse aún sobre la existencia o la validez de la convención de arbitraje de que emanan sus poderes (940).

Pero esta objeción es infundada, porque lo que está en disputa no es, en el caso, la competencia de los árbitros, sino su propia jurisdicción, la eficacia misma de sus poderes, su calidad de jueces, y en consecuencia no pueden ejercer jurisdicción alguna, ni aún para el efecto de resolver esa disputa.

Excepcionalmente, la ley alemana (C. P. C. Art. 1037) y la española (C. P. C. Art. 821) autorizan a los compromisarios para pronunciarse sobre la cuestión de jurisdicción que se les promueva una vez constituído el arbitraje (941).

364 *Tramitación. — Carácter previo.* — La cuestión relativa a la jurisdicción misma de los árbitros es de lato conocimiento y tiene carácter previo. Puede suscitarse en tres oportunidades: antes de la constitución del tribunal arbitral, durante el curso del arbitraje y después de concluído éste.

En el primer caso toma la forma de oposición al nombramiento de compromisarios solicitado por una parte en virtud de un mandato de la ley o de una cláusula compromisoria. Nos remitimos sobre el particular a lo expresado en los números 297, 298, 299 y 300.

Promovida en el curso del arbitraje, produce su suspensión hasta que el juez ordinario competente se pronuncie sobre la cuestión. Así se ha fallado (942), y con razón, ya que mientras esté en duda la jurisdicción de los árbitros, éstos no pueden proceder válidamente. (943). Si según el Art. 177 de

---

(939) Véase nota 878.

(940) Ob. cit., N.o 149.

(941) Bernard, ob. cit., N.o 868; Manresa, ob. cit., t. IV, ps. 55 y 57.

(942) C. Valdivia, Gaceta 1912, N.o 205, p. 294; C. Serena, Gaceta 1914, N.o 339, p. 939.

En contrario, C. Valparaíso, Gaceta 1915, N.o 299, p. 739.

Vale la pena anotar que cuando la cuestión se plantea en el nombramiento de los árbitros, como oposición a él, los tribunales han resuelto generalmente que suspende esa gestión y no llevan a efecto el nombramiento sino una vez que se declara definitivamente su procedencia: C. Suprema, Gaceta 1924, t. II, N.o 63, p. 367; C. Suprema, Revista, t. XXVII, s. I, p. 93; C. Suprema, Revista, t. XXXII, s. I, p. 530; C. Valdivia, Revista, t. XXIV, s. II, p. 12; C. Suprema, Gaceta 1930, t. I, N.o 21, p. 86; C. Concepción, Gaceta 1933, t. I, N.o 93, p. 391; C. Suprema, Revista, t. XXXIV, s. I, p. 24; C. Suprema, Revista, t. XXXII, s. I, p. 172.— Y la C. Iquique lo declara categóricamente al decir que "la cuestión de determinar si existe vínculo jurídico que obligue a las partes a constituir el arbitraje solicitado por una y rechazado por la otra es previa", (Gaceta 1919, t. I, N.o 1142, p. 447).

(943) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V., N.o 1816; Bernard, ob. cit., N.o 294; Miranda, ob. cit., No 78.

la L. O. T., fuera de los casos de arbitraje forzoso nadie puede ser obligado a someterse a juicio arbitral, a menos que haya convenido expresamente hacerlo, es evidente que el arbitraje no puede tener lugar sino cuando esté establecido, de manera cierta, que la ley lo ordena o que las partes lo han convenido válida y eficazmente.

Creemos que en este evento, la justicia ordinaria debe pronunciarse sobre la cuestión de jurisdicción con arreglo a las reglas del *juicio sumario,* por las mismas razones que nos indujeron a resolverlo así en el caso en que se promueva como oposición al nombramiento de compromisarios (N.o 298): es un asunto de lato conocimiento que no tiene señalado en la ley un procedimiento especial y que requiere una tramitación rápida para que sea eficaz. De otro modo se abriría a las partes una amplia puerta para entorpecer y burlar el arbitraje, mediante objeciones injustificadas a la jurisdicción del compromisario con las cuales retardarían indefinidamente la acción de la justicia arbitral.

La cuestión sobre jurisdicción contra el tribunal arbitral puede promoverse, también, una vez concluído el arbitraje, aunque esté ejecutoriada la sentencia de los compromisarios. En este caso toma la forma de una acción de nulidad a que nos referiremos oportunamente (944).

§ *II.—Cuestiones de competencia*

365 *Concepto.* — Llamamos cuestión de competencia, tratándose de los árbitros, a todo problema que se suscite en orden a la extensión de sus poderes. Cada vez que se ponga en duda, no ya la jurisdicción del tribunal arbitral, sino su competencia, la medida o amplitud de sus poderes, se plantea una cuestión de competencia. Esta dice relación con los que hemos llamado "límites de la competencia arbitral": sea en cuanto a la materia a que ella se refiere; sea en cuanto a las personas a que alcanza; sea en cuanto a las facultades que otorga al compromisario; sea en cuanto a su duración en el tiempo.

366 *Tribunal competente y tramitación.* — La cuestión de competencia puede promoverse antes de estar constituído el tribunal arbitral, como oposición al nombramiento de compromisarios. En tal caso es competente para conocer de ella el juez ordinario ante el cual se ha pedido el nombramiento de árbitros, quien debe someterse para su fallo a las reglas expuestas en los N.os 297, 298, 299 y 300; nos remitimos a ellas.

La cuestión de competencia puede suscitarse, también, una vez constituído el tribunal arbitral. En tal caso constituye un incidente del juicio arbitral; el único tribunal competente para conocer de ella es el de compromisarios (945), y su tramitación debe hacerse conforme a las normas del título XI del Libro I del C. P. C. (Arts. 104 a 117 inclusive), aplicables al arbitraje por ser comunes a todo procedimiento.

(944) Véase N.os 391 y siguientes.

(945) Rige aquí plenamente el principio de que todo tribunal es juez de su propia competencia. Véase N.o 340 y Nota 855.

Sea que la cuestión de competencia se funde en que la materia del juicio no es de las sometidas a arbitraje, o en que la jurisdicción del compromisario no alcanza a la parte que la interpone, o en que el plazo del nombramiento del árbitro ha expirado, o en que el tribunal arbitral carece de atribuciones para actuar en el asunto —como por ejemplo, cuando éste implica el ejercicio de actos de imperio— puede promoverse por inhibitoria o por declinatoria (C. P. C. Art. 104) y mientras se halle pendiente suspende el curso de la causa principal (C. P. C. Art. 117). Se ha fallado, según esto, que el arbitrador a quien se promueve inhibitoria y que la rechaza debe abstenerse de seguir tramitando hasta saber si el requirente insiste o no, pues de otro modo se autoriza para fallar por si una cuestión de competencia que debe ser resuelta por el tribunal a quien la ley la encomienda (946). Lo cual no obsta a que los árbitros que conocen de la causa principal puedan librar aquellas providencias que tengan el carácter de urgentes (C. P. C. Art. 117).

Si la cuestión de competencia se promueve por inhibitoria, el fallo de los árbitros sobre ella es apelable en los casos previstos en el Art. 112 del C. P. C., a menos que los compromisarios hayan sido nombrados para fallar en única instancia —lo cual se entiende si son arbitradores y no se ha establecido tribunal de apelación—. Cuando la apelación contra los árbitros es procedente según estas reglas, conoce de ella el tribunal que sea superior común de los que forman la competencia; si los tribunales fueren de distinta jerarquía, conoce el superior del que tenga jerarquía más alta, y si dependieren de distintos superiores, iguales en jerarquía, conoce el tribunal superior del que hubiere pronunciado la sentencia apelada (947).

Si la cuestión de competencia se promueve por declinatoria el fallo

---

(946) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 82.

(947) Según el Art. 113 del C. P. C. de estas apelaciones debe conocer el tribunal llamado a resolver la competencia según el Art. 111 del mismo Código, el cual dispone que "los jueces árbitros de única, de primera o de segunda instancia tendrán por superior para los efectos de este artículo a la respectiva Corte de Apelaciones".

De esto podría deducirse que la resolución de los árbitros sobre la inhibitoria es apelable aún en el caso de que los compromisarios estén nombrados para fallar en única instancia. Pero esta conclusión sería errónea, porque la regla del inc. final del Art. 111 es relativa únicamente a las contiendas de competencia —por algo la propia ley expresa que la fórmula "para los efectos de este artículo"— y al remitirse a este precepto el Art. 113 no puede significar que siempre proceda la apelación para ante el tribunal indicado en el Art. 111, sino tan sólo que cuando la apelación sea procedente según el Art. 112 en relación con las reglas generales, conocerá de ella el tribunal indicado en el Art. 111. Y aún a esta norma establece una excepción en su inciso final al disponer que si el tribunal requirente y el requerido dependieren de diversos superiores iguales en jerarquía, entenderá en la apelación el tribunal superior del que hubiere dictado la sentencia apelada.

De todo lo cual se deduce que de la apelación que sea procedente contra el fallo de la inhibitoria por un tribunal arbitral de primera instancia conocerá el tribunal arbitral de segunda instancia, o la Corte de Apelaciones respectiva en subsidio, en los siguientes casos: 1) si el juez con quien se ha planteado la inhibitoria es otro árbitro que tiene también como superior a ese tribunal arbitral de segunda instancia o a esa Corte de Apelaciones; 2) si el juez con quien se ha planteado la inhibitoria es inferior en jerarquía al compromisario, como sería si éste tuviera competencia para conocer materias propias de juez de letras y aquél fuera un juez de distrito o subdelegación, y 3) si el juez con quien se ha planteado la inhibitoria tiene por superior a un tribunal igual en jerarquía al tribunal arbitral de segunda instancia, como ocurriría si la inhibitoria se promoviere entre un juez de letras y un árbitro encargado de fallar materias propias de ese juez.

En los demás casos, conoce el tribunal ordinario que corresponda.

del árbitro es apelable según las normas generales, en el caso que este recurso proceda contra él.

La resolución que falla la cuestión de competencia tiene, a nuestro juicio, el carácter de sentencia interlocutoria, porque resuelve un incidente, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes. Se ha fallado, sin embargo, que es sentencia definitiva (948).

§ *III.—Contiendas de competencia*

367 *Concepto.* — Se produce una contienda o conflicto de competencia cuando dos o más tribunales sostienen ser competentes para conocer de un mismo asunto, pretendiendo excluir a los demás, y cuando ninguno de ellos acepta ser competente, atribuyendo su conocimiento al otro, que lo rechaza.

Un tribunal arbitral puede tener contiendas de competencia con otro de la misma naturaleza, o con un tribunal ordinario o especial.

Para que exista contienda de competencia entre árbitros, es necesario, en todo caso, que ambos tribunales tengan jurisdicción simultánea e independiente el uno del otro; los tribunales, declarándolo así, han resuelto que no es contienda de competencia la promovida entre dos árbitros y en la cual se trata de determinar si el segundo nombramiento de compromisario se hizo cuando estaba vigente la jurisdicción del primero o si éste ya había cesado en sus funciones (949).

368 *Tribunal competente y tramitación.* — Según los arts. 254 de la L. O. T. y 111 del C. P. C., las contiendas de competencia entre tribunales ordinarios deben ser resueltas por el tribunal que sea superior común de los que están en conflicto; si los jueces fueren de distinta jerarquía, por el superior de aquél que tenga jerarquía más alta, y si dependieran de diversos superiores, iguales en jerarquía, por el que sea superior del tribunal que hubiere prevenido en el conocimiento del negocio (950).

La misma regla es aplicable a las contiendas de competencia entre jueces árbitros o entre éstos y jueces ordinarios, según aparece del inciso final del art. 111 del C. P. C., el cual dispone que "los árbitros de única, de primera o de segunda instancia tendrán por superior, para los efectos de este artículo, a la respectiva Corte de Apelaciones".

Si la contienda de competencia se promueve entre un tribunal arbitral y uno especial, debe ser decidida por la Corte Suprema (L. O. T., art. 255).

El tribunal llamado a resolver la contienda debe declarar cuál de los

(948) C. Suprema, Gaceta 1919, t. II, N.o 84, p. 447.
(949) C. Suprema, Revista, t. XIV, s. I, p. 260.
(950) El art. 111 del C. P. C., habla, en este último caso, de "el que sea superior del tribunal requerido", contemplando la situación que se produce cuando la contienda tiene su origen en una cuestión de competencia por inhibitoria. Pero la contienda puede promoverse también, a raíz de una declinatoria de competencia y en este evento no existe tribunal requerido. Teniendo presente que el tribunal requerido es siempre el que previno en el conocimiento del asunto, creemos interpretar bien la ley al emplear éstos términos, que son también aplicables a la contienda suscitada a consecuencia de una declinatoria.

tribunales inferiores es competente, o que ninguno de ellos lo es. Para pronunciar resolución debe citar a las partes, pudiendo pedir los informes que estime necesarios y aún recibir a prueba el incidente. Cuando la contienda tiene lugar entre árbitros, por una parte, y jueces ordinarios o especiales, por otra, debe el tribunal que la resuelva oír también al Ministerio Público, ya que los contendientes ejercen jurisdicción de diferente clase, (C. P. C., art. 114).

La resolución que decide la contienda es, en nuestro concepto, una sentencia interlocutoria, ya que falla un incidente estableciendo derechos permanentes a favor de las partes. La Corte Suprema ha resuelto, sin embargo, con dos votos en contra, que es sentencia definitiva, susceptible de casación en el fondo (951).

§ *IV.—Implicancias y recusaciones*

369 *Concepto.* — Los jueces pueden perder su competencia para conocer de determinados negocios por implicancia o recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales (L. O. T., art. 247).

Las implicancias y recusaciones son verdaderas excepciones declinatorias que las partes pueden interponer con el objeto de que el juez competente para conocer de un asunto deje de serlo, por no tener la imparcialidad necesaria para fallarlo. Esta falta de imparcialidad debe manifestarse a través de alguna de las causas taxativamente señaladas por la ley.

Entre las implicancias y las recusaciones hay una diferencia específica que es puramente de grado. Las primeras son verdaderas prohibiciones impuestas a los jueces o a otros funcionarios judiciales para intervenir como tales en determinados negocios. Las segundas son, en cambio, meros arbitrios otorgados a las partes para separar a los jueces o a otros funcionarios judiciales, si lo estiman necesario, del conocimiento y decisión que naturalmente les corresponde en determinados negocios. La implicancia de los jueces puede y debe ser declarada de oficio o a petición de parte (L. O. T., art. 249); la recusación sólo puede entablarse por la parte a quien según la presunción de la ley puede perjudicar la falta de imparcialidad que se supone en el juez (L. O. T., art. 252).

La L. O. T., señala los motivos de implicancia de los jueces en su art. 248 y los de recusación en el art. 250. Este sistema, que había sufrido alteraciones en el C. P. C., que en su art. 130 convirtió en verdaderas prohibiciones de orden público y, por tanto irrenunciables a muchas simples recusaciones de la L. O. T., ha sido restablecido por la ley 7,411, de 3 de Marzo de 1943, ley que, modificando los expresados arts. 248 y 250 de la L. O. T., ha dado su verdadero carácter de implicancias a todas las causas de inhabilidad que enumera el art. 130 del C. P. C.

370 *Aplicación a los árbitros.* — ¿Son aplicables a los jueces árbitros las implicancias y recusaciones?

(951) Gaceta 1918, t. I, N.o 29, p. 96.

Es principio generalmente admitido en legislación (952), y en doctrina (953), que los compromisarios, en cuanto jueces y lo mismo que éstos, pueden ser recusados; pero sólo por causas que hayan sobrevenido a su nombramiento, o que siendo anteriores, se ignoraban al tiempo de la designación. Como los árbitros son jueces de la confianza de las partes, se entiende que si éstas nombran a una persona no obstante tener en su contra algún motivo para recusarla, renuncian a hacer valer esa causal. Pero tal renuncia no puede suponerse cuando ellas prueban que al hacer la designación desconocían la existencia de la causal, o cuando ellas no han intervenido en el nombramiento, como ocurre en los casos en que éste se hace por la justicia.

Nuestra L. O. T., aceptó ampliamente este principio en su art. 191, que prescribe: "los árbitros nombrados por las partes no son recusables, sino por causas que hayan sobrevenido a su nombramiento. Sin embargo, es también admisible la recusación por causa anterior al nombramiento si la parte recusante jura que en aquella sazón no la conocía".

Pero este precepto se refiere sólo a las recusaciones y no habla para nada de las implicancias. Si se aplicara a éstas resultaría que las partes, por el hecho de nombrar a sabiendas a un árbitro legalmente implicado, renunciarían tácitamente a alegar esa causal, lo que es contrario a la naturaleza de prohibiciones de orden público que las implicancias tienen. Si no se les aplica, por el contrario, la disposición del art. 191, resulta que el árbitro a quien, conociendo el motivo de implicancia que lo afecta, han tenido las partes la voluntad de nombrar, tiene el deber de declararse de oficio inhabilitado, lo que está reñido con la naturaleza particular de los compromisarios, que son jueces de la confianza de las partes.

Esta situación anómala no tiene paralelo en otras legislaciones, porque las implicancias constituyen una institución exclusiva de nuestra ley y en los demás países sólo existen las recusaciones (954).

Considerando el asunto respecto de los partidores y teniendo presente que la ley autoriza al causante y a los herederos para nombrar partidor aún a uno de los consignatarios, que son partes en el juicio (C. C., arts. 1324 y 1325; C. P. C., art. 130, N.o 1), algunos han pensado que las implicancias y recusaciones no afectan a esta clase de jueces, por lo menos de la misma manera que a los demás (955). Proporciona un serio argumento para sostener esta opinión el art 5.o de la ley de 11 de Enero de 1883, que prohibió aceptar compromisos a los jueces de letras, ministros y fiscales de los tribunales superiores, "excepto cuando el nombrado tuviere con alguna de las partes originariamente interesadas en el litigio un vínculo de parentesco que autorice su implicancia o recusación".

Con todo, las disposiciones de los arts. 191, 258 y 259 de la L. O. T., y 123 del C. P. C., hablan *de implicancias y recusaciones* de árbitros, lo

(952) C. P. C. argentino, arts. 799 y 780; C. P. C. uruguayo, art. 578; C. P. C. español, arts. 788, 789, 831 y 832; C. P. C. francés, art. 1014; C. P. C. alemán, arts. 1032 y 1033.

(953) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1825; Bernard, ob. cit., N.o 329 y 332; Robert, ob. cit. N.o 151; Manresa, ob. cit., t. IV, p. 26.

(954) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 2127.

(955) C. Santiago, Revista, t. XVIII, s. II, p. 1; Luis Claro Solar, comentario en nota a dicha sentencia, misma Revista.

que permite dar por establecido que el legislador quiso aplicar estas instituciones a los compromisarios. Por otra parte, si bien es cierto que la ley no especificó en ningún texto las causales de implicancia y recusación de los árbitros, no lo es menos que en los arts. 248 y 250 de la L. O. T., se refieren genéricamente a las de los jueces, sin hacer distingos entre éstos, y siendo los compromisarios jueces, según su propia definición, es indudable que esos preceptos los comprenden.

En realidad, la única excepción que respecto de los árbitros establece la ley a las reglas generales sobre implicancias y recusaciones, es la del art. 191 de la L. O. T., disposición que tiene por único objeto dejar en claro que "*los árbitros nombrados por las partes* no son *recusables,* sino por causa que hayan sobrevenido a su nombramiento", o por causas anteriores si la parte recusante jura que al tiempo de la designación no la conocía. Por consiguiente, la implicancia de todos los jueces y la recusación de aquéllos en cuyo nombramiento no han intervenido las partes, están regidas por las mismas reglas que las de los demás jueces, siendo procedentes aún por causas anteriores a su designación (956).

Pero conviene advertir que esta aplicación a los árbitros de las implicancias en los mismos términos que a los demás jueces, no significa, a pesar del carácter de prohibiciones irrenunciables que ellas tienen, el establecimiento de nuevas inhabilidades para ser nombrado compromisario, de la clase de las expresadas en el art. 175 de la L. O. T., sino tan sólo de impedimentos para actuar como tal en determinados negocios. Los afectos de ambas situaciones son distintas. Si se nombra árbitro a quien no puede serlo, según el art. 175, el nombramiento adolece de nulidad absoluta, porque puede reclamarse aún después de ejecutoriada su sentencia, en la forma que indicamos en el N.o 84. Si se nombra árbitro a una persona legalmente implicada para conocer del asunto comprometido, según el art. 248 de la L. O. T., el nombramiento es válido, pero el compromisario debe, de oficio o a petición de parte, declararse inhabilitado; si no lo hace, lo único que se resiente por la existencia de la implicancia es su actuación procesal, que sufre de un vicio que las partes pueden reclamar únicamente "in limine litis", por la vía de la casación en la forma contra la sentencia arbitral (C. P. C., art. 942, N.o 2), y que ni aún por este camino pueden impugnarlo cuando han renunciado al recurso de casación contra el compromisario.

Esto permite explicar el precepto del art. 5.o de la ley de 11 de Enero de 1883, que no trata de las implicancias ni recusaciones de los árbitros, sino de la inhabilidad de los jueces para ser nombrados compromisarios, y que autoriza implícitamente para que se designe árbitro a una persona implicada, lo que según hemos dicho es perfectamente posible y lícito; pero en ninguna parte deroga causal alguna de implicancia o recusación respecto de estos jueces.

El sistema expuesto sufre excepciones únicamente tratándose del partidor nombrado por el causante o por las partes mayores de edad y libres disponedores de sus bienes. Los arts. 1324 y 1325 del C. C., facultaron a estas personas para nombrar partidor aun a uno de los consignatarios o al

(956) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.os 1753 y 1754.

albacea de la sucesión, que por lo común son inhábiles para desempeñar ese cargo, (C. C., art. 1323). La L. O. T., respetó expresamente este sistema en su art. 174 (957), e igual cosa hizo el C. P. C., en su art. 803. Es evidente que con estas disposiciones el legislador quiso, no sólo permitir que se nombrara partidor a uno de los coasignatarios y al albacea en los casos a que se refirió, sino también autorizarlos para que actuaran válidamente como tales. Sin embargo, olvidó derogar las correspondientes causales de implicancia, y para evitar la duda que podría surgir en el sentido de que no obstante su nombramiento válido pudieran ser posteriormente inhabilitados para actuar, lo que era contrario a su propósito pero aparecía de la letra de sus preceptos, estableció expresamente en la ley 3,390, de 15 de Julio de 1918, que las inhabilidades del N.o 1 del art. 130 del C. P. C., no afectan a los partidores nombrados conforme a los arts. 1324 y 1325 del C. C., regla que mantuvo la ley 7,411 al fijar el nuevo texto del art. 248 de la L. O. T., que enumera las implicancia (958). Y aunque nada dijo el legislador acerca de las demás causales de inhabilidad contempladas en el art. 130 del C. P. C., y actualmente en el 248 de la L. O. T., creemos que, implícitamente estableció que tampoco afectan al partidor nombrado en la forma establecida por los arts. 1324 y 1325 del C. C., siempre que hayan existido al tiempo del nombramiento, y sido conocidas por las partes, ya que es axioma elemental de interpretación que lo que se dice de lo más, se dice igualmente de lo menos. Nos parece que no debe darse otro alcance que éste, a la opinión de don Luis Claro Solar, expresada en el comentario que citamos anteriormente.

371 *Tribunal competente y tramitación.* — De la implicancia de un árbitro que sirve en tribuna unipersonal conoce él mismo, (L. O. T., arts. 256). De la implicancia de árbitros que sirven en tribunales colegiados conoce el tribunal mismo con exclusión del árbitro o árbitros de cuya implicancia se trata (L. O. T., art. 257). El auto en que un árbitro que desempeña un tribunal unipersonal desecha la implicancia es apelable para ante el tribunal arbitral de segunda instancia, y en el caso de un juez árbitro de única o de segunda instancia se entiende como Tribunal de Alzada la Corte de Apelaciones respectiva (L. O. T., art. 258).

De la recusación de un árbitro, cualquiera que sea, conoce el juez ordinario del lugar donde se sigue el juicio, (L. O. T., art. 259).

Las implicancias y recusaciones de los árbitros se tramitan con arreglo a las normas dadas en el Título XII del Libro I del C. P. C., dando origen a un incidente especial. Nuestros tribunales se han pronunciado en varias ocasiones acerca de la aplicación de este procedimiento y de las particularidades suyas (959).

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION CHILENA

(957) Véase N.o 108.

(958) El legislador, sin embargo, traicionó sus propósitos en sus expresiones, pues al decir "salvo lo dispuesto en los arts. 1324 y 1325 del C. C.", dice solamente: sin perjuicio de la facultad del testador y de las partes para **nombrar** ciertas personas inhábiles según la ley; pero no prohibe **inhabilitar**, posteriormente, a esas personas. Sin embargo, como la modificación así concebida no tendría objeto y sería redundante en vista de lo expresado por el art. 803 del C. P. C., que hacía esa salvedad, y como el propósito del legislador es evidente en el sentido de impedir que en estos casos se inhabilite al partidor, debe estarse a su intención o espíritu más que a lo literal de sus palabras, que en la especie no pueden calificarse de claras.

(959) C. Suprema, Revista, t. XXXI, s. I, p. 520; C. Suprema, Revista, t. XXXII, s. I, p. 373; C. Suprema, Revista, t. XXXVII, s. I, p. 431; C. Suprema, Revista, t. XXXVIII, s. I, p. 108.

TITULO CUARTO

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Capítulo I.

DEL JUICIO SEGUIDO ANTE ARBITROS DE DERECHO

§ I. — *Caracteres*

371 *Principio general.* — "Los árbitros de derecho se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida" (C. P. C., art. 785).

Esta es la norma fundamental que rige el procedimiento ante los árbitros de derecho. No significa ella que el arbitraje de derecho deba siempre someterse a las reglas del juicio ordinario, como primitivamente se había propuesto, sino que debe ajustarse, según el claro tenor de la ley, a las prescripciones establecidas para los tribunales ordinarios, según la naturaleza de la acción que en cada caso se ventila.

Lo dicho no obsta a la facultad de las partes para acordar la supresión de ciertos trámites, la agregación de otros y cualesquiera otras modificaciones en el procedimiento legal. Si el legislador no lo expresó fué porque estimó innecesario y peligroso hacerlo, ya que es principio general el de que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante y no esté prohibida su renuncia, y la concesión expresa de esa facultad en el título que trata de los árbitros pudría haberse estimado como significativa de que en los juicios ante tribunales ordinarios las partes carecen de ella (960).

Pero en ejercicio de esta facultad las partes no pueden llegar hasta alterar esencialmente el procedimiento prescrito por la ley y disponer en su lugar otro, pues, en tal caso, cambiarían la naturaleza del arbitraje, que dejaría de ser de derecho para convertirse en mixto.

372 *Particularidades.* — La aplicación al arbitraje de derecho de las reglas legales que rigen el procedimiento ante los tribunales comunes no

(960) Actas de la Comisión Revisora del C. P. C.

puede ser, sin embargo, absolutamente rigurosa, sino que debe amoldarse a la naturaleza especial de este juicio y de los jueces ante los cuales se ventila.

El procedimiento ante los árbitros de derecho tiene, por tanto, ciertas particularidades que lo diferencian de los procedimientos ordinarios, y que constituyen excepciones al principio general expuesto en el número anterior. El C. P. C., señala algunas en el párrafo 1.o del Título IX de su Libro III; pero no son ésas las únicas, pues hay, además, otras que el legislador no ha indicado expresamente, porque se derivan de modo natural y necesario de los caracteres especiales del arbitraje.

Nuestro estudio del procedimiento ante los árbitros de derecho se limitará al examen de las más importantes de estas particularidades suyas.

§ II. — *Substanciación del juicio*

373 *Emplazamiento y comparecencia de las partes.* — El juicio arbitral no queda incoado por la sola celebración del compromiso o por el nombramiento de árbitros en los casos de arbitraje forzoso, convencional o legal. Para que ello ocurra, es preciso, lo mismo que en todo juicio, que el demandante comparezca ante el compromisario haciendo valer sus pretensiones de manera legal — la demanda debe ajustarse a las normas del juicio que corresponda según sea la acción que se ejercita — y que sus peticiones se pongan en conocimiento del demandado, emplazándosele como se debe.

Excepcionalmente, en los juicios de partición de bienes, la ley contempla un procedimiento especial para cuya iniciación no es necesaria la presentación de una demanda en forma, sino que basta conque el partidor, a petición de parte y, aún de oficio, cite a todos los interesados a un comparendo para que en él hagan valer sus peticiones. Esto se debe, sin duda, a que la partición no es por sí misma, en principio, un verdadero juicio, y sólo tienen carácter de tal las cuestiones contenciosas que en ella se promuevan y que el árbitro debe resolver (961). Mas, cada una de estas cuestiones, que constituye un juicio independiente, se inicia por demanda de una parte, que es actor en ella, y por el correspondiente emplazamiento de los interesados contra quienes se dirige, según lo ordena inequívocamente el art. 809 del C. P. C.

No debe creerse, pues, que por el hecho de haber convenido las partes el arbitraje queda el compromisario facultado para proceder de oficio y aquéllas tácitamente emplazadas para comparecer ante él. La norma según la cual los tribunales no pueden ejercer su ministerio, sino a petición de partes, salvo en los casos en que la ley los autoriza para actuar de oficio (L. O. T., art. 9.o), y el principio de que la relación procesal no se produce, sino desde el momento en que la demanda es comunicada regularmente a la parte contra quien se presenta (962), rigen respecto de los jueces árbitros. El juicio arbitral que se ventila sin previo requerimiento de un actor o sin previo emplazamiento legal del demandado carece de eficacia, pues no empece a la parte que no concurrió válidamente a él, la cual puede pedir su nulidad

(961) Gonzalo Barriga E., op. cit., Revista, t. XXX, 1.a parte, p. 5.
(962) Chiovenda, ob. cit., t. II, p. 63.

dentro de los cinco días contados desde que apareciere o se acreditare que tuvo conocimiento personal del juicio (C. P. C., art. 83).

La comparecencia de las partes en el arbitraje de derecho se rige por iguales reglas que en los juicios ante los tribunales ordinarios. La capacidad para comparecer en juicio arbitral es la misma que para celebrar actos y contratos. Sin embargo, esta capacidad procesal no faculta siempre al que la goza para pedir por sí mismo en juicio (963). Por lo común, las personas que comparezcan ante los tribunales a nombre propio o como representantes legales de otras, deben hacerlo por medio de un procurador habilitado para actuar como tal, salvo que el juez los autorice para defenderse personalmente, obligación que tiene plena vigencia en los juicios ante los árbitros de derecho, (Ley 4,409, art. 41). Del mismo modo, la primera presentación de cada parte en el juicio arbitral, lo mismo que en cualquier otro juicio, debe ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, (Ley 4,409, art. 40). Excepcionalmente estas obligaciones no se aplican en los departamentos en que el número de abogados en ejercicio no sea superior a cuatro, ni en los juicios cuya cuantía no exceda de quinientos pesos, ni en las particiones de bienes, en todos los cuales las partes pueden comparecer por sí mismas, (Ley 4,409, art. 42).

El juicio arbitral, como cualquiera otro, puede seguirse en rebeldía del demandado que, legalmente emplazado, no comparece en forma. La institución de la rebeldía es perfectamente aplicable al arbitraje, tanto respecto del actor como del demandado, y se rige por las reglas del Título VIII del Libro I del C. P. C.

374 *Actuaciones judiciales. — Lugar y tiempo hábiles.* — Las actuaciones judiciales deben efectuarse en lugar y tiempo hábiles.

Es lugar hábil para las actuaciones del arbitraje el que las partes indiquen en el acto del nombramiento del compromisario, y si no indican ninguno, aquél en que la designación se hace (L. O. T. arts. 183 y 184). En este lugar debe verificarse el juicio arbitral, a menos que los interesados convengan que se practique en otra parte.

¿Significa ello que los árbitros tengan limitada su competencia a cierto territorio, como los tribunales ordinarios? Creemos que no puede establecerse esta limitación de manera absoluta, ya que la ley contempla expresamente el caso de que los árbitros practiquen actuaciones fuera del lugar en que se sigue el juicio (C. P. C., art. 789, inc. 2.o). Nada se opone a que los compromisarios actúen válidamente en otro lugar que el designado por la convención o la ley, cuando ello sea necesario o conveniente para la buena marcha del arbitraje; pero ésto sólo de manera accidental, siempre que la tramitación ordinaria y principal del pleito se siga en el lugar que corresponda, pues, de otro modo se podría ocasionar un serio perjuicio a alguna de las partes.

En cuanto al tiempo hábil para las actuaciones del arbitraje, cabe preguntarse si es todo el comprendido en el período del nombramiento del compromisario, o si se exceptúan de él los días feriados y las horas que me-

(963) Chiovenda, ob. cit., t. II, p. 39.

dian entre la puesta y la salida del sol, según la regla del art. 62 del C. P. C. Siendo ésta una norma común a todo procedimiento, creemos que debe aplicarse al arbitraje, a menos que las partes acuerden otra cosa y sin perjuicio de las habilitaciones de feriado que sean procedentes. Pero nos parece evidente que para los jueces árbitros no son feriados, y, por tanto son hábiles, los días comprendidos entre el quince de Enero y el primero de Marzo, que para los tribunales ordinarios constituyen el feriado de vacaciones. (L. O. T., art. 149), porque éste es por su naturaleza, una medida de orden administrativo o económico que mira a la marcha de los tribunales permanentes, en cuanto servicio público, y que tiene por objeto proporcionar descanso a los jueces, pero que no hay razón alguna para extender a los árbitros que no forman parte de esos servicios y tienen investidura meramente privada (964).

375 *Actuaciones judiciales. — Intervención del tribunal arbitral.* — Todas las actuaciones necesarias para la formación del proceso deben practicarse por el propio tribunal arbitral, y si éste es colegiado, con la concurrencia de todos los árbitros, a menos que las partes acuerden otra cosa. Se exceptúan tan sólo los casos en que la ley encomienda expresamente la práctica de la actuación a un ministro de fe; en que la ley o las partes han autorizado al tribunal para delegar sus funciones, y en que las diligencias hayan de practicarse fuera del lugar en que se sigue el juicio. (C. P. C., arts. 73 y 787). En éste último caso, es para los árbitros facultativo practicar por sí mismo la actuación o pedir al tribunal ordinario correspondiente que la lleve a efecto, dirigiéndole exhorto en forma legal (C. P. C., arts. 789, inc. 2.o, 790 inc .2.o y 791); el tribunal exhortado tiene el deber de practicar o dar orden para que se practiquen en su territorio las actuaciones que en él deban ejecutarse y que un árbitro les encomiende (C. P. C., art. 74).

Los tribunales arbitrales colegiados no se imponen del proceso por medio de un relator o secretario, según la regla general (C. P. C., art. 168), sino por el examen personal que cada árbitro debe hacer de él, lo mismo que los tribunales unipersonales; salvo, naturalmente, que las partes convengan otra cosa.

376. *Autorización de las actuaciones arbitrales.*—La autorización del funcionario a quien corresponde dar fe o certificado del acto es esencial para la validez de las actuaciones judiciales (C. P. C. art. 64).

Esta regla fundamental de procedimiento es aplicable al arbitraje. La ley dispone que toda la substanciación del juicio arbitral debe hacerse ante un ministro de fe designado por el árbitro, sin perjuicio de las implicancias y recusaciones que pudieren las partes reclamar, y si estuviere inhabilitado o no hubiere ministro de fe en el lugar del juicio, ante una persona que, en calidad de actuario, designe el árbitro. Cuando el árbitro deba practicar di-

(964) La C. Valparaíso parece entender lo contrario respecto de los árbitros de derecho, pues en un caso sometido a su decisión resolvió que un arbitrador o amigable componedor puede pronunciar válidamente su sentencia durante el feriado judicial, porque esta clase de jueces no están sujetos, como los árbitros de derecho, a la obligación de aplicar estrictamente la ley, (Gaceta 1923, t. II, N.o 86, p. 430).

ligencias fuera del lugar en que se siga el juicio podrá intervenir otro ministro de fe o un actuario designado por el compromisario y que resida en el lugar donde dichas actuaciones han de practicarse (C. P. C. art. 789).

Tratándose del juicio de partición de bienes este ministro de fe debe ser en todo caso un notario o un secretario de juzgado de letras (C. P. C. art. 805). Se ha resuelto que es nula la partición que es autorizada por un receptor en vez de un notario o secretario (965); pero también se ha fallado que se puede designar actuario a un receptor cuando el único secretario y notario que existe en el departamento en que se sigue la partición ha sido recusado (966).

La falta de autorización del funcionario que deba darla afecta a la actuación respectiva de un vicio de nulidad procesal, que debe ser reclamado por las partes oportunamente (967).

377. *Notificaciones.*—Las resoluciones judiciales sólo producen efecto en virtud de notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella (C. P. C. art. 41). En los juicios arbitrales las notificaciones deben hacerse personalmente o por cédula, salvo que las partes unánimemente acuerden otra forma de notificación (C. P. C., art. 786).

En el arbitraje las partes son libres para adoptar un medio de notificación cualquiera, aunque no esté contemplado por la ley —cartas, telegramas, etc.— Pero para que su acuerdo al respecto tenga valor debe contar con el voto de la unanimidad de los interesados; se ha fallado, por esto, que es ilegal el acuerdo tomado en un arbitraje, sin la concurrencia de todas las partes, para practicar las notificaciones que ocurran en él por carta certificada (968).

A falta de dicho acuerdo, las notificaciones deben hacerse en el juicio arbitral personalmente o por cédula. El empleo de una u otra de estas formas de notificación, está sujeto, salvo convenio entre las partes, a las reglas generales del Título V del Libro I del C. P. C. La primera notificación al demandado debe hacerse siempre personalmente. Las demás notificaciones pueden practicarse de ese modo o por cédula.

Es evidente que en el arbitraje, como en cualquier juicio, la notificación personal puede reemplazarse por la indicada en el art. 47 del C. P. C. en el caso contemplado en ese precepto.

Se discute, en cambio, si tiene cabida en los juicios arbitrales, la regla del art. 57 del C. P. C., según la cual, cuando hubiere de notificarse personalmente o por cédula, a personas cuya individualidad o residencia sea difícil determinar, o que por su número dificultaren considerablemente la práctica de la diligencia, podrá hacerse la notificación por medio de avisos publicados en los diarios o periódicos del lugar donde se siga la causa, o de

---

(965) C. Talca, Revista, t. VIII, s. II, p. 94.

(966) C. Talca, Gaceta 1906, N.o 234. p. 385; C. Talca. Gaceta 1907, N.o 263, p. 483; C. Talca, Gaceta 1910, N.o 862, p. 322.

(967) C. Suprema, Gaceta 1917, t. II, N.o 37, p. 72.

(968) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 222.

la cabecera de la provincia, si allí no los hubiere, en la forma que explica ese precepto.

La Corte de Talca se ha pronunciado por la afirmativa, fundándose en que la disposición del art. 57, como general, es aplicable a todos los casos en que la ley disponga la notificación personal o por cédula y concurran las circunstancias que esa norma contempla (969). La Corte de Concepción, en cambio, con fecha posterior, ha resuelto lo contrario, estimando que la regla del art. 786 del C. P. C., restringe las notificaciones en los juicios arbitrales a la personal y por cédula, estrictamente, sin admitir otras, y arguyendo, además, que aun cuando fuera aplicable la disposición del art. 57, no podría dársele cumplimiento, ya que exige, para autorizar la notificación por avisos en los casos a que ella se refiere, la audiencia del Ministerio Público, funcionario que no depende ni presta sus servicios ante los tribunales arbitrales. (970).

No creemos que en el espíritu del legislador haya existido, al dictar la regla del art. 786, el ánimo de proscribir del arbitraje las notificaciones por avisos. En efecto, tal como estaba concebido ese artículo en el proyecto de C. P. C. sólo negaba lugar a la notificación por el estado, que dada su naturaleza, es propia de un tribunal instalado permanentemente y que ventila numerosas causas, pero no del arbitral. En la Comisión Mixta el señor Ballesteros pidió que se modificara la redacción de ese artículo para dejar "claramente establecido el derecho de las partes que, por acuerdo unánime, pueden convenir en cualquier forma de notificación". Por este motivo, pues, y no por el propósito de proscribir del arbitraje la notificación por avisos, según afirma la C. de Concepción en el fallo citado, fué que se alteró la redacción primitiva del art. 786, dándose la actual. El segundo argumento del tribunal penquista, relativo a la intervención del Ministerio Público, nos parece más poderoso. No obstante, no vemos qué razones aconsejan prohibir las notificaciones por avisos en el arbitraje, y como hoy día sólo existen oficiales del Ministerio Público ante la Corte Suprema y las de Apelaciones, creemos que este argumento de la C. de Concepción ha perdido su fuerza.

378. *La prueba en el arbitraje y especialmente la de testigos.*— La prueba ante los árbitros de derecho se rige por las mismas reglas que ante los tribunales ordinarios, sin más salvedades que las que derivan de la obligación de los compromisarios, cuando son dos o más, de concurrir todos a los actos de substanciación del juicio, y de la falta de imperio de que padecen esta clase de jueces. En virtud de esta última circunstancia, la ley ha dispuesto que cuando un testigo se negare a declarar voluntariamente ante un tribunal arbitral, como éste no puede interrogarlos de otro modo y carece de autoridad para compelerlos por medio de apremios, "se pedirá por conducto del árbitro al tribunal ordinario correspondiente que practique la diligencia,

---

(969) Gaceta 1904, N.o 1512, p. 595.

(970) Otero, ob. cit., t. II, p. 984. En el mismo sentido, Benavente ob. cit., p. 112.

acompañándole los antecedentes necesarios para este objeto" (C. P. C. art. 799).

De la redacción de este precepto aparece que es facultad propia de las partes interesadas la de pedir la intervención de la justicia ordinaria en el caso a que se refiere, y que los árbitros no podrían hacerlo de oficio. Si alguna de las partes se lo solicita, debe dirigir exhorto en forma legal al tribunal respectivo, que es el del lugar del juicio o el del lugar donde el testigo ha de prestar su declaración. Según el inciso final del art. 799 del C. P. C. "los tribunales de derecho podrán cometer esta diligencia al árbitro mismo asistido de un ministro de fe". Se incorporó a la ley esta regla utilísima, propuesta por el señor Ballesteros, para evitar a los jueces el recargo de trabajo que sin ningún objeto práctico les habría impuesto la obligación de tomar siempre la prueba de testigos de los arbitrajes, y en razón de la manifiesta conveniencia de que la tome personalmente el árbitro, que debe apreciarla al resolver el asunto sometido a su conocimiento.

§ III.—*Acuerdos de los tribunales colegiados.*

379. *Reglas que rigen los acuerdos.*—Si el tribunal arbitral es unipersonal. el pronunciamiento de sus resoluciones no tiene dificultad alguna. Si es colegiado, en cambio, exige que haya acuerdo entre sus miembros. Este acuerdo se rige por las reglas que el C. P. C. prescribe para los tribunales colegiados en el Título XI de su Libro I, reglas aplicables por ser comunes a todo procedimiento y porque la L. O. T. lo ordena expresamente (art. 186).

La aplicación de estas normas tiene, sin embargo, algunas excepciones, provenientes de las reglas y caracteres propios de los árbitros.

Desde luego, los preceptos que determinan el quorum con que deben funcionar los tribunales colegiados y pronunciar sus resoluciones (arts. 175 y 176 del C. P. C.) no rigen tratándose de los árbitros, que por disposición de la ley deben concurrir todos al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier acto de substanciación del juicio, a menos que las partes acuerden otra cosa (C. P. C., art. 787). Salvo convenio en contrario, por consiguiente, todas las resoluciones arbitrales, sean sentencias definitivas o interlocutorias, autos o decretos, deben ser pronunciadas con la concurrencia de todos los árbitros.

Del mismo modo, las reglas que determinan las personas que deben entrar al acuerdo y lo que sucede en caso de imposibilidad de ellas (C. P. C. arts. 178, 179, 180, 181 y 182), están alteradas en el arbitraje por las normas propias de esta institución. En efecto, si durante el curso del juicio fallece o renuncia alguno de los árbitros, o es inhabilitado por implicancias o recusaciones, o le sobreviene una incapacidad para desempeñar el cargo, queda sin efecto el arbitraje, si es voluntario, o debe designarse un nuevo árbitro que lo reemplace si se trata de arbitraje forzoso por mandato de la ley o de una cláusula compromisoria; todo ello, naturalmente, sin perjuicio del derecho de las partes de acordar otra cosa.

Por último, entre las reglas del C. P. C. relativas a los acuerdos hay

algunas de orden meramente administrativo, que se refieren al régimen económico de los tribunales permanentes (la del art. 185 del C. P. C., por ejemplo). Demás está decir que estos preceptos no se aplican a los tribunales arbitrales.

En verdad, las reglas de los acuerdos que rigen con los compromisarios son las relativas a la forma o modo de adoptarlos, establecidas por los arts. 186, 187, 188, 189, 190 y 191 del C. P. C.; pero las de estas dos últimas disposiciones, que se refieren a las discordias, sufren modificación en el caso del arbitraje de derecho por lo dispuesto en los arts. 787 y 788 del C. P. C.

380. *Discordia entre árbitros.— Efectos.* — Según la L. O. T., si los árbitros no se pusieren de acuerdo en el pronunciamiento de sus resoluciones, será llamado a intervenir en la causa un *tercero en discordia* (art. 186). Para este efecto dispuso esa ley que en el caso de ser dos los árbitros nombrados, las partes deberán nombrar un tercero que dirima las discordias que entre aquéllos puedan ocurrir, o podrán autorizar a los mismos árbitros para que lo nombren en caso necesario; y si no se avinieren en el nombramiento ni dieren la indicada autorización, el tercero será nombrado por la justicia ordinaria (art. 182). Aunque esta disposición se puso únicamente en el caso de ser dos los árbitros, es evidente que rige también cuando son más de ese número (971).

Este sistema establecido por la L. O. T., según el cual siempre que se produzca discordia debe intervenir un tercer compromisario para solucionarla, aunque las partes no lo hayan nombrado de antemano ni se pongan de acuerdo para designarlo, en cuyo caso debe nombrarlo la justicia ordinaria, tiene el inconveniente de que aun tratándose de arbitraje voluntario, si las partes no acuerdan la manera de solucionar la discordia, les impone obligatoriamente el fallo de una tercera persona nombrada por la justicia y en la cual los interesados no han convenido, cosa evidentemente contraria al principio según el cual, fuera de los casos de arbitraje necesario, nadie puede ser obligado a someterse a la decisión de un árbitro, a menos que convenga voluntariamente en ello.

Por esta razón, el C. P. C. modificó en parte las reglas antedichas de la L. O. T., estableciendo que si los árbitros no se ponen de acuerdo, se reunirá con ellos el tercero, *si lo hubiere,* y la mayoría pronunciará resolución (art. 787 inc. 2.o), y que en el caso de no resultar mayoría en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, o de otra clase de resoluciones, siempre que ellas no sean apelables, quedará sin efecto el compromiso si este fuere voluntario, o se procederá a nombrar nuevos árbitros si fuere forzoso; y cuando pueda deducirse el recurso, cada opinión se considerará como resolución distinta y se elevarán los antecedentes al tribunal de alzada, para que resuelva como fuere de derecho sobre el punto que hubiere motivado el desacuerdo de los árbitros (art. 788).

Para determinar los efectos de la discordia entre árbitros de derecho

(971) Véase N.o 195.

es, por tanto, preciso distinguir los casos en que hubiere designado un tercero, o en que no habiéndolo, la resolución en que la discordia ocurre es apelable, de los casos en que no hay tercero y dicha resolución es inapelable; sin perjuicio, naturalmente, del valor de los acuerdos que las partes pueden adoptar para resolver de otro modo la discordia.

381. *Casos en que hay tercero en discordia designado, o en que no habiéndolo, la resolución es apelable.*—Si las partes han designado de antemano uno o más árbitros para resolver la discordia, producida ésta los compromisarios deben reunirse con el o los terceros, según proceda, y la mayoría pronuncia la resolución.

Si las partes no han hecho de antemano el nombramiento de terceros y la resolución en que ocurre la discordia es apelable, deben elevarse los autos al tribunal de alzada para que resuelva como fuere de derecho sobre el punto que hubiere motivado el desacuerdo de los árbitros, estimándose cada opinión discordante como resolución distinta y apelada.

382. *Casos en que no hay tercero en discordia designado y la resolución es inapelable.— Distinción entre arbitraje voluntario y forzoso.*— Si la discordia ocurre en resolución inapelable y las partes no han designado tercero ni convienen en hacerlo, los efectos de la discordia son distintos según sea el arbitraje de carácter forzoso o voluntario.

Si el arbitraje es forzoso, por mandato de la ley o en virtud de una cláusula compromisoria, debe procederse a nombrar nuevos árbitros, en el número que sea necesario para solucionar la discordia, aunque las partes no estén de acuerdo en ello, en cuyo caso corresponde a la justicia efectuar el nombramiento a petición de cualquiera de los interesados.

Se ha sostenido que esta regla sólo se aplica en los casos en que la ley prescribe el arbitraje obligatorio (972), mas no en los que las partes mismas lo han acordado mediante una cláusula compromisoria. Pensamos, por nuestra parte, que se aplica en unos y en otros. La ley habla, en general, de arbitraje forzoso (C. P. C., art. 788) y forzoso no es sólo el impuesto por la ley, sino también el que las partes hacen obligatorio por medio de una cláusula compromisoria. Por ésta, en efecto, los contratantes no se someten al fallo de árbitros determinados, sino que acuerdan de manera general *que ciertos negocios sean resueltos por arbitraje* y se obligan tácitamente a nombrar árbitros tantas veces cuantas sean necesarias para realizar ese fin.

La discordia entre los árbitros, al crear el riesgo de que el arbitraje querido por las partes fracase, es una circunstancia que hace exigible esa obligación, imponiendo a los comprometidos el deber de nombrar nuevos árbitros y facultando a cualquiera de ellos para perseguir ante la justicia la

(972) Vargas, ob. cit., N.o 42. Lo mismo parece entender la Corte Suprema en fallo de 13 de Enero de 1923, Revista, t. XXII, s. I, p. 122, en el que declara que el precepto del inc. final del art. 182 de la L. O. T. no puede tener lugar sino respecto del arbitraje forzoso, "o sea, respecto de aquéllos asuntos que deben necesariamente resolverse por árbitros conforme a lo dispuesto en el art. 176 de la L. O. T.".

ejecución forzada de esa obligación en el caso de que los demás no se allanen a cumplirla voluntariamente. (973).

Si las partes, en cambio, no tienen obligación legal ni convencional de someterse al arbitraje y éste es puramente voluntario, lo que ocurre cuando deriva de un compromiso, la discordia de los árbitros en resolución inapelable, en el caso de que no hayan acordado ni acuerden nombrar tercero que la solucione, deja sin efecto el arbitraje. Y no puede ser de otra manera, puesto que los contendientes sólo se han sometido al fallo de los árbitros determinados a quienes otorgaron su confianza, y sin su consentimiento no se les puede obligar a sujetarse al fallo de otra persona en quien ellos no han convenido (974).

Se ha fallado, por esto, que el juez a quien los árbitros designados en un compromiso y entre quienes se produce discordia en el pronunciamiento de una resolución, envían el proceso "para los fines que por derecho correspondan", no está facultado por las partes ni por la ley para obligarlas a perseverar en la solución arbitral con el nombramiento de un tercero en discordia, ni para nombrarlo él en rebeldía de las partes, como lo hizo en la especie, y, por tanto, todo lo obrado por dicho tercero es radicalmente nulo, en razón de su incompetencia legal absoluta o falta absoluta de jurisdicción, que sólo pudo tener su origen, y no lo tuvo, en el pacto constitutivo del compromiso; y que aún cuando las partes no hayan reclamado de estos defectos en forma expresa, debe entenderse que el recurrente no ha aceptado el nombramiento de tercero en discordia hecho por la justicia ordinaria ni lo obrado por ese tercero, si no concurrió al llamamiento de aquella para la designación del compromisario, ni al llamamiento de éste para la prosecución del arbitraje (975).

383. *Misión del tercero en discordia.*—Se discute en doctrina y en algunas legislaciones extranjeras si el tercer árbitro es juez del litigio y puede fallar como quiera, o es únicamente juez de los árbitros y debe optar por alguna de las opiniones vertidas. (976).

En Francia, el tercero debe conferenciar con los árbitros primitivos y si éstos no varían de opinión o no concurren a la conferencia, debe optar por alguna de las opiniones discordantes, a menos que las partes lo hayan autorizado para fallar sin sujeción a esas opiniones (977). En Inglaterra, en cambio, el tercero es único juez del litigio, actúa por su exclusiva cuenta y libremente, y los primitivos árbitros desaparecen ante él (978).

Entre nosotros nos parece evidente que la misión del tercero es concurrir con los árbitros discordantes a pronunciar la resolución en que ocurrió la discordia, sin que deba hacerlo solo, como juez superior a los otros, sino

(973) Véase N.os 195 y 270.
(974) Véase N.o 195.
(975) C. Suprema, Revista, t.XXII, s. I, p. 122.
(976) Landrau, ob. cit., p. 187.
(977) Landrau, ob. cit., p. 188.
(978) Landrau, ob. cit., ps. 190 y 191.

conjuntamente con ellos (979), y sin que esté ligado por las opiniones de los primitivos árbitros, sino con amplia libertad para sostener la opinión que le parezca mejor, aunque sea una nueva.

La intervención del tercero puede, por tanto, en ciertos casos, producir una nueva discordia, por dispersión de votos. Los efectos de esta discordia se rigen por las mismas reglas que acabamos de estudiar.

Como puede producirse discordia entre los árbitros en el pronunciamiento de cualquiera resolución, y no sólo en el de la sentencia definitiva, cabe preguntarse si el tercero nombrado para solucionar una debe seguir interviniendo de manera permanente en el pleito, o puede hacerlo en las discordias posteriores, o termina su misión una vez resuelta la discordia para que fué nombrado. Tratándose de terceros designados de antemano por las partes, no cabe duda que deben intervenir cada vez que se produzca una discordia. En cuanto a los que nombra la justicia en un caso específico, o las partes en el mismo evento, creemos razonable aplicarles igual norma, pues sería absurdo que a cada nueva discordia debiera hacerse un nuevo nombramiento, habiendo quien pueda resolverla.

Todo lo cual se entiende, naturalmente, sin perjuicio de los acuerdos que las partes adopten estableciendo otra cosa.

§ *IV.—Impugnación de las resoluciones arbitrales*

384. *Medios de impugnación.*—Las decisiones de los árbitros de derecho, como resoluciones judiciales que son, pueden ser impugnadas por medio de los *recursos procesales.* Contra ellas proceden, entre nosotros, los mismos recursos que contra las pronunciadas por los jueces ordinarios: reposición, interpretación y enmienda, apelación, casación en la forma y en el fondo, queja, revisión o inconstitucionalidad.

Pero las resoluciones arbitrales pueden ser dejadas sin efecto, además, por otro medio que es propio de ellas y que deriva del origen generalmente contractual del arbitraje y la investidura privada de los jueces árbitros: la *acción ordinaria de nulidad civil.*

a) *Recursos procesales*

385. *Recursos de reposición, interpretación y rectificación o enmienda.* —Proceden contra las resoluciones y en la forma que señala el C. P. C., para ante el propio tribunal, a menos que las partes hayan renunciado específicamente a estos recursos.

Creemos que la renuncia genérica a todos los recursos y la estipulación de que el arbitraje sea sin ulterior recurso no obstan a que se solicite a los árbitros la reposición, rectificación o interpretación de sus fallos, en conformidad a la ley, porque tales cláusulas sólo expresan la voluntad de las partes de acatar las decisiones del compromisario y no impugnarlas ante nin-

(979) Se ha fallado que la sentencia expedida por el tercer árbitro sólo es nula. C. Valparaíso, Revista, t. III, s. II, p. 159.

guna autoridad superior; pero no pueden significar que ellas se priven de pedir al propio árbitro que reconsidere las decisiones que les causan agravio, o que las aclare cuando contengan puntos obscuros o dudosos, o que enmiende los errores que aparezcan de manifiesto en ellas.

Se ha fallado que la sentencia arbitral aclaratoria de otra anterior constituye ante la ley un fallo distinto del primero, susceptible, por lo mismo, de distintos recursos, los que deben interponerse dentro del plazo que corresponda, según la fecha de notificación de cada fallo; por lo cual es inaceptable la petición que hace un recurrente para extender a la resolución aclarada los motivos de casación que hace valer contra la sentencia aclaratoria, si ha transcurrido con exceso el plazo concedido por la ley para poder deducir este recurso respecto de aquélla. (980).

386. *Apelación.*—Contra las resoluciones arbitrales procede la apelación según las reglas comunes establecidas por el C. P. C. (Título XVIII del Libro I y Título XII del Libro II), a menos que las partes capaces para hacerlo hayan renunciado expresamente a ella o genéricamente a todos los recursos (L. O. T., art. 187).

La apelación contra los árbitros se interpone para ante el tribunal arbitral de segunda instancia que las partes plenamente capaces hayan acordado, y si no han establecido ninguno, para ante el tribunal que habría conocido de ella, si se hubiere interpuesto en juicio ordinario (L. O. T., art. 187). Puede ser por tanto, tribunal de alzada, a falta de estipulación entre las partes, un juez de subdelegación, un juez de letras o una Corte de Apelaciones, según corresponda, de acuerdo co nlas reglas de la L. O. T. y del C. P. C., en consideración a la cuantía, materia y fuero del litigio.

De entre todos los tribunales de la jerarquía que corresponda, es competente para conocer de la apelación aquél en cuyo territorio jurisdiccional ejerce el árbitro recurrido sus funciones. Y si en este territorio ejercen conjuntamente jurisdicción varios tribunales de esa jerarquía, debe estarse a las reglas generales sobre distribución de causas, teniendo presente que la apelación de las resoluciones arbitrales es siempre un asunto contencioso.

387. *Recurso de casación en la forma.*—Procede contra las resoluciones de los árbitros de derecho según las mismas reglas que las leyes prescriben en cuanto a su procedencia y tramitación respecto de las resoluciones de los tribunales ordinarios, atendida la naturaleza de la acción que se ventila, salvo que las partes capaces para hacerlo hayan renunciado expresamente al recurso (L. O. T., art. 187).

Pero aun en caso de renuncia válidamente hecha por las partes, procede el recurso de casación en la forma por los vicios de incompetencia y ultra petita, ya que ninguna renuncia puede autorizar a los árbitros para extender su pronunciamiento a materias que quedan fuera de los límites de su competencia o más allá de lo pedido por las partes (981). Y se ha fallado

(980) C. Suprema, Gaceta 1916, t. I, N.o 63, p. 199.
(981) Véase N.o 210.

que en estos casos tampoco tiene eficacia la renuncia de la apelación respecto del auto que declara inadmisible el recurso de casación en la forma por los indicados vicios (982).

Es tribunal competente para conocer del recurso de casación en la forma contra árbitros el de compromisarios que las partes hayan acordado, y si no han estipulado ninguno, el que habría conocido de la casación si se hubiere interpuesto ante tribunales ordinarios (L. O. T., art. 187), esto es, el superior jerárquico del tribunal a que habría correspondido pronunciar la sentencia recurrida.

Es evidente, también, que en cuanto a los jueces árbitros, rige la facultad que la ley otorga a los tribunales para invalidar de oficio las sentencias que adolezcan de vicios de los que dan lugar a la casación en la forma, del modo que expresa el art. 950 del C. P. C. (983).

La casación en la forma contra las resoluciones arbitrales, cuando es acogida, origina una pequeña dificultad. Según el art. 960 del C. P. C., la sentencia que declara la casación debe determinar el estado en que queda el proceso, "el cual se remitirá para su conocimiento al tribunal correspondiente". Este tribunal no puede ser el mismo que dictó la resolución casada, sino que es, según ese precepto, su subrogante legal. Ahora bien; los compromisarios carecen de subrogante, a menos que las partes hayan establecido alguno.

Resulta de esto, que cuando es casada en la forma una resolución de un árbitro, no hay tribunal a quien remitirle el proceso para su conocimiento, salvo el caso en que los interesados hayan instituído uno. Creemos que en dicho evento, si el arbitraje es puramente voluntario, esto es, deriva de un compromiso por el cual las partes lo han convenido en atención a la persona del árbitro, no pueden éstas ser obligadas a nombrar uno nuevo y si no se avienen buenamente a hacerlo, fracasa el arbitraje. Si éste, en cambio, tiene carácter de forzoso por mandato de la ley o en razón de una cláusula compromisoria, las partes están obligadas a constituir un nuevo tribunal arbitral.

Se ha resuelto que el árbitro designado en reemplazo de otro cuya sentencia fué casada y a fin de que dicte nuevo fallo, no puede prescindir de los antecedentes en virtud de los cuales se pronunció la primera sentencia, ni alterarlos para llevar a efecto su cometido (984).

388. *Recurso de casación en el fondo.*—El recurso de casación en el fondo procede, según las reglas generales, contra las sentencias pronunciadas por tribunales arbitrales de segunda instancia constituídos por árbitros de derecho, en los casos en que estos árbitros hubieren conocido de negocios de la competencia de una Corte de Apelaciones (C. P. C., art. 941), salvo el caso de que las partes capaces para ello lo hayan renunciado (L. O. T., art. 187).

---

(982) C. Suprema, Revista, t. X., s. I, p. 353.
(983) C. Suprema, Revista, t. XXXII, s. I, p. 455.
(984) C. Valparaíso, Gaceta 1916, t. I, N.o 153, p. 492.

Es competente para conocer de este recurso la Corte Suprema; pero las partes plenamente capaces pueden someter también a arbitraje la casación en el fondo, instituyendo un tribunal de compromisarios para que conozca y falle el recurso (L. O. T., art. 187).

389. *Recurso de queja.*—Hemos dicho en otra parte (N.os 119 y 212) que los árbitros, como jueces, están sujetos a la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica, que corresponde a la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la nación (Const. Política, art. 84) y que en virtud de esta circunstancia la jurisprudencia ha reconocido unánimemente la procedencia en su contra del recurso de queja para ante dicho alto tribunal, recurso que puede ejercitarse, a pesar de cualquiera renuncia y por cuyo medio se persigue el castigo de las faltas o abusos que cometa el árbitro en el ejercicio de sus funciones y el pronto remedio del mal que motiva la queja (L. O. T., arts. 68, 69, 70, 108 y 109).

390 *Recursos de revisión y de inaplicabilidad de preceptos legales inconstitucionales.* — Proceden contra las resoluciones de los árbitros de derecho, según las reglas comunes, ya que estos compromisarios se rigen, en cuanto al procedimiento, por las mismas normas que los demás jueces. Pero tratándose del recurso de revisión, es indudable que no puede oponerse por la causal del N.o 4 del Art. 981 del C. P. C., esto es, por haberse pronunciado la sentencia contra otra pasada en autoridad de cosa juzgada que no se alegó en el juicio en que esa sentencia recayó, en el caso en que las partes convinieron el arbitraje con pleno conocimiento del fallo anterior, renunciando de este modo a la cosa juzgada. (985). De estos recursos, lo mismo que del de queja, conoce siempre la Corte Suprema.

b) *Acción ordinaria de nulidad*

391 *Procedencia.* — El origen generalmente contractual del arbitraje y la investidura privada de los jueces árbitros determinan la posibilidad de que las resoluciones arbitrales sean dejadas sin efecto por medio de una acción ordinaria de nulidad civil de la convención de arbitraje o del nombramiento de compromisarios.

Estos actos: convención de arbitraje —compromiso o cláusula compromisoria— y nombramiento de árbitros —siempre que sea convencional—, no son actos procesales, sino puramente civiles. Contra ellos no proceden, en consecuencia, los recursos judiciales que acabamos de ver. Y, sin embargo, ellos pueden adolecer de defectos o vicios que causen su nulidad. El único medio de hacer efectiva esta nulidad, que es civil y no procesal, es la acción ordinaria correspondiente.

Esta acción no se dirige contra las resoluciones arbitrales, que sólo pueden ser invalidadas por la vía de los recursos procesales o del incidente de nulidad procesal, mas no por la acción civil, de acuerdo con el conocido principio de que contra los actos judiciales no son procedentes las vías ordi-

(985) Véase N.o 179.

narias de nulidad. La acción a que nos referimos es propia de "los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derecho", y en el arbitraje sólo revisten estos caracteres la convención de arbitraje —compromiso y cláusula compromisoria— y el nombramiento convencional de árbitros. Unicamente contra estos actos puede dirigirse, pues, la acción ordinaria de nulidad.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha reconocido acertadamente estos principios, estableciendo, por una parte, que "la nulidad a que se refiere la ley en el concepto de causal de casación en la forma, es a la que puede estar afectado el procedimiento del juicio en qué incide el recurso respectivo, y no una nulidad ajena a la ritualidad y anterior al litigio, que pudiera haberse producido en el otorgamiento de un acto o contrato (986), y que la infracción de una condición determinada por la ley sustantiva para la validez del compromiso y de los actos y contratos ejecutados en él, no es defecto que deba atacarse por la vía de los recursos procesales, sino por la acción civil correspondiente (987), y, por otra parte, que "las prescripciones sobre nulidad del C. C. se refieren, según lo expresa de un modo explícito el autor de ese Código en el mensaje que lo antecede, a la nulidad y rescición de los contratos y demás actos voluntarios que constituyen derecho, y no a los que realizan los jueces en su carácter de tales y las partes que comparecen ante ellos, los cuales por su naturaleza son materia propia de las leyes de procedimiento" (988) y que "las sentencias definitivas sólo son susceptibles de invalidarse por los recursos que la ley franquea a las partes litigantes, deducidos con arreglo a derecho en los mismos pleitos en que se han dictado, y no por medio de la acción odinaria que se concede para conseguir la nulidad de los actos y contratos, la que es improcedente cuando se trata de reclamar defectos de procedimiento que han ocurrido en un juicio diverso". (989).

Estos principios fundamentales permiten establecer en cada caso de nulidad si ella tiene carácter procesal y debe en consecuencia atacarse por la vía de los recursos, o si es contractual y debe ser impugnada por medio de la acción ordinaria. En el curso de esta Memoria hemos ido resolviendo numerosos casos en que la disyuntiva se plantea —los de mayor importancia y ordinaria ocurrencia (N.os 66, 84, 95, 110, 151, 175, 181, 198 y 321)—; en cada uno de ellos hemos indicado las decisiones que nuestros tribunales han pronunciado a su respecto y la solución que a nuestro juicio corresponde en buena doctrina; creemos, por tanto, innecesario hacer aquí un examen minucioso del asunto, pareciéndonos suficiente la exposición resumida de los principios directrices que hemos señalado.

392 *Aplicación al arbitraje particional.* — El Art. 1348 del C. C. establece que "las particiones se anulan y se rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos".

Esta regla, en cuanto se refiere a las particiones verificadas en jui-

(986) C. Valparaíso, Gaceta 1922, T. I, N.o 141, p. 554.
(987) C. Valdivia, Revista, t. XXXV, s. I, p. 66.
(988) C. Santiago, Gaceta 1939, t. II, N.o 123, p. 515.
(989) C. Valparaíso, Gaceta 1923, t. II, N.o 86, p. 430.

cio arbitral, debe ser entendida de acuerdo con los principios que acabamos de enunciar. Ella no quiere decir, en efecto, que las actuaciones o resoluciones del juicio particional puedan ser invalidadas por medio de la acción ordinaria de nulidad, ventilada en juicio diverso, lo que es contrario a las reglas de procedimiento que sólo permiten impugnar esos actos por las vías procesales que la ley concede.

Si antes pudo entenderse otra cosa, es evidente que después de la promulgación del C. P. C. el significado de ese precepto está restringido, respecto de las particiones ventiladas ante árbitros, a un reconocimiento de la acción ordinaria de nulidad que compete, según las reglas comunes, contra los actos convencionales constitutivos del arbitraje, mas no contra las actuaciones de carácter judicial.

Reconociéndolo así, la Corte Suprema ha fallado que el precepto del Art. 1348 "tiene cabal aplicación siempre que se trate, no de la ritualidad judicial propiamente dicha, sino de vicios o defectos que se refieran en grado prohibido a la naturaleza jurídica de los diversos actos ejecutados en la partición, o a la constitución o existencia del compromiso mismo". (990).

393 *Efectos.* — Si bien la acción ordinaria de nulidad se dirige únicamente contra la convención de arbitraje o el nombramiento convencional de árbitros y no contra las actuaciones del juicio arbitral, sus efectos alcanzan también a éstas, si han tenido lugar, destruyéndolas completamente.

La nulidad judicialmente declarada, en efecto, restituye a las partes al mismo estado de derecho en que se hallaban antes del acto o contrato nulo (C. C. Art. 1687). Anulada la convención de arbitraje o el nombramiento de árbitros, quedan los compromisarios desprovistos de toda jurisdicción, y sus actos, aún sus sentencias definitivas aparentemente pasadas en autoridad de cosa juzgada, pierden todo su valor y eficacia al resultar actos de simples particulares que no tienen ni han tenido calidad de jueces. Es por este motivo que estudiamos ahora la acción ordinaria de nulidad como un medio indirecto de impugnar las resoluciones arbitrales.

394 *Ejercicio.* — La acción ordinaria de nulidad puede hacerse valer antes del juicio arbitral, en el curso de éste y después de su conclusión.

En el primer caso, cuando se refiere a la cláusula compromisoria, puede promoverse como oposición al nombramiento de árbitros. Promovida en el curso del arbitraje, constituye una cuestión de jurisdicción. En uno y otro caso importa un asunto de lato conocimiento y de carácter previo al arbitraje. Nos remitimos sobre el particular a lo dicho en los N.os 297, 298, 299, 300, 362, 363 y 364.

Pero la característica especial y más grave de la acción de nulidad es que se puede proponer aún después de concluído el arbitraje. La circunstancia de estar ejecutoriada la sentencia definitiva de los compromisarios no obsta al ejercicio de la acción ordinaria de nulidad, mientras no haya prescrito de acuerdo con las reglas de los artículos 1683 y 1691 del C. C., ya que

(990) Revista, t. X, s. I, p. 525.

ésta no constituye una vía procesal ni se dirige contra las actuaciones del arbitraje; aunque indirectamente, como hemos dicho, tienda a destruirlas.

La regla de que la impugnación de las resoluciones judiciales sólo puede hacerse "in limine litis", antes de que el juicio se concluya definitivamente al quedar ejecutoriada la sentencia de término, es propia de las vías procesales, pero no obsta al ejercicio de acciones ordinarias que no se dirigen directamente contra esas resoluciones, sino contra actos o contratos extrajudiciales.

Por lo demás, la presunción de derecho que lleva aneja toda sentencia definitiva e interlocutoria pasada en autoridad de cosa juzgada, en virtud de la cual se tiene lo resuelto en ella como expresión inamovible de la verdad y la justicia, no alcanza a sanear, sin embargo, el defecto de falta de jurisdicción del tribunal, que va implícito, respecto de los compromisarios, en la nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de árbitros. Esa presunción se establece sobre la base de que la sentencia ha sido pronunciada por un tribunal con poder para juzgar; si aparece que el que la dictó no tenía esta calidad, sino que carecía en absoluto de jurisdicción, ella se derrumba completamente.

La Corte Suprema ha fallado, por esto, que el reclamo por la vía de la nulidad ordinaria de infracciones ocurridas en el nombramiento del árbitro, "que no es un acto de carácter procesal sino un contrato de donde emana la jurisdicción del árbitro nombrado", puede hacerse aún después de ejecutoriada la sentencia arbitral, sin que sea necesario que se interponga en el juicio respectivo en la forma y plazo señalados por la ley procesal, ya que se trata de infracciones de carácter substantivo y no procesales (991).

Pero, insistimos una vez más en que lo que se impugna por la acción ordinaria de nulidad es sólo la convención de arbitraje o el nombramiento de compromisarios, y mientras esta nulidad no se declare, las actuaciones del juicio arbitral tienen pleno valor y eficacia y no pueden ser invalidadas, sino por medio de los recursos procesales ejercidos en tiempo y forma.

La acción de nulidad civil se ventila en juicio ordinario, ante el tribunal competente, según las reglas generales.

395 *Legislación comparada.* — A diferencia de la nuestra, casi todas las legislaciones extranjeras contemplan y reglamentan expresamente la acción de nulidad de que tratamos, transformándola en un verdadero recurso procesal contra la sentencia de los árbitros. Se trata de un recurso sui generis, propio del arbitraje, que debe interponerse ante la justicia ordinaria, dentro de un plazo determinado, generalmente a manera de oposición a la ordenanza de exequatur que la ley ordena para hacer ejecutiva la sentencia arbitral.

Pero este recurso no sólo se concede para hacer efectivas las nulidades de carácter contractual de que adolezca la constitución del arbitraje, sino también las de carácter procesal que se produzcan en el curso del juicio. De este modo, el recurso de nulidad substituye a otras vías procesales y permite

(991) Revista, t. XXXVIII, s. I, p. 396.

eliminarlas. Es así cómo en la mayoría de las legislaciones, los recursos en materia de arbitraje están restringidos al de nulidad y a uno que otro más que la ley expresamente concede.

En Francia, por ejemplo, sólo se admiten contra las resoluciones arbitrales tres recursos: la apelación, la "requete civile", contra resoluciones inapelables y la acción de nulidad bajo la forma de oposición a la ordenanza de exequatur (992). Se discute, además, la procedencia de la "prise a partie", que es un recurso de carácter disciplinario destinado a obtener que se corrija el daño causado por la falta de un juez (993).

El recurso de nulidad se concede en los siguientes casos:

1.o) Cuando el fallo ha sido dictado sin compromiso, o fuera de los términos del compromiso;

2.o) Cuando ha sido pronunciado en virtud de un compromiso nulo o expirado;

3.o) Si se ha dictado únicamente por algunos árbitros no autorizados para juzgar en ausencia de los demás;

4.o) Si se ha pronunciado por el tercer árbitro sin haber conferenciado previamente con los compromisarios discordantes; y

5.o) Si se extiende a cosas no demandadas (C. P. C., art. 1028).

Este mismo es el régimen legal existente en Bélgica sobre la materia (994).

Como la caracteriza Bernard, la acción de nulidad "tiende a negar al acto dictado por los árbitros su carácter de sentencia, en tanto que las otras vías de recursos suponen, por el contrario, la existencia legal de un acto considerado como sentencia. En otras palabras, es la existencia misma del fallo judicial lo que se discute en los casos contemplados en el art. 1028 del C. P. C., y no su regularidad o fundamento" (995).

Un sistema del todo semejante es el establecido por la ley italiana, (C. P. C., arts. 28, 29, 30, 31 y 32), con la única diferencia de que ésta admite también la casación contra las sentencias arbitrales.

La legislación alemana, por su parte, consagra expresamente el recurso de nulidad o revocación del laudo, por casi los mismos motivos que la ley francesa (C. P. C., art. 1041), y excluye todos los otros recursos contra las resoluciones arbitrales, sin perjuicio de lo que las partes puedan acordar (996).

En la legislación inglesa no proceden contra las resoluciones arbitrales, sino dos recursos propios y especialísimos de ellas: el de nulidad, de carácter semejante al que existe en Francia, Bélgica, Italia y Alemania, y el *"special case"*. Este último, que constituye uno de los caracteres más originales de la organización del arbitraje en Inglaterra, se basa en la consideración de que los árbitros, como simples particulares, pueden ser competentes para resolver sobre los hechos, pero corren el riesgo de cometer errores de

(992) Bernard, ob. cit., N.o 598.
(993) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1846.
(994) Bernard, ob. cit., N.os 598 y siguientes.
(995) Bernard, ob. cit., N.o 609.
(996) Goldschmidt, ob. cit., p. 504; Bernard, ob. cit., N.o 876.

derecho si les faltan los conocimientos y la experiencia de los magistrados ordinarios, por lo cual el legislador inglés permite a las partes llevar a los tribunales ordinarios las cuestiones de derecho que puedan surgir en el curso del arbitraje. Los compromisarios quedan, de este modo, como jueces de los hechos, y sometidos en los puntos de derecho a la decisión de la Corte correspondiente (997).

396 *Crítica.* — El sistema establecido por nuestra ley, que además de los recursos procesales contra las resoluciones de los árbitros, permite el ejercicio de la acción ordinaria de nulidad civil contra la convención de arbitraje y el nombramiento de compromisarios, sin reglamentarla especialmente, sino conforme a las reglas generales, presenta el grave inconveniente de impedir el afianzamiento definitivo de las resoluciones arbitrales mientras no hayan transcurrido los largos plazos en que, según la ley, prescribe aquella acción. De nada sirve a las partes que la sentencia de los compromisarios pase en autoridad de cosa juzgada, si posteriormente, mediante la declaración de nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de árbitros, se podrá aún hacer desaparecer esa sentencia y destruir consecuencialmente todos sus efectos.

La conveniencia aconseja que el carácter de juicio que tiene el arbitraje prevalezca sobre la naturaleza contractual de sus orígenes, asegurando de manera efectiva la inviolabilidad de la cosa juzgada de las sentencias arbitrarles.

No creemos, sin embargo, que deba suprimirse la acción de nulidad de la convención de arbitraje y del nombramiento convencional de árbitros, que emana de la naturaleza misma de estos actos, que son convencionales y no procesales.

Es preciso, por el contrario, tratar de conciliar las exigencias de la práctica con lo que la buena doctrina establece, y nos parece que el medio adecuado para conseguirlo sería fijar un plazo breve para el ejercicio de la acción de nulidad, a contar desde la notificación de la sentencia de término del arbitraje, de manera que vencido ese plazo quedara definitivamente ejecutoriada esa sentencia y no pudiera ser invalidada por medio alguno.

(997) Landrau, ob. cit., p. 265 y siguientes; Bernard, ob. cit., N.os 906 y siguientes.

Capítulo Segundo

DEL JUICIO SEGUIDO ANTE ARBITRADORES Y ANTE ARBITROS MIXTOS

§ I. — *Procedimiento ante arbitradores*

398 *Características. — Principio fundamental.* — Según el art. 793 del C. P. C., "el arbitrador no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso", y "si las partes nada hubieren dicho a este respecto, se observarán las reglas establecidas en los artículos que siguen".

Esta disposición señala los caracteres distintivos del arbitraje ante amigables componedores. El principio fundamental que la inspira, en cuanto al procedimiento, es el de la autonomía de la voluntad de los compromitentes; los arbitradores deben sujetarse, primero que todo, a las reglas que las partes, de común acuerdo, les señalen. Los interesados son libres para convenir las normas que mejor les parezcan.

Pero el C. P. C., se pone también en el caso de que las partes no estipulen nada sobre el procedimiento a que los arbitradores hayan de ceñirse en su tramitación y para llenar este vacío prescribe una serie de reglas que rigen en tal evento. Es indudable que estas disposiciones se aplican aún en los casos en que las partes han reglamentado el procedimiento, respecto de las materias que no hubieren abordado expresamente.

Es también evidente que los amigables componedores deben, además, sujetarse a las "reglas comunes a todo procedimiento" que establece el Libro I del C. P. C., en lo que no fueren contrarias a las estipulaciones de las partes ni a las disposiciones especiales del párrafo 2.o del Título IX del Libro III del mismo Código; así se ha fallado (998). Siendo esas normas, por su naturaleza y por mandato expreso de la ley, de aplicación general, no hay motivo alguno para que no rijan en el juicio ante amigables componedores.

Se comete un grave error, por consiguiente, cuando se dice que los arbitradores *tramitan* y fallan en conciencia y como mejor les parezca. Esto es cierto, únicamente, en cuanto al fallo, para cuyo pronunciamiento tie-

---

(998) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 222; C. Santiago, Revista, t. XXX, s. II, p. 13.

nen amplia libertad, ya que las partes lo entregan por completo a su personal prudencia y sentido de justicia (999). Pero en lo que dice a la substanciación o ritualidad del juicio, los amigables componedores no son igualmente soberanos, sino que están sujetos a las reglas de procedimiento que las partes les indiquen; subsidiariamente a las que se prescriben en el párrafo 2 del Título IX del Libro III del C. P. C., y en último término a las reglas comunes del Libro I del mismo Código.

Al igual que en el caso del arbitraje de derecho, nos limitaremos en el presente, a estudiar las particularidades más notables del procedimiento ante amigables componedores.

399 *Emplazamiento y comparecencia de las partes.* — Lo que dijimos en el N.o 374, sobre el emplazamiento y la comparecencia de las partes en el juicio ante árbitros de derecho, es en general aplicable al que se substancia ante arbitradores.

El C. P. C., ha dispuesto que a falta de acuerdo diverso entre las partes, es obligación del arbitrador la de oír a todos los interesados, (art. 794), y el emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley es trámite esencial en esta clase de juicios, (art. 968).

Es ésta una consecuencia razonable del principio de la libertad de defensa, en virtud del cual no puede juzgarse a nadie sin oírsele previamente, o, por lo menos, sin colocársele en condiciones de hacerse oír, principio que ha inducido a los tribunales franceses a no admitir en ningún caso que el amigable componedor dicte su sentencia sin haber oído a las partes, o fundándola en el dicho de una sola de ellas, sin haber llamado a la otra a comparecer (1000).

Pero no es necesario que el arbitrador oiga conjuntamente a todas las partes. El art. 794 del C. P. C. lo autoriza, por el contrario, expresamente, para oírlas por separado si no le fuere posible reunirlas.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje de derecho, los interesados pueden comparecer por sí mismos ante los amigables componedores; en los juicios de que conocen esta clase de tribunales no rigen las obligaciones de actuar con el patrocinio de un abogado y por medio de un mandatario, que la ley impone por lo común a las partes (Ley 4,409, art. 42).

400 *Actuaciones judiciales.* — A menos que las partes acuerden otra cosa, es aplicable al procedimiento ante amigables componedores lo que dijimos en los números 375 y 376 respecto al lugar y tiempo hábiles para las actuaciones judiciales y a la intervención del tribunal arbitral en ellas.

La C. de Valparaíso ha fallado que no estando los arbitradores obligados a sujetarse estrictamente a la ley, pueden pronunciar válidamente su sentencia durante días feriados (1001). Nos parece equivocada esta doctrina. La norma que obliga a practicar las actuaciones judiciales en días y horas hábiles (C. P. C., art. 62), es común a todo procedimiento y, por tanto,

(999) Véase N.o 91.
(1000) Bernard, ob. cit., N.o 311; Landrau, ob. cit., p. 162.
(1001) Gaceta 1923, t. II, N.o 86, p. 430.

aplicable al juicio ante amigables componedores, sin perjuicio de lo que las partes puedan acordar. Cosa distinta es la de si el tiempo comprendido en el feriado de vacaciones de los tribunales permanentes puede considerarse inhábil respecto de los arbitradores; valen en cuanto a éstos las mismas razones que dimos para sostener la negativa en lo que se refiere a los árbitros de derecho (N.o 375).

No se aplican, en cambio, a los amigables componedores, los principios que enunciamos en el N.o 377, sobre autorización de las resoluciones arbitrales.

El art. 796 del C. P. C., en efecto, dispone que "el arbitrador practicará sólo o con asistencia de un ministro de fe, según lo estimare conveniente, los actos de substanciación que decretare en el juicio". Este precepto establece una gravísima excepción a la regla fundamental de procedimiento de que la autorización del funcionario llamado a dar fe o certificado del acto es esencial para la validez de la actuación (C. P. C., art. 64). Para los arbitradores es facultativo hacer autorizar sus actuaciones por un ministro de fe o practicarlas sólos.

Pero esta norma excepcional tiene, a su vez, importantes contraexcepciones. Desde luego, la sentencia del arbitrador debe ser autorizada por un ministro de fe o por dos testigos en su defecto (C. P. C., art. 797). Por otra parte, las diligencias probatorias concernientes al juicio de amigable composición que por encargo del arbitrador se practiquen ante los tribunales ordinarios, están sometidas por la ley a las reglas que establece para estos tribunales (C. P. C., art. 796, inc. 2.o), y, por tanto, deben ser autorizadas por el funcionario que corresponda. Del mismo modo, cuando el tribunal ordinario a que un arbitrador pidiere que tome las declaraciones de los testigos que se negaren a deponer ante él, haga uso de la facultad que le otorga el inciso final del art. 790 del C. P. C., cometiendo la diligencia al propio arbitrador, éste debe actuar "asistido por un ministro de fe", según las expresiones de ese precepto, que el art. 795 hace expresamente aplicables al juicio ante amigables componedores.

No obstante lo dicho, las actuaciones del juicio de partición de bienes, aun en el caso de que el partidor sea un amigable componedor, deben ser siempre autorizadas por un notario o secretario de juzgado de letras (C. P. C., art. 805).

También el principio general de que de toda actuación judicial debe dejarse testimonio escrito en el proceso (C. P. C., art. 64), sufre excepciones en el juicio de amigable composición. El art. 796 del C. P. C., prescribe, en efecto, que "el arbitrador consignará por escrito los hechos que pasen ante él y cuyo testimonio le exigieren los interesados, si fueren necesarios para el fallo". Se desprende de esta disposición que sólo deben consignarse por escrito aquellas actuaciones cuyo testimonio exigieren los interesados y relativas a hechos que pasaren ante el arbitrador y que fueren necesarios para el fallo. Las partes, naturalmente, pueden acordar otra cosa.

401 *Notificaciones.* — La ley no ha reglamentado especialmente, en el párrafo relativo al "juicio seguido ante arbitradores", la manera cómo

deben efectuarse las notificaciones de las resoluciones que recaigan en esta clase de juicios. Nuestros tribunales han fallado, por esta circunstancia, que hay que aplicar las reglas generales establecidas por el Título VI del Libro I del C. P. C., principios que rigen cualquiera que sea la clase de juicio o gestión en que incida la resolución que se trata de notificar (1002).

Pero debe tenerse presente que la notificación por el estado diario no es, por su naturaleza, susceptible de aplicarse a las resoluciones de los árbitros, sean éstos de derecho, arbitradores o mixtos. La regla del art. 786 del C. P. C., al preceptuar que "en los juicios arbitrales se harán las notificaciones personalmente o por cédula, salvo que las partes unánimemente acordaren otra forma de notificación", así lo establece. Creemos que esta disposición, aunque esté ubicada en el párrafo relativo al arbitraje de derecho y ninguna regla la haga extensiva a la amigable composición, ha sido formulada en general, como se desprende de sus términos, para "los juicios arbitrales", de cualquier clase que éstos sean.

402 *Prueba.* — Los arts. 794 y 795 del C. P. C., dan reglas relativas a la prueba en el juicio ante amigables componedores.

Según el primero, es obligación del arbitrador agregar al proceso los instrumentos que le presenten los interesados y practicar las diligencias que estimen necesarias para el conocimiento de los hechos.

De acuerdo con el segundo, "si el arbitrador creyere necesario recibir a prueba la causa, decretará este trámite".

En relación con estos preceptos, el art. 968 del C. P. C., declara trámite esencial en el juicio ante arbitradores "la agregación de los instrumentos presentados por las partes y la citación de aquélla contra quien se presenten", a menos que las partes hayan acordado otra cosa. Fundándose en este precepto, la Corte de Santiago ha fallado que el mero hecho de haberse omitido la citación prescrita por la ley vicia de nulidad la sentencia del arbitrador, cualquiera que sea la importancia de los documentos acompañados y su influencia en lo dispositivo del fallo (1003).

El análisis de los arts. 794 y 795 citados, sugiere una importante observación: los amigables componedores, aunque no son dueños absolutos del proceso ni tienen poder soberano para tramitarlo como les plazca, sino que están sujetos a la observancia de normas convencionales y legales de procedimiento, gozan de cierta libertad en el ejercicio de sus atribuciones, en virtud de la cual pueden hasta practicar de oficio las actuaciones que les parezcan convenientes y negar lugar a las que estimen inútiles y superfluas. Es así cómo la ley les impone la obligación de practicar las diligencias que estimen necesarias para el conocimiento de los hechos, aún cuando las partes no se las soliciten, y los faculta para determinar a su arbitrio, según lo consideren o no preciso, la procedencia del trámite de la recepción de la causa a prueba. Y es lógico el sistema legal, pues si los arbitradores son jueces llamados a fallar según los dictados de su propia conciencia, conforme a la verdad

(1002) C. Suprema, Revista, t. XXX, s. I, p. 222; C. Santiago, Revista, t. XXX, s. II, p. 13.

(1003) Revista, t. II, s. II, p. 111.

sabia y buena fe guardada, deben disponer de los medios aptos para adquirir el convencimiento indispensable para pronunciar sentencia.

Respecto de la prueba de testigos ante los amigables componedores, rigen las reglas que los arts. 790 y 791 del C. P. C., prescriben para los árbitros de derecho y que estudiamos en el N.o 379, por expresa disposición del art. 795 del mismo Código.

403 *Acuerdos.* — El art. 798 del C. P. C., dispone: "Si fueren dos o más los arbitradores, deberán todos ellos concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier otro acto de substanciación, salvo que las partes acordaren otra cosa. Cuando no hubiere acuerdo entre los arbitradores, se llamará al tercero, si lo hubiere; y la mayoría formará resolución. No pudiendo obtenerse mayoría en el pronunciamiento de la sentencia definitiva o de otra clase de resoluciones, quedará sin efecto el compromiso si no pudiere deducirse apelación. Habiendo lugar a este recurso, se elevarán los antecedentes a los arbitradores de segunda instancia, para que resuelvan como estimen conveniente sobre la cuestión que motiva el desacuerdo".

Aparece de aquí que los acuerdos en los tribunales colegiados de arbitradores se rigen por reglas muy semejantes que las que expusimos en los N.os 380, 381 y 382, relativas a los árbitros de derecho. Salvo acuerdo en contrario de las partes, todos los amigables componedores deben concurrir al pronunciamiento de la sentencia y a cualquier otro acto de substanciación. En caso de discordia, si los interesados han designado o convienen en nombrar un tercer arbitrador, se integra con éste el tribunal para producir el acuerdo; pero si no existe tercero en discordia, es preciso distinguir si la resolución en cuyo pronunciamiento ocurre el desacuerdo es apelable o no. Si lo es, se elevan los antecedentes a los arbitradores de segunda instancia para que resuelvan como estimen conveniente sobre la cuestión que motiva el desacuerdo. Si es inapelable, en cambio, declara la ley que quedará sin efecto el compromiso.

El art. 798 no contempla, en este último caso de discordia entre arbitradores en resolución inapelable, no habiendo tercer árbitro, la distinción que, tratándose del mismo caso ante árbitros de derecho, hace el art. 788 entre arbitraje voluntario y forzoso. Se debe ello a que la ley no establece ningún caso de amigable composición obligatoria, de manera que si las partes no están de acuerdo, no pueden ser forzadas a nombrar arbitradores, ni imponérseles otros que aquéllos a los cuales se han sometido voluntariamente; las facultades de amigables componedores que puedan haber dado a los árbitros necesarios al tiempo de su nombramiento valen exclusivamente para las personas que designaron y no son extensivos a nuevas personas a quienes no se les confieran expresamente.

Pero la regla del art. 798, no puede obstar a la eficacia de los acuerdos válidamente celebrados por las partes. Por consiguiente, si éstas, en una cláusula compromisoria, se han sometido a juicio de amigables componedores, la obligación que de tal manera contrajeron de designar arbitradores tantas veces cuantas fueren necesarias para el fallo de su controversia comprometida del modo estipulado, se hace precisamente exigible cuando, por discordia de los arbitradores designados, sobreviene el riesgo de que se frus-

tre el arbitraje convenido. La ley del contrato prevalece en tal evento sobre la regla del art. 792, que sólo es subsidiaria de las reglas convencionales que las partes acuerden. Por tanto, cuando los interesados han estipulado la amigable composición en una cláusula compromisoria, la discordia que sobrevenga entre los arbitradores en resolución inapelable, no habiendo tercero designado, obliga a los compromitentes a nombrar nuevos arbitradores y cualquiera de ellos puede pedir a la justicia esta designación.

En cuanto a las funciones del tercero en discordia, vale para el juicio de amigable composición, lo que dijimos tratándose del arbitraje de derecho (N.o 384).

404 *Sentencia.* — Según el art. 797 del C. P. C., la sentencia del arbitrador debe contener:

1.o La designación de las partes litigantes;

2.o La enunciación breve de las peticiones deducidas por el demandante;

3.o La misma enunciación de la defensa alegada por el demandado;

4.o Las razones de prudencia o de equidad que sirven de fundamento a la sentencia; y

5.o La decisión del asunto controvertido.

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

Se refiere esta regla, en general y sin mayor especificación, a "la sentencia del arbitrador". De su texto se desprende, sin embargo, que trata de la que pone fin a la instancia resolviendo la cuestión o asunto controvertido esto es, a la sentencia definitiva.

Es indudable que también pueden producirse en el juicio de amigable composición, de acuerdo con las reglas generales, otras clases de resoluciones: sentencias interlocutorias, autos y decretos. Para substanciar el pleito los arbitradores deben, necesariamente, dictar providencias encaminadas a dar curso progresivo al proceso. En el arbitraje ante ellos pueden promoverse, como en cualquier otro juicio, incidentes que sea preciso resolver, y la decisión de ellos, en muchos casos, establecerá derechos permanentes a favor de las partes, como ocurrirá cuando se mande tener por reconocido un documento privado. Cierto es que el arbitrador, por lo general, reservará para resolver en definitiva, conjuntamente con la cuestión principal, todas las incidencias importantes que se promuevan en el juicio; pero no lo es menos que en muchos casos puede ser indispensable fallarla desde luego, como ocurre, por ejemplo, con las cuestiones de competencia. Y es indudable, por otra parte, que la resolución en que el arbitrador ordena recibir la causa a prueba es una sentencia interlocutoria que falla sobre un trámite que debe servir de base a la sentencia definitiva.

La ley no ha dicho, empero, qué requisitos deben cumplir los decretos, autos y sentencias interlocutorias del arbitrador. En su silencio, y a falta de acuerdo de las partes, nos parece que deben aplicárseles las reglas generales

comunes a todo procedimiento. Pero conviene hacer notar que en el juicio de amigable composición estas resoluciones no necesitan ser autorizadas, salvo en los casos excepcionales en que ello es preciso, según vimos en el N.o 400.

405 *Recursos.* — Contra las resoluciones de los amigables componedores proceden los recursos de reposición, de interpretación, de rectificación o enmienda, de queja y de revisión, en los mismos términos y según las mismas reglas que expusimos en los N.os 386, 390 y 391 en cuanto a los árbitros de derecho.

406 *Apelación.* — El recurso de apelación, en cambio, contra las resoluciones de los arbitradores, está sujeto a reglas especiales.

La L. O. T., declaraba, en general, que la sentencia arbitral era apelable para ante el tribunal que habría conocido de este recurso si se hubiera deducido en juicio ordinario (art. 187); sistema lógico en lo que se refería a las sentencias de los árbitros de derecho, pero cuya aplicación a las de los arbitradores resultaba en absoluto irregular, ya que no es posible concebir que las resoluciones pronunciadas por jueces de conciencia, que no están obligados a ajustarse a la ley, puedan apelarse para ante jueces que, al revés, no pueden hacer otra cosa que aplicar la ley con todo rigor (1004).

Para solucionar esta inconsecuencia, el C. P. C., estableció en su art. 799 que "sólo habrá lugar a la apelación de la sentencia del arbitrador cuando las partes, en el instrumento en que constituyen el compromiso, expresaren que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las personas que han de desempeñar este cargo" (1005).

Es indudable que sólo en estos mismos casos tiene cabida el recurso de hecho, que es anejo a la apelación.

Aunque la ley hable en el citado precepto "de la sentencia del arbitrador", creemos que se refiere en general a sus resoluciones susceptibles de apelación, y no sólo al fallo definitivo, ya que respecto de todas existe la misma razón.

407 *Recurso de casación en la forma.* — Procede contra las resoluciones de los arbitradores lo mismo que contra las de los árbitros de derecho (1006); pero tiene algunas particularidades propias del juicio de amigable composición, relativas a las causales que lo autorizan.

Por una parte, el art. 968 del C. P. C., declara que "en los juicios de mayor cuantía seguidos ante arbitradores son trámites esenciales", para los efectos de la 9.a causal de casación que establece el art. 942 del mismo Código, "los que las partes expresen en el acto constitutivo del compromiso, y si nada hubieren ellas expresado acerca de esto", "el emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley" y "la agregación de los instrumentos presentados por las partes y la citación de aquélla contra quien se presenten". Merece observarse que este precepto habla únicamente de los "juicios

(1004) Ballesteros, ob. cit., t. II, N.o 1727.
(1005) Véase N.o 208.
(1006) Véase N.o 388.

de mayor cuantía seguidos ante arbitradores", ateniéndose a la diversidad de procedimientos que la ley común establece según sea la cuantía del litigio. Nos parece que no puede atribuirse a estas expresiones, sino el valor de un lapsus del legislador, ya que la distinción de procedimientos en atención a la cuantía, no tiene razón de ser en los juicios seguidos ante arbitradores, que se rigen siempre por las reglas que las partes acuerden y por las mismas normas procesales del párrafo 2.o del Título IX del Libro III del C. P. C., y del Libro I del mismo Código.

Por otra parte, la causal de casación prevista en el N.o 5 del art. 942 del C. P. C., consistente en haberse pronunciado la sentencia con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el art. 193 del mismo Código, no se aplica a las sentencias de los arbitradores, que no necesitan cumplir con los requisitos de dicho precepto, sino con los que dispone el art. 797. Como ningún texto legal autoriza la casación por la falta de los requisitos exigidos en este artículo y el recurso de casación en la forma es, por su naturaleza, de derecho estricto, se ha fallado que tampoco procede por esta circunstancia (1007). Sin embargo, la Corte de Valparaíso casó la sentencia de un arbitrador que no decidía el asunto controvertido, fundándose en que le faltaba "el requisito exigido en el art. 796, N.o 5 del C. P. C., equivalente— dijo el tribunal — al 193 N.o 6 del mismo Código" (1008).

408 *Recurso de casación en el fondo y de inaplicabilidad de un precepto inconstitucional.* — No proceden, por su naturaleza, contra las resoluciones de los amigables componedores, ya que estos jueces no están obligados a fallar con sujeción a las leyes y deben hacerlo ateniéndose únicamente a los dictados de su prudencia y equidad.

Con todo, como los arbitradores deben ajustarse, en cuanto al procedimiento, a las disposiciones legales que especialmente reglamentan el juicio seguido entre ellos y a las reglas comunes del Libro I del C. P. C., en lo que no fueren contrarias a los acuerdos de las partes, aún en los juicios de amigable composición pueden tener cabida los recursos de que tratamos, para corregir infracciones *a la ley procesal*, en los casos en que según los principios generales ello es procedente, o para obtener que no se aplique una *ley de procedimiento* inconstitucional.

Es así cómo la Corte Suprema acogió en un caso un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de una Corte de Apelaciones que declaró inapelable el auto por el cual un arbitrador sin ulterior recurso había negado lugar al recurso de casación en la forma por incompetencia y ultra petita deducido contra su fallo. Según la jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, la casación en la forma por estos dos vicios procede siempre, no obstante cualquiera renuncia (1009), y en los casos en que ello ocurre, no puede estimarse tampoco renunciado, a pesar de cualquiera cláusula, el derecho de apelar del auto que declara inadmisible dicha casación. En el ca-

(1007) C. Tacna, Gaceta 1907, N.o 514, p. 873; C. Santiago, Revista, t. XVIII, s. I, p. 152.
(1008) Gaceta 1909, N.o 843, p. 236.
(1009) Véase N.o 210.

so a que nos referimos, el arbitrador negó lugar al recurso de casación y a la apelación con que se impugnó su negativa; la Corte de Apelaciones, conociendo de un recurso de hecho, lo denegó a su vez. Contra esta resolución de la Corte, la Suprema declaró procedente un recurso de casación en el fondo, fundándose en que se trataba de una sentencia interlocutoria que había puesto fin al pleito (1010).

409. *Acción ordinaria de nulidad.*—Lo dicho en los N.os 392 a 397, inclusive, acerca de la acción ordinaria de nulidad civil de la convención de arbitraje o del nombramiento de compromisarios como medio de impugnar la eficacia de las resoluciones de los árbitros de derecho, es perfectamente aplicable al juicio de amigable composición.

§ II.—*Procedimiento ante árbitros mixtos*

410. *Regla general.*—Son árbitros mixtos los que tienen facultades de arbitradores en cuanto al procedimiento, pero deben aplicar estrictamente la ley en el pronunciamiento de la sentencia (C. P. C. art. 785).

De la propia definición de estos jueces, aparece la regla que rige la substanciación de los juicios que ante ellos se ventilen. Su tramitación debe ajustarse, por expreso mandato de la ley, a las normas que gobiernan el juicio seguido ante arbitradores (C. P. C., art. 785). En consecuencia, es aplicable al procedimiento ante los árbitros mixtos lo que dijimos en el párrafo anterior de este capítulo relativamente al procedimiento ante amigables componedores.

411. *Excepciones.*—Sin embargo, la circunstancia de que esta clase de árbitros, a diferencia de los amigables componedores, deban fallar con sujeción estricta a la ley, lo mismo que los árbitros de derecho, determina algunas excepciones a la regla que venimos de establecer.

Ellas son las siguientes:

1.o En los juicios que se siguen ante árbitros mixtos tienen plena vigencia los mandatos de los arts. 40 y 41 de la ley 4409, que obligan a las partes a comparecer patrocinadas por un abogado y representadas por un procurador, en los mismos términos que expusimos al tratar del juicio ante árbitros de derecho (N.o 374);

2.o La sentencia definitiva de los árbitros mixtos debe cumplir los mismos requisitos que la de los de derecho, vale decir, los que prescribe el art. 193 del C. P. C.; y

3.o Contra esta sentencia proceden idénticos recursos que los que la ley otorga contra el fallo de los árbitros de derecho (N.os 386 a 391 inclusive).

(1010) Revista, t. X, s. I, p. 353.

Capítulo Tercero

DE LA SENTENCIA ARBITRAL

412. *Concepto y naturaleza jurídica.*—Después del examen que hemos hecho del arbitraje en su origen o constitución, en su contenido y en su desarrollo, preciso es, para concluir este trabajo, decir algunas palabras acerca de las resoluciones arbitrales y en especial de la sentencia arbitral, que es el fin perseguido por las partes al someterse a arbitraje.

Hemos caracterizado al arbitraje como una especie de juicio, esto es, de controversia entre partes sujeta a la decisión de un tribunal. Pero hicimos notar en un principio que el origen generalmente convencional de este juicio y la investidura privada de los jueces árbitros, induce a muchos a considerarlo como un medio puramente contractual, y no jurisdiccional, de resolver dificultades entre partes (1011).

Es un hecho que los árbitros, para desempeñar su función, tienen que pronunciar una serie de resoluciones, hasta llegar a la última decisoria de la controversia que se les ha sometido. Podría decirse que la actuación de los árbitros se expresa a través de estas resoluciones, que son el medio que ellos tienen para evacuar su encargo.

Cabe entonces preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de estas resoluciones: si son ellas simples actos convencionales, que las partes concluyen por intermedio del árbitro, de modo que la solución del litigio es el resultado de un verdadero acuerdo entre ellas, logrado al cabo de múltiples etapas y expresado en la sentencia definitiva, o si se trata, por el contrario, de actos jurisdiccionales, auténticas resoluciones judiciales que los árbitros expiden como jueces, en ejercicio de una autoridad o poder de juzgar.

Lo que hasta aquí hemos dicho del arbitraje hace en nuestro concepto evidente, por lo menos en la legislación chilena, que las decisiones de los árbitros, sean éstos de derecho, arbitradores o mixtos, son resoluciones judiciales de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes.

De esto se sigue que los caracteres y efectos de las resoluciones arbitrales y en especial de la sentencia arbitral son los que la ley establece al tratar de las resoluciones judiciales, sin otras diferencias que las que derivan de

---

(1011) N.os 11 y siguientes.

las particularidades propias del arbitraje. El análisis que a continuación hacemos, tiene por objeto recalcar estas particularidades.

413. *Autenticidad.*—Las resoluciones judiciales, en cuanto actos escritos, son instrumentos públicos o auténticos: se prueban por sí mismos y hacen plena fe en la forma prescrita por el art. 1700 del C. C. ¿Cabe decir igual cosa de las resoluciones arbitrales?

Hay quienes no vacilan en afirmarlo categóricamente (1012). Otros, en cambio, lo niegan en absoluto, estimando que las resoluciones arbitrales no tienen más fuerza probatoria que la de instrumentos privados (1013).

Entre nosotros, la Corte de Valparaíso ha fallado que las actas de comparendo del juicio arbitral, revestidas de las formalidades que la ley requiere para su validez, con la firma del juez, con las de los interesados que intervinieron en los actos de que ellas dan testimonio y con la autorización del actuario, importan verdaderos instrumentos públicos y no es dable substraerles su valor jurídico y la plena fe que les da la ley sino por el medio que ella misma haya establecido al respecto, por lo cual debe aplicarse para invalidarlas el procedimiento ordinario (1014).

Por nuestra parte no nos cabe duda de que las resoluciones y actuaciones arbitrales pronunciadas con las formalidades del caso y autorizadas en conformidad a la ley por un ministro de Fe Pública —como un Secretario de Juzgado, un Notario o un Receptor— constituyen instrumentos públicos. La intervención que en ellas corresponde a un Ministro de Fe que es funcionario del Estado es por si sola suficiente para darles tal carácter y otorgarles plena fe en todo lo que haya sido constatado por el funcionario autorizante.

No nos atrevemos a decir lo mismo de las demás resoluciones arbitrales que, aunque pronunciadas en la forma prescrita por la ley, son autorizadas únicamente por un actuario o dos testigos, que son personas privadas incapaces de revestir de fe pública a los actos en que intervienen, o carecen de autorización por no serles necesaria. El tribunal arbitral, por sí solo, no tiene en nuestro concepto autoridad bastante para dar a sus actos la fe pública propia de los instrumentos auténticos.

En efecto, sólo es instrumento público el autorizado por el competente funcionario. La intervención de un funcionario público es indispensable para dar carácter auténtico a un acto cualquiera. Ahora bien; los árbitros son jueces, pero no son funcionarios públicos.

Cierto es que ejercen una función pública, cual es la jurisdiccional; pero no todo el que esto hace es funcionario público. Es frecuente el caso de ejercicio de una función pública por personas privadas y el árbitro es precisamente un ejemplo. En estricto rigor sólo son funcionarios "aquellos que habiendo aceptado el nombramiento de la Administración para un puesto determinado, colaboran de una manera continua en la cosa pública (1015).

(1012) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1840; Robert, ob. cit. 201.

(1013) Bernard, ob cit., N.o 514.

(1014) Gaceta 1917, t. II, N.o 266, p. 809.

(1015) Berthélemy, H., "Traité élémentaire de Droit Administrative", París, 1920, Livre I, Cap. I, N.o 4.

Son elementos esenciales de la noción de funcionario la idea de servicio público, la de incorporación permanente en los cuadros de una jerarquía y la de nombramiento por el Estado (1016). Para calificar a una persona de funcionario público es, por tanto, necesario, no sólo que desempeñe una función pública, sino también que esté permanentemente incorporado en alguno de los grados del Escalafón de un servicio público en virtud de un nombramiento que provenga del Estado.

Los jueces compromisarios no cumplen las dos últimas condiciones expresadas y no son, en consecuencia, funcionarios públicos. De aquí que estimemos que sus actos no tienen carácter de intrumentos públicos, sino en la medida en que se los otorga la autorización del Ministro de Fe que los certifica.

414. *Efectos.*—Las sentencias definitivas e interlocutorias causan dos efectos procesales: 1.o desde que son notificadas a alguna de las partes producen el desasimiento del tribunal, esto es, la pérdida de la competencia del juez que las pronunció para rever el asunto resuelto en ellas, sin perjuicio de su facultad de aclarar los puntos obscuros o dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparecieren de manifiesto en dichas sentencias (C. P. C., art. 205), y 2.o una vez firmes o ejecutoriadas producen la acción y la excepción de cosa juzgada (C. P. C., art. 198): la primera en beneficio de aquél en cuyo favor se ha declarado un derecho en el juicio, para obtener el cumplimiento de lo resuelto y la ejecución del fallo (C. P. C., art. 199); la segunda en favor del litigante que hubiere obtenido en el juicio y de todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, para impedir que vuelva a promoverse discusión entre las mismas partes sobre el asunto resuelto, ante cualquier tribunal (C. P. C., art. 200).

Las sentencias definitivas e interlocutorias pronunciadas por árbitros causan idénticos efectos.

415. *Desasimiento del tribunal.*—Notificada a cualquiera de las partes una sentencia definitiva o interlocutoria de los árbitros, éstos no pueden alterarla o modificarla de manera alguna; pierden su competencia para rever el asunto que en dicho fallo han resuelto. Pero como ya hemos anotado, no significa esto, ni aun en el caso de la sentencia definitiva, que deba considerarse concluído el arbitraje y expirada en absoluto la jurisdicción del compromisario (1017). Es preciso no confundir el desasimiento del Tribunal con la terminación de la competencia de los árbitros que se produce por el vencimiento del plazo. Aun después de producido el primero, el tribunal de compromisarios conserva competencia, hasta la expiración del plazo por el que fué constituído para: a) conocer de los recursos de interpretación, agregación y rectificación o enmienda que establece el art. 205 del C. P. C. y hacer de oficio las rectificaciones de que trata ese precepto dentro de los cinco días siguientes a la primera notificación de la sentencia (C. P. C., art. 206); b) conocer de la ejecución o cumplimiento de la sentencia, salvo que esto

(1016) Stainof, S., "Le Fonctionnaire", París 1923, Según Cap. I.
(1017) Véase N.o 357.

exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas (C. P. C., art. 792 y 800), y c) pronunciarse sobre todos los asuntos que hayan sido sometidos a su competencia según el título de su nombramiento y que no estén comprendidos en la sentencia que ya dictó.

416. *Cumplimiento de las resoluciones arbitrales.*—Hemos dicho que en Chile las resoluciones arbitrales, una vez firmes o ejecutoriadas en conformidad al art. 197 del C. P. C., tienen por sí mismas, sin necesidad de homologación o exequatur alguno, igual mérito ejecutivo que las de los jueces ordinarios, esto es, llevan anejo el poder jurídico de ser cumplidas con el auxilio de la fuerza pública (1018). Cuando se trata de sentencias definitivas e interlocutorias, producen, por tanto, la acción de cosa juzgada para exigir su cumplimiento en conformidad a la ley.

Del cumplimiento de las resoluciones arbitrales conoce, por regla general, el propio compromisario que las dictó. Se exceptúan únicamente las sentencias definitivas, para cuyo cumplimiento puede ocurrirse al árbitro que las pronunció, si no estuviere vencido el plazo por el cual fué nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pide su cumplimiento. Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exigiere procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando hubiere de afectar a terceros que no sean partes en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto (C. P. C., arts. 792 y 800). (1019).

Tratándose de resoluciones arbitrales expedidas en el extranjero, su cumplimiento en Chile está sujeto a las mismas reglas que la ley establece para el efecto, en cuanto a las resoluciones de tribunales ordinarios extranjeros, sin más particularidad que la de que su autenticidad y eficacia se debe hacer constar por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se hubiere dictado el fallo (C. P. C., art. 243).

En cuanto al procedimiento, la ejecución de las sentencias arbitrales se rige por las reglas comunes, constituyendo un incidente del arbitraje, salvo en los casos en que es preciso seguir un juicio ejecutivo.

Cuando el cumplimiento de la resolución se persigue ante la justicia ordinaria corresponde conocer del incidente sobre ejecución al tribunal que, según las reglas legales de competencia, habría debido conocer del litigio en que la resolución se ha dictado si no se hubiera sometido a arbitraje. Pero puede ocurrir que el juicio arbitral se haya seguido en un lugar distinto de aquel en que, según la ley, habría debido substanciarse ante tribunales comunes; en este evento, creemos que debe entenderse que ha habido prórroga de competencia y que, por tanto, debe conocer del incidente el tribunal de la jerarquía que corresponda, residente en el lugar en que se ventila el arbitraje. No parece razonable, en efecto, que si las partes han convenido que el juicio se siga en un lugar determinado, hayan de verse obligadas a ir a otro

(1018) Véase N.o 349.
(1019) Véase N.os 353, 354 y 355.

lugar distinto para tramitar los incidentes de ese juicio que deban ventilarse ante la justicia ordinaria.

Si el cumplimiento de la sentencia arbitral hace necesaria la iniciación de un nuevo juicio, y la parte vencedora no lo somete al propio tribunal arbitral, nos parece, por la misma razón expresada, que puede iniciarlo, aplicando la regla del art. 238, ante el juez ordinario competente del lugar en que se siguió el juicio arbitral, que para los efectos es el substituto del que pronunció la sentencia que se trata de cumplir, o ante el del lugar que corresponda según las reglas generales, a su elección.

Cada vez que se pida ante los tribunales ordinarios el cumplimiento de una resolución arbitral, estimamos que el solicitante debe acompañar no sólo la resolución cuyo cumplimiento persigue, sino también la constancia de estar ella ejecutoriada, puesta previo decreto del árbitro, y una copia autorizada, del nombramiento del compromisario, para que el juez competente, ejerciendo las funciones de que tratamos en el N.o 354, pueda cerciorarse de que procede acceder a lo que se le solicita.

417. *Cosa juzgada.*— Las sentencias definitivas e interlocutorias de los árbitros, una vez ejecutoriadas, producen la excepción de cosa juzgada, en los mismos términos que las de los tribunales comunes, para impedir que la cuestión resuelta en el arbitraje pueda volverse a plantear entre las mismas partes ante cualquier tribunal, ordinario, especial o arbitral.

En los países en que las sentencias arbitrales requieren para su cumplimiento el exequatur previo de un tribunal ordinario, se discute desde qué momento producen ellas cosa juzgada: para algunos la causan por sí misma, aun antes del exequatur (1020); para otros solamente desde que se otorga el decreto que ordena su ejecución (1021).

Entre nosotros no tiene cabida semejante discusión. Si las sentencias arbitrales firmes dan por sí mismas acción de cosa juzgada para exigir su cumplimiento, es evidente que también causan, sin ningún otro requisito, la excepción correspondiente para que no se reanude el pleito ya fallado.

La excepción de cosa juzgada inherente a las sentencias arbitrales firmes alcanza a todas las personas a quienes, según lo que dijimos en el N.o 325 de esta Memoria, debe considerarse "partes" en el arbitraje.

418. *Aprobación de la sentencia arbitral en los casos en que la ley lo exige.*—La sentencia arbitral no necesita en Chile, según lo que hemos dicho, la aprobación o visto bueno de ninguna autoridad para tener plena eficacia y producir todos sus efectos.

Sin embargo, hay ciertos casos excepcionales en que la ley, como medida de protección a personas incapaces, exige que la sentencia definitiva pronunciada por compromisarios fallando la cuestión que les ha sido encomendada y en la cual tienen interés dichos incapaces, sea sometida a la aprobación de la justicia ordinaria.

(1020) Glasson, Tissier et Morel, ob. cit., t. V, N.o 1840; Robert, ob. cit., N.o 201.

(1021) Garsonnet et Cézar-Bru, ob cit., t. VIII, N.o 295 y 296, nota 1.

Estos casos son los siguientes:

1.o El del arbitraje constituído por un tutor o curador, en representación de su pupilo, sobre derechos de éste que se valúen en más de mil pesos o sobre sus bienes raíces (C. C., art. 400); y

2.o El del juicio de partición en que tengan interés personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curatela, o personas jurídicas.

La ley no determina qué tribunal es competente para aprobar la sentencia de los árbitros, ni qué procedimiento debe seguirse para el efecto.

En nuestro concepto, el trámite de la aprobación de la sentencia arbitral constituye un incidente del arbitraje, del cual debe conocer, por tanto, el mismo tribunal ordinario que en el número anterior señalamos como competente para ventilar el incidente sobre cumplimiento de la sentencia arbitral, esto es, aquél a que habría debido someterse el juicio si se hubiera deducido ante la justicia ordinaria, y en el caso de haberse seguido el arbitraje en un lugar diverso del que según la ley habría correspondido ante tribunales comunes, el juez ordinario de la jerarquía que proceda residente en el lugar en que el arbitraje se ventiló. Tratándose de la partición de bienes entre herederos, es competente, sin embargo, el juez del lugar donde se hubiere abierto la sucesión del difunto (L. O. T. art. 221).

La aprobación puede pedirla cualquiera de las partes; generalmente lo hará la que haya sido favorecida con el fallo del árbitro. Dada la naturaleza que en nuestro concepto tiene esta gestión, estimamos que el tribunal que conozca de ella debe tramitarla como incidente ordinario y para otorgar o denegar la aprobación solicitada, debe oír previamente al Defensor Público respectivo (L. O. T., art. 295).

¿Cuáles son las facultades del juez llamado a prestar su aprobación al fallo del árbitro? Es evidente que no tiene otra que la de resguardar los derechos del incapaz en cuyo interés ha establecido la ley este trámite. Para estos efectos creemos que puede, no solamente revisar el contenido de las decisiones arbitrales, sino también la regularidad del arbitraje en su constitución y desarrollo, en cuanto puedan afectar a los legítimos intereses de dicho incapaz. Si no tiene objeciones que hacer a este respecto, debe prestar su aprobación al fallo arbitral. Si éste le merece reparos, en cambio, cabe preguntarse si debe lisa y llanamente denegar la aprobación solicitada, expresando los motivos por qué lo hace, para que el árbitro respectivo corrija los defectos, o si puede por sí mismo modificar la sentencia arbitral. Tratándose del juicio de partición la ley resuelve implícitamente la duda en este último sentido, al hablar de "la resolución del juez que apruebe o *modifique* el fallo del partidor" (C. P. C., art. 23). Siendo ésta una manifestación del criterio del legislador al respecto, creemos que debe aplicarse el mismo sistema al caso de arbitraje no particional que requiere aprobación.

El art. 400 del C. C., al prescribir la aprobación judicial del fallo del compromisario en el caso que ese precepto reglamenta, expresa que lo hace "so pena de nulidad". Pero el art. 399 del mismo Código hace necesaria la aprobación del laudo particional en el caso que contempla "para que tenga efecto" la división de bienes. ¿Cuál es, por tanto, la sanción que acarrea la falta de aprobación del fallo arbitral cuando la ley lo exige?

El legislador no ha señalado plazo alguno para que se solicite dicha aprobación, y fundándose en esta circunstancia, los tribunales han resuelto que las consecuencias de la omisión de esa formalidad no son otras que la suspensión de los efectos jurídicos del fallo arbitral mientras no lo apruebe la justicia ordinaria (1022). En realidad, como expresa don Fernando Alessandri tratando del arbitraje particional, "si no se hubiere pedido la aprobación, no sería este hecho causal suficiente para demandar la nulidad de la partición, pues lo que procede en tal caso es precisamente pedir la aprobación que no ha sido dada antes", ya que "mientras el laudo no haya sido aprobado por resolución ejecutoriada, la partición no se encuentra firme" (1023). De acuerdo con esto, se ha resuelto que el fallo del partidor, cuando procede aprobación judicial, no queda ejecutoriado, sino conjuntamente con la resolución judicial que lo aprueba (1024). El C. P. C. consagra categóricamente este sistema en cuanto a las particiones al disponer que el término para apelar del laudo se cuenta, en los casos en que la ley exige aprobación judicial, desde que se notifique la resolución del juez que apruebe el fallo del partidor. Igual criterio debe aplicarse en cuanto a la aprobación del fallo del árbitro que no es partidor, cuando la ley lo exige: mientras no se otorgue, dicha sentencia carece de eficacia y no produce efecto alguno; los recursos que contra ella procedan deben interponerse dentro del plazo que corresponda contado desde la notificación del fallo aprobatorio, y la sentencia arbitral sólo queda ejecutoriada desde que adquiere este carácter la resolución del juez que la aprueba.

(1022) C. Suprema, Revista, t. XVII, s. I, p. 129; C. Talca, Gaceta 1931, t. II, N.o 106, p. 487.

(1023) "Partición de Bienes", N.o 89.

(1024) C. Concepción, Gaceta 1922, t. II, N.o 299, p. 1211.

BIBLIOGRAFIA

AGUILERA DE PAZ Y RIVES MARTI.— "Derecho Judicial Español", tomo primero, Madrid.

ALBONICO MUNIZAGA, ALBERTO.— "La situación legal del partidor nombrado por el causante", Memoria, Santiago, 1939.

ALESSANDRI R., ARTURO.—"De la compraventa y de la Promesa de venta", Santiago, 1917.

ALESANDRI R., ARTURO.— "Tratado práctico de las Capitulaciones Matrimoniales, de la Sociedad Conyugal y de los Bienes Reservados de la Mujer Casada", Santiago, 1935.

ALESSANDRI R., ARTURO.— "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, Primera parte, pág. 5.

ALESSANDRI R., ARTURO.— "Del reconocimiento de los hijos ilegítimos y del Derecho que en equidad puede asignárseles en la sucesión del padre que los reconoce" (sentencia arbitral), Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXVIII, primera parte, pág. 108.

ALESSANDRI R., FERNANDO. —"Ley Orgánica de Tribunales", apuntes de Clases, Santiago, 1938.

ALESSANDRI R., FERNANDO.— "Partición de Bienes", explicaciones de clases, Santiago, 1940.

BALTRA CORTES, ALBERTO.—"Ensayo de una teoría general de los actos inoponibles", Memoria, 1935.

BALLESTEROS, MANUEL EGIDIO.— "La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile", dos tomos, Santiago, 1890.

BARRIGA ERRAZURIZ, GONZALO.— "Naturaleza de las cuestiones que se promueven en el juicio de partición y de las resoluciones que las fallan", Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXX, primera parte, pág. 5.

BENAVENTE JIMENEZ, JORGE.— "El arbitraje ante el Derecho Procesal Civil", Memoria, Concepción, 1933.

BERNARD, ALFRED.—"L'Arbitrage volontaire en Droit Privé", 1937.

BORJAS, ARMINIO.— "Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano", tomo V, Caracas, 1924.

CARVAJAL RAVEST, HORACIO.— "La Corte Suprema", Memoria, Santiago, 1940.

CLARO SOLAR, LUIS.— "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado", tomos II, III, IV, V, X, XI y XV.

CORREA FUENZALIDA, RAFAEL.— "De las Quiebras", apuntes de clases, Santiago, 1938.

CUQ, EDOUARD. —"Les institutions juridiques des Romains", dos tomos, París, 1904 y 1908.

CHIOVENDA, JOSE.— "Principios de Derecho Procesal Civil", traducción española de José Casals y Santaló, dos tomos, Madrid, 1922 y 1925.

CHIOVENDA, JOSE. —"La condena en costas", traducción española de Juan de la Puente Quijana, Madrid, 1928.

DEMOGUE, RENE.— "Traité des obligations en genéral". Tomo 1.o, París, 1923.

FARCY, PAUL.— "Le livre de l'arbitrage", París, 1928.

GAETE BAHR, RICARDO.— "Constitución del juicio de partición". Memoria, Santiago, 1940.

GARSONNET, E. ET CEZAR-BRU, CH.— "Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale", tomo VIII, París, 1925

GLASSON, TISSIER ET MOREL.— "Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile", Troisiéme édition, Tomos I y V, París, 1936.

GOLDSCHMIDT, JAMES.— "Derecho Procesal Civil", traducción española de la Segunda Edición alemana y del Código de Procedimiento Civil alemán, Barcelona, 1936.

GONZALEZ G., ABEL.— "Breve estudio sobre el juicio arbitral en Chile", Memoria, Santiago, 1904.

KISCH, W.— "Elementos de Derecho Procesal Civil", traducción española de L. Prieto Castro, Madrid, 1932.

LANDRAU, MARGUERITE. —"L'arbitrage dans le Droit Anglais et Francais comparés". París, 1932.

LERAY, RENE.— L'arbitrage et la loi nouvelle sur la clause compromissoire", París, 1927.

LETELIER, VALENTIN.— "Génesis del Estado y de sus Instituciones Fundamentales", Buenos Aires, 1917.

LETELIER, VALENTIN.— "Génesis del Derecho y de las Instituciones Civiles Fundamentales", Santiago, 1919.

LIRA LIRA, ALEJANDRO.—"El Arbitraje Civil", Memoria, Santiago, 1897.

LOEWENWARTER, VICTOR.— "El arbitraje y la cláusula compromisoria", Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXII, primera parte, pág. 114.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA.— "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", 4.a edición, tomo IV, Madrid, 1920.

MATTIROLO, LUIS.— "Tratado de Derecho Judicial Civil", traducción española de Eduardo Ovejero y Maury, tomo I, Madrid, 1930.

MERLIN.— "Recueil Alphabetique des Questions de Droit", París, 4.a Ed. tomo I, "Arbitres".

MENTHON, FRANCOIS DE.—"Le role de l'arbitrage dans l'evolution judiciaire", París, 1926.

MIRANDA, JULIAN.— "El juicio arbitral", Montevideo, 1916.

MONGALVY.— "Traité de l'arbitrage en matiére civile et commerciale", Deuxiéme édition, dos tomos, París, 1852.

MOREL, RENE.—"La clause compromissoire en matiére commerciale", París, 1926.

OLIVA MURILLO, RAUL.— "Naturaleza jurídica del Mandato Civil", Memoria, Santiago, 1939.

PLANIOL, MARCEL.— "Traité élementaire de Droit Civil", Sixiéme édition, tomo II, París.

PLANIOL, RIPERT ET ESMEIN.— "Traité pratique de Droit Civil Francais, Obligations, Premiere, Partie", París, 1930.

PETIT, EUGENE.— "Tratado elemental de Derecho Romano", traducción castellana de Fernández González, Madrid.

RICCI, FRANCISCO. — "Derecho Civil Teórico y Práctico", traducción de Eduardo Ovejero, tomos IV y VIII, Madrid.

ROBERT, JEAN. —"Traité de l'arbitrage civil et commercial en Droit Interne", París, 1937.

ROBERT, JEAN.—"La clause compromissoire et l'organisation de l'arbitrage", París, 1929.

ROBLES, VICTOR.— "Estudio sobre el recurso de queja referido a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Agosto de 1935 a Agosto de 1936". Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXIII, primera parte, pág. 145.

ROUSSEAU, HENRY.— "La clause compromissoire", París, 1923.

SANTA CRUZ, VICTOR.— "Ensayo sobre una teoría de las nulidades procesales en el Código de Procedimiento Civil Chileno", Memoria, Santiago, 1936.

SILVA BASCUÑAN, MARCOS. — "La partición de bienes", 2.a Edición Santiago, 1925.

SOHM, RODOLFO. — "Instituciones de Derecho Privado Romano", traducción castellana de W. Roces, Madrid, 1928.

SOMARRIVA U., MANUEL.— "Derecho de Familia", Santiago, 1937.

STITCHKIN, DAVID.— "La representación en los actos jurídicos", Memoria, Santiago.

TAGLE RODRIGUEZ, EMILIO. — "Artículos publicados en "El Mercurio" de Santiago, el 26 de Agosto de 1936 y el 8 de Septiembre de 1937.

TRICOT, ERNESTO. — "Del arbitraje y en especial de la cláusula arbitral y del nombramiento de árbitros". Memoria, Valparaíso, 1922.

TRUCCO, HUMBERTO.— Apuntes de clases sobre Ley Orgánica de Tribunales, año 1933.

VARELA VARELA, RAUL. — Nota a sentencia de la Corte Suprema de 21 de Octubre de 1933, publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXXI, segunda parte, sección primera, pág. 179.

VARAS GOMEZ, LUIS.— "Estudio sobre la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 15 de Octubre de 1875, con todas sus modificaciones hasta la fecha". Santiago, 1937.

DICCIONARIOS JURIDICOS

DALLOZ.—Répertoire méthodique et alphabetique de legislation, de doctrine et de jurisprudence", tomo IV, París, 1894. "Arbitrage".

DALLOZ.—Suplement au Répertoire méthodique et alphabetique de legislation, de doctrine et de jurisprudence; de MM. Dalloz.

DALLOZ.—Recueil Periodique.

ESCRICHE, JOAQUIN.— "Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia", París, 1869.

FUZIER-HERMAN.— "Repertoire general alphabetique de Droit Francais".

REVISTA DE DERECHO Y JURISPRUDENCIA.

GACETA DE LOS TRIBUNALES DE CHILE.

OTERO, F.— "Jurisprudencia del Código de Procedimiento Civil".

CODIGOS CHILENOS Y EXTRANJEROS.

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION CHILENA

INDICE

Informe de don Luis Barriga Errázuriz, Director del Seminario de Derecho Privado ... III
Informe de don Darío Benavente G., Profesor de Derecho Procesal ... IX

TITULO PRIMERO. — CONCEPTOS FUNDAMENTALES

CAPITULO I.—DEL ARBITRAJE EN GENERAL

§ I. — CONCEPTO

1. Definición ... 1
2. Fundamento ... 2
3. Caracteres ... 3
4. Diferencias con otras instituciones ... 5
5. Arbitraje y transacción ... 5
6. Caso especial ... 5
7. Arbitraje y peritaje ... 6
8. Juicios prácticos ... 8
9. Arbitraje y determinación por terceros de un elemento de una convención 9
10. Arbitraje y conciliación ... 11

§ II. — NATURALEZA JURIDICA

11. Planteamiento de la cuestión ... 11
12. Importancia de su estudio ... 12
13. División de la materia ... 12

a) Arbitraje voluntario

14. Doctrina contractual ... 12
15. Doctrina jurisdiccional ... 13
16. Doctrina mixta ... 14
17. Doctrina de Chiovenda ... 15
18. Nuestra opinión ... 16
19. Distinción necesaria ... 19
20. Primero: el juicio arbitral importa una jurisdicción extraordinaria de carácter público ... 20
21. Segundo: el compromiso es un convenio privado por el cual las partes sustraen su litigio a las jurisdicciones ordinarias y lo someten a la extraordinaria de un árbitro que designan ... 22

22. Tercero: el contrato de compromisario crea una relación jurídica privada, independiente del juicio, que obliga al árbitro a desempeñar su cargo y a las partes a remunerarlo ... 22
23. La cuestión en la ley chilena ... 23
24. Jurisprudencia chilena ... 25

b) Arbitraje forzoso

25. Constituye una jurisdicción legal ... 27

c) Arbitrajes especiales

26. Constituyen jurisdicciones especiales ... 28

§ III. — HISTORIA

27. Sociedades primitivas ... 31
28. Carácter arbitral del procedimiento romano ... 32
29. El arbitraje privado en Roma ... 33
30. Derecho Eclesiástico ... 33
31. Edad Media ... 33
32. Estados Modernos ... 34
33. Legislaciones contemporáneas ... 35
34. El arbitraje en Chile ... 36

§ IV. — VENTAJAS E INCONVENIENTES

35. Discusión al respecto ... 37
36. Ventajas ... 37
37. Inconvenientes ... 38
38. Nuestra opinión ... 40

§ V. — ARBITRAJE FORZOSO

39. Concepto ... 41
40. Fundamento ... 41
41. Crítica ... 42
42. Efectos ... 42
43. Casos ... 43
44. Primer caso.— La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil y la de las comunidades ... 44
45. a) La liquidación de una sociedad conyugal ... 44
46. b) La liquidación de una sociedad colectiva o encomandita civil ... 44
47. Regla especial diversa para las sociedades comerciales y anónimas ... 45
48. c) Liquidación de las comunidades ... 46
49. Liquidación de la asociación o cuentas en participación ... 46
50. Segundo caso.— La partición de bienes ... 47
51. Excepciones a los casos anteriores ... 47
52. Observaciones comunes a los dos casos anteriores. — Caracteres del arbitraje particional ... 48
53. Tercer caso.— Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios de cuentas ... 50
54. Caso en que el juicio sobre cuentas se plantea como prejudicial civil en proceso criminal ... 51
55. Cuarto caso.— Las diferencias que ocurran entre socios de determinadas

sociedades en el caso del art. 415 del C. de C.— Carácter y alcance 53
56. Materias que comprende este caso 53
57. Personas a que afecta 55
58. Tiempo en que rige 56
59. Calidad del árbitro.—Art. 83, letra n) del D. F. L. 251 56
60. Excepción a los casos tercero y cuarto 57
61. Quinto caso.— Cuestiones que se susciten entre los accionistas de una asociación de canalistas, sobre derechos o repartición de aguas y las que surjan entre los accionistas y la asociación 57
62. Cuestiones entre canalistas 58
63. Cuestiones entre accionistas y la asociación 59
64. Caracteres especiales 59
65. La enumeración anterior es taxativa.— Situación de los antiguos juicios prácticos 60
66. Valor del arbitraje constituido en violación del art. 177 61

§ VI. — ARBITRAJE PROHIBIDO

67. Concepto y fundamento 61
68. Casos 62
69. Primer caso.— Cuestiones que versen sobre alimentos 62
70. Segundo caso.— Cuestiones que versen sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer 64
71. Tercer caso.— Causas que se susciten entre un representante legal y su representado 65
72. Cuarto caso.— Causas en que debe ser oído el Ministerio Público 65
73. a) Causas sobre estado civil de las personas 67
74. b) Causas de hacienda 70
75. c) Asuntos que afecten los bienes de Corporaciones o Fundaciones de Derecho Público 70
76. d) Causas sobre responsabilidad civil de los jueces o empleados públicos por actos ministeriales 70
77. Excepción a los dos casos anteriores 71
78. Quinto caso.— Asuntos de jurisdicción voluntaria 71
79. Sexto caso.— Recursos de revisión y de inaplicabilidad 72
80. Séptimo caso.— Contiendas de compatencia 73
81. Octavo caso.— Causas criminales 73
82. Noveno caso.— Juicios del trabajo 74
83. ¿Pueden comprometerse las cuestiones a que se refieren los arts. 1330 y 1331 del C. C.? 75
84. Valor del arbitraje constituido en los casos en que la ley lo prohibe 77

CAPITULO II. — DE LOS ARBITROS

§ I. — CONCEPTO Y CLASIFICACION

85. Definición 79
86. Los árbitros son jueces 80
87. Están instituídos por la ley y desempeñan función pública 80
88. Su nombramiento es privado 80
89. Clasificación 81
90. Arbitros de derecho 81
91. Arbitradores o amigables componedores 81
92. Arbitros mixtos 84
93. El árbitro de derecho constituye la regla.— Legislación comparada 84

§ II. — CAPACIDAD E INHABILIDADES PARA SER ARBITRO

94. Principio general ... 85
95. Exigencias de la ley; sólo se refiere a personas naturales ... 86
96. La ley no atiende al sexo ni a la nacionalidad ... 87
97. Enunciación de las exigencias legales ... 88

a) Requisitos de capacidad

98. Primero: ser mayor de edad.— Excepción relativa al abogado ... 88
99. Segundo: tener la libre disposición de sus bienes ... 89
100. Situación del menor habilitado de edad ... 91
101. Situación de la mujer casada ... 92
102. Situación del fallido ... 93
103. Tercero: saber leer y escribir o, tratándose de árbitro de derecho, ser abogado ... 94
104. Inaplicabilidad a los árbitros de los requisitos dispuestos para los jueces permanentes ... 95

b) Inhabilidades o prohibiciones

105. No pueden ser árbitros las partes ... 95
106. No pueden ser árbitros los jueces permanentes ... 96
107. No pueden ser árbitros los notarios ... 98
108. Situación especial del partidor ... 98
109. Momento en que el árbitro debe ser capaz y estar libre de inhabilidades. 99
110. Sanción de las incapacidades e inhabilidades ... 100

§ III. — ATRIBUCIONES, DEBERES, PROHIBICIONES Y RESPONSABILIDADES DE LOS ARBITROS

111. Aplicación a los árbitros de ciertas reglas relativas a los jueces permanentes ... 101
112. Atribuciones disciplinarias ... 101
113. Obligación de despacho ... 102
114. Prohibiciones del art. 153 de la L. O. T. ... 104
115. Prohibiciones del art. 154 de la L. O. T. ... 104
116. Responsabilidad de los árbitros ... 105
117. Responsabilidad penal ... 105
118. Responsabilidad civil delictual ... 107
119. Responsabilidad disciplinaria ... 107

TITULO SEGUNDO. — CONSTITUCION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

CAPITULO I. — LAS FUENTES DEL ARBITRAJE: LA LEY Y LA CONVENCION DE ARBITRAJE

120. Constitución del tribunal arbitral ... 111

a) Arbitraje forzoso

121. Fuente: la ley ... 111
122. Forma de constituir el tribunal ... 112

b) Arbitraje voluntario

123. Forma de constituirlo ... 112
124. Fuente: la convención de arbitraje ... 112
125. La convención de arbitraje universal no vale ... 113
126. Formas válidas de la convención de arbitraje ... 113
127. La convención de arbitraje en Francia ... 113
128. La convención de arbitraje en Bélgica ... 116
129. La convención de arbitraje en Italia ... 116
130. La convención de arbitraje en Alemania ... 117
131. La convención de arbitraje en Inglaterra ... 118
132. La convención de arbitraje en España ... 118
133. La convención de arbitraje en Chile.— Legislación ... 118
134. La convención de arbitraje en Chile.— Doctrina ... 119
135. La convención de arbitraje en Chile. — Jurisprudencia ... 120
136. Bases para una doctrina sobre la convención de arbitraje en Chile ... 122
137. El compromiso y la cláusula compromisoria ... 125

CAPITULO II. — EL COMPROMISO

§ I. — CONCEPTO Y CARACTERES

138. Definición ... 128
139. Naturaleza jurídica ... 128
140. El compromiso como convención civil ... 129
141. El compromiso como pacto procesal ... 130
142. El compromiso y la prórroga de competencia ... 130
143. El compromiso y la transacción ... 131

§ II. — REQUISITOS

144. Enunciación ... 133

a) Consentimiento

145. Quienes deben otorgarlo ... 133
146. Consentimiento por representante. Poder para comprometer ... 133
147. Sanción de la falta de consentimiento ... 134
148. Inoponibilidad por falta de consentimiento.— Concepto.— Su aceptación por nuestra ley ... 136
149. Ratificación del compromiso inoponible ... 137
150. Impugnación del compromiso inoponible. Modo de hacer efectiva la sanción 138
151. Vicios del consentimiento.— Sanción ... 139

BIBLIOTECA NACIONAL
SECCION CHILENA

b) Capacidad

152. Principio general ... 140
153. Comprometer no es disponer de los bienes materia del asunto que se somete a arbitraje ... 141
154. Comprometer es disponer del derecho de reclamar justicia a los tribunales comunes ... 142
155. Quienes pueden comprometer ... 142
156. Personas incapaces ... 143
157. Impúberes ... 143
158. Menor adulto no habilitado de edad ... 144

159. Excepción relativa al peculio profesional o industrial ... 145
160. Mujer casada en régimen de sociedad conyugal ... 145
161. Excepciones relativas a la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, separación parcial de bienes y bienes reservados de la mujer casada ... 146
162. Demente y sordomudo que no puede darse a entender por escrito ... 147
163. Disipador en interdicción ... 147
164. Personas jurídicas ... 148
165. a) Corporaciones y Fundaciones de Derecho Público ... 148
166. b) Corporaciones y Fundaciones de Derecho Privado ... 148
167. c) Sociedades ... 149
168. Religiosos ... 150
169. Fallido ... 150
170. Situación del ausente, de la herencia yacente y de los derechos eventuales del que está por nacer ... 152
171. Situación del menor habilitado de edad ... 153
172. Situación de la mujer divorciada perpetuamente y de la separada totalmente de bienes ... 153
173. Sanción de la incapacidad ... 153
174. Reglas especiales relativas a la partición ... 154
175. Sanción de la falta de autorización o aprobación judicial ... 155
176. Falta de consentimiento de la mujer en su caso ... 156
177. Situación que se produce cuando hay oposición de intereses entre representante legal y representado ... 157

c) Objeto lícito

178. Principio ... 159
179. Primer objeto: asunto litigioso ... 160
180. Segundo objeto: tribunal arbitral ... 161
181. Objeto ilícito ... 161

d) Causa lícita

182. Principio ... 161

e) Solemnidades

183. El compromiso debe constar por escrito ... 162
184. Es acto solemne ... 163
185. Prueba del compromiso ... 164

§ III. — CONTENIDO

186. Principio general ... 164
187. Cosas sobre que debe recaer el consentimiento ... 164
188. Cláusulas esenciales, de la naturaleza y accidentales ... 164

a) Cláusulas esenciales

189. Enunciación ... 164
190. Primero: individualización de las partes ... 165
191. Segundo: sometimiento de las partes a la jurisdicción arbitral ... 165
192. Tercero: determinación del tribunal arbitral ... 165
193. Modo de determinarlo ... 165

194. Número de árbitros ... 166
195. Nombramiento de tercer árbitro para el caso de discordia ... 167
196. Cuarto: determinación del asunto litigioso ... 168
197. Modo de determinarlo ... 169
198. Sanción ... 170

b) Cláusulas de la naturaleza

199. Enunciación ... 170

c) Cláusulas accidentales

200. Enunciación ... 170
201. a) Concesión al árbitro de facultades de arbitrador ... 171
202. Capacidad especial necesaria para esta cláusula ... 172
203. Mandato para cláusula de amigable composición ... 174
204. b) Cláusula de arbitraje mixto (amigable composición en cuanto al procedimiento) ... 174
205. Capacidad especial necesaria para esta cláusula ... 174
206. Mandato para esta cláusula ... 175
207. c) Reglamentación del procedimiento ante amigables componedores y árbitros mixtos ... 175
208. d) Reserva de apelación contra arbitradores ... 175
209. e) Renuncia de recursos legales ... 176
210. Casos en que no es lícita la renuncia de recursos. — Incompetencia y ultra petita ... 176
211. Cuestiones de orden público.— ¿Casación? ... 177
212. Recurso de queja ... 179
213. Acción ordinaria de nulidad ... 180
214. Capacidad necesaria para renunciar los recursos ... 180
215. Mandato para esta cláusula ... 181
216. Interpretación y efectos de la cláusula de renuncia de recursos ... 181
217. f) Sometimiento de recursos a compromiso ... 181
218. g) Determinación del lugar del arbitraje ... 182
219. h) Fijación de plazo ... 182
220. i) Otras cláusulas accidentales ... 184

§ IV. — EFECTOS

221. Principio general ... 184
222. Primero.— Aspecto negativo: deroga las jurisdicciones ordinarias.— Consecuencias ... 184
223. a) Excepción de compromiso o de falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios ... 185
224. b) Paralización del juicio pendiente ante tribunales comunes ... 186
225. c) Interrumpe el abandono de la instancia ... 188
226. Segundo.— Aspecto positivo: somete a las partes a la jurisdicción del árbitro nombrado ... 188
227. El compromiso no importa la iniciación del juicio arbitral ... 188
228. El compromiso no produce litis pendencia; sólo la causa el juicio arbitral 189
229. El compromiso no constituye interrupción civil de la prescripción ... 189
230. El compromiso da carácter de controvertidos a los asuntos actuales que son materia de él ... 189
231. El compromiso puede constituir interrupción natural de la prescripción . 190
232. Extensión de los efectos del compromiso ... 190
233. Sucesores a título universal ... 190
234. Sucesores a título singular ... 191

235. Casos de solidaridad ... 193
236. Otros casos.— Obligaciones indivisibles.— Fianzas ... 194
237. Terminación del compromiso ... 194

CAPITULO III. — LA CLAUSULA COMPROMISORIA

§ I. — CONCEPTO, CARACTERES Y NATURALEZA JURIDICA

238. Definición ... 196
239. Naturaleza jurídica ... 196
240. Es un contrato civil ... 196
241. Es un pacto procesal ... 196
242. No es una promesa de comprometer ... 197
243. Tiene individualidad jurídica propia ... 198
244. Importancia ... 198

§ II. — VALIDEZ

245. La cláusula compromisoria es válida.— Expresa consagración legislativa. 199
246. Argumentaciones contrarias a la validez de la cláusula ... 199
247. Refutación ... 200
248. La cláusula compromisoria no contraviene al Derecho Público Chileno ... 200
249. La cláusula compromisoria no viola el art. 177 de la L. O. T. ... 200
250. La cláusula compromisoria no necesita cumplir con los requisitos del art. 183 de la L. O. T. ... 201
251. La incompetencia que produce puede alegarse por declinatoria y por inhibitoria ... 201
252. La cláusula compromisoria no viola el inciso 2.o del art. 9 de la L. O. T. 201

§ III. — REQUISITOS

253. Principio general.— Se rige por las mismas reglas que el compromiso ... 201
254. Excepciones ... 202
255. La cláusula compromisoria es contrato consensual ... 202
256. Prueba de la cláusula compromisoria ... 202

§ IV. — CONTENIDO

257. Principio general ... 202
258. a) Cláusulas esenciales ... 202
259. La cláusula no contiene designación de árbitros ... 202
260. Caso en que se designa árbitro indicando una función o cargo ... 203
261. Caso en que se pacta en general arbitraje y, además, se designan árbitros. 205
262. b) Cláusulas de la naturaleza ... 206
263. c) Cláusulas accidentales ... 206
264. Mención acerca de las condiciones del árbitro ... 206
265. Acuerdo sobre el nombramiento del árbitro ... 207

§ V. — EFECTOS

266. Enunciación ... 207
267. Primer efecto: deroga las jurisdicciones ordinarias ... 207
268. Segundo efecto: somete a las partes a jurisdicción arbitral, obligándolas a nombrar árbitros ... 208
269. Obligación de nombrar árbitros.— No es obligación de comprometer ... 208
270. Vigencia y extensión del deber de nombrar árbitros ... 210
271. Modo de cumplir la obligación de nombrar árbitros ... 212

272. Oportunidad para hacer el nombramiento ... 212
273. Ejecución forzada de la obligación de nombrar árbitros ... 212
274. Personas a quienes afecta la cláusula compromisoria ... 214
275. Terminación de la cláusula compromisoria ... 215

CAPITULO IV. — NOMBRAMIENTO DE ARBITROS

§ I. — REGLAS COMUNES A TODO NOMBRAMIENTO

276. Procedencia ... 216
277. Diversas clases de nombramiento ... 216
278. Nombramiento convencional extrajudicial ... 217
279. Nombramiento judicial ... 217
280. Nombramiento por el causante en el caso de la partición ... 217
281. Nombramiento legal ... 217
282. Requisitos comunes a todo nombramiento ... 218
283. Capacidad para nombrar árbitros ... 218

§ II. — NOMBRAMIENTO JUDICIAL

284. Procedencia ... 219
285. Naturaleza de la gestión judicial de nombramiento ... 219
286. Tribunal competente ... 221
287. Procedimiento ... 221
288. Citación a comparendo ... 222
289. Objeto del comparendo ... 222
290. Desarrollo ... 223

a) Acuerdo entre las partes

291. Nombramiento por las partes ... 223

b) Desacuerdo entre las partes

292. Cuando existe desacuerdo ... 223
293. Nombramiento por el tribunal ... 223
294. Facultades del juez ... 224
295. Limitaciones a que está sujeto el juez al nombrar árbitro ... 225
296. Impugnación del nombramiento judicial ... 227

c) Oposición de uno o más interesados

297. Causas de oposición ... 228
298. Efecto de la oposición.— Tramitación ... 229
299. Fallo de la oposición ... 232
300. Ejecución de la sentencia ... 232

III. — APROBACION JUDICIAL DEL NOMBRAMIENTO EXTRAJUDICIAL

301. Casos, tribunal competente y procedimiento ... 233

CAPITULO V. — DE LA ACEPTACIÓN Y EL JURAMENTO DE LOS ARBITROS

§ I. — CONTRATO DE COMPROMISARIO

302. Concepto ... 234
303. Caracteres ... 235
304. Naturaleza jurídica ... 236
305. Perfeccionamiento ... 238
306. Forma de la aceptación.— Pago de impuestos ... 239

307. Rechazo del cargo ... 240
308. Efectos del contrato de compromisario ... 240

a) Obligación del árbitro

309. Obligación de desempeñar el cargo ... 240
310. Exigibilidad de esta obligación ... 241
311. Responsabilidad contractual del árbitro ... 241
312. Renuncia del árbitro.— Causas que la justifican ... 242

b) Obligaciones de las partes

313. Primera: reembolsar al árbitro los gastos razonables en que hubiere incurrido ... 243
314. Segunda: pagar honorarios al árbitro, salvo acuerdo en contrario ... 243
315. Caso en que el árbitro no desempeña totalmente su encargo ... 244
316. Doble carácter de los honorarios: remuneración al árbitro por sus servicios y costas del proceso.— Consecuencias ... 244
317. Regulación de los honorarios ... 245
318. Reglas especiales sobre honorarios del partidor ... 246

§ II. — INSTALACION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

319. Concepto ... 248
320. Forma de la instalación.— Juramento legal ... 248
321. Sanción de la falta de juramento ... 249

TITULO TERCERO. — JURISDICCION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

CAPITULO I. — DE LA COMPETENCIA

§ I. — LIMITES DE LA COMPETENCIA ARBITRAL

322. Jurisdicción y competencia ... 251
323. Límites de los poderes del árbitro ... 252

§ II. — LIMITES EN CUANTO A LAS PERSONAS

324. Principio: la competencia del tribunal arbitral sólo alcanza a las personas que concurrieron a constituirlo ... 252
325. Quienes son partes ... 252
326. Consecuencias ... 253
327. Otras aplicaciones ... 254
328. Alcance de la regla del inciso tercero del Art. 792 del C. P. C. ... 255
329. Excepciones ... 256
330. a) Caso del art. 813 del C. P. C. ... 256
331. b) Caso del art. 808 del C. P. C. ... 257
332. c) Cuestiones sobre honorarios de personas que prestan servicios ante el tribunal arbitral ... 258
333. Ampliación de la competencia ratione personae.— Intervención voluntaria de terceros consentida por las partes ... 259

§ III. — LIMITES EN CUANTO A LA MATERIA

334. Enunciación ... 259
335. Primer principio: la competencia del tribunal arbitral sólo comprende las materias enunciadas en el título de su nombramiento ... 259
336. Extensiones de la competencia ratione materiae ... 260

337. Incidentes ... 261
338. Reconvención ... 262
339. Cuestiones sobre costas ... 263
340. Interpretación de la cláusula sobre competencia ... 263
341. Algunas interpretaciones de nuestra jurisprudencia ... 265
342. Algunos casos dudosos ... 266
343. Cuestiones sobre inexistencia o nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de compromisarios ... 267
344. Cuestiones sobre inexistencia o nulidad de la relación jurídica a que va aneja la convención de arbitraje ... 267
345. Ampliación de la competencia ratione materiae ... 268
346. Segundo principio: la competencia del tribunal arbitral no puede nunca alcanzar a asuntos que la ley prohibe someter a arbitraje ... 269

§ IV. — LIMITES EN CUANTO A LAS FACULTADES

347. Principio: el tribunal arbitral ejerce jurisdicción desprovista de imperio. 269
348. Significado de la falta de imperio.— Legislación comparada ... 269
349. Significado de la falta de imperio en la ley chilena ... 271
350. Crítica ... 272
351. Consecuencias ... 272
352. Sólo están vedados a los árbitros los actos que importen procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas, los cuales deben ejecutarse por intermedio de la justicia ordinaria ... 272
353. Los árbitros pueden ejecutar cualquiera otra clase de actos ... 273
354. Facultades de la justicia ordinaria en los casos en que debe intervenir ... 274
355. Juicio ejecutivo ... 275
356. Medidas precautorias ... 278

§ V. — LIMITES EN CUANTO AL TIEMPO

357. Principio: la competencia del tribunal arbitral está limitada al término convencional o legal ... 278
358. Manera de contar el plazo ... 279
359. Suspensión del plazo ... 279
360. Prórroga del plazo ... 281
361. Expiración del término.— Efectos ... 282

CAPITULO II. — CUESTIONES DE JURISDICCION Y DE COMPETENCIA, IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES

§ I. — CUESTIONES DE JURISDICCION

362. Concepto ... 287
363. Tribunal competente ... 287
364. Tramitación.— Carácter previo ... 288

§ II. — CUESTIONES DE COMPETENCIA

365. Concepto ... 289
366. Tribunal competente y tramitación ... 289

§ III. — CONTIENDAS DE COMPETENCIA

367. Concepto ... 291
368. Tribunal competente y tramitación ... 291

§ IV.—IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES

369. Concepto ... 292
370. Aplicación a los árbitros ... 292
371. Tribunal competente y tramitación ... 295

TITULO CUARTO. — EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

CAPITULO I. — DEL JUICIO SEGUIDO ANTE ARBITROS DE DERECHO

§ I. — CARACTERES

371 bis.—Principio general ... 296
372. Particularidades ... 296

§ II. — SUSTANCIACION DEL JUICIO

373. Emplazamiento y comparecencia de las partes ... 297
374. Actuaciones judiciales.— Lugar y tiempo hábiles ... 298
375. Actuaciones judiciales.— Intervención del tribunal arbitral ... 299
376. Autorización de las actuaciones arbitrales ... 299
377. Notificaciones ... 300
378. La prueba en el arbitraje y especialmente la de testigos ... 301

§ III. — ACUERDOS DE LOS TRIBUNALES COLEGIADOS

379. Reglas que rigen los acuerdos ... 302
380. Discordia entre árbitros.— Efectos ... 303
381. Casos en que hay tercero en discordia designado, o en que no habiéndolo la resolución es apelable ... 304
382. Casos en que no hay tercero en discordia designado y la resolución es inapelable.— Distinción entre arbitraje voluntario y forzoso ... 304
383. Misión del tercero en discordia ... 305

§ IV. — IMPUGNACION DE LAS RESOLUCIONES ARBITRALES

384. Medios de impugnación ... 306

a) Recursos procesales

385. Recursos de reposición, interpretación y rectificación o enmienda ... 306
386. Apelación ... 307
387. Recurso de casación en la forma ... 307
388. Recurso de casación en el fondo ... 308
389. Recurso de queja ... 309
390. Recursos de revisión y de inaplicabilidad de preceptos legales inconstitucionales ... 309

b) Acción ordinaria de nulidad

391. Procedencia ... 309
392. Aplicación al arbitraje particional ... 310
393. Efectos ... 311
394. Ejercicio ... 311
395. Legislación comparada ... 312
396. Crítica ... 314

CAPITULO II. — DEL JUICIO SEGUIDO ANTE ARBITRADORES Y ANTE ARBITROS MIXTOS

§ I. — PROCEDIMIENTO ANTE ARBITRADORES

398. Características.—Principio fundamental ... 315
399. Emplazamiento y comparecencia de las partes ... 316
400. Actuaciones judiciales ... 316
401. Notificaciones ... 317
402. Prueba ... 318
403. Acuerdos ... 319
404. Sentencia ... 320
405. Recursos ... 321
406. Apelación ... 321
407. Recurso de casación en la forma ... 321
408. Recurso de casación en el fondo y de inaplicabilidad de un precepto inconstitucional ... 322
409. Acción Ordinaria de nulidad ... 323

§ II. — PROCEDIMIENTO ANTE ARBITROS MIXTOS

410. Regla general ... 323
411 Excepciones ... 323

CAPITULO III. — DE LA SENTENCIA ARBITRAL

412. Concepto y naturaleza jurídica ... 324
413. Autenticidad ... 325
414. Efectos ... 326
415. Desasimiento del tribunal ... 326
416. Cumplimiento de las resoluciones arbitrales ... 327
417. Cosa juzgada ... 328
418. Aprobación de la sentencia arbitral en los casos en que la ley lo exige ... 328
Bibliografía ... 331

FIN