



Universidad de
los Andes

ANÁLISIS CRÍTICO AL ARBITRAJE FORZOSO

Profesor Director

Maite Aguirrezabal Grünstein

Alumnos

- 1) Diego Abarca Lazcano
- 2) Francisca Bahamondes Hernández
- 3) Su-key Castro Herrera
- 4) Estefanía Delgado Jiménez
- 5) Mauricio Kaplan Edwards
- 6) Diego Pérez de Arce Bolados
- 7) Simonetta Rodríguez Mancini
- 8) Miroslav Smol Strika
- 9) María Sofía Solar Mir
- 10) Javiera Zenteno Soto

Resumen

La presente investigación tiene como objeto el análisis del arbitraje forzoso, en busca de argumentos sobre su existencia a través de su desarrollo histórico, para poder así dar un análisis crítico respecto de su aplicabilidad en el mundo actual, y su constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma se permitirá identificar y comprender los beneficios y desventajas de la institución y lo relativo a las posibles vulneraciones a derechos fundamentales relacionados al ejercicio jurisdiccional.

Palabras Clave: Arbitraje Forzoso, Constitucionalidad, Derechos Fundamentales, Ejercicio Jurisdiccional.

Abstract

The purpose of the present investigation is the analysis of forced arbitration, in search of arguments about its existence through its historical development, to give a critical analysis regarding its application nowadays, and its constitutionality in our legal system. In this way, this will allow that the benefits and disadvantages of the institution can be identified and understood, as well as the possible violations of fundamental rights relatives to the jurisdictional exercise.

Key Words: Forced Arbitration, Constitutionality, Fundamental Rights, Jurisdictional Exercise.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un sistema alternativo para la resolución de controversias jurídicas que ocurren en una sociedad, esto al margen de la actividad jurisdiccional ordinaria o especial del Estado¹. El objeto principal de esta institución es la resolución de conflictos, en virtud del principio de autonomía privada, ya que el encargado de dictar la sentencia que ponga fin al pleito será un árbitro y no un tribunal del Estado, todo esto reconocido por el ordenamiento jurídico.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1. El Arbitraje en el Derecho Romano

Este mecanismo alternativo encuentra su origen remoto en el derecho romano, época arcaica precisamente, en donde las disputas eran resueltas con la ayuda de un tercero imparcial que solía corresponder al jefe de familia –*pater familias*–, al sacerdote, entre otros. Ante él, se planteaban voluntariamente los conflictos, y en virtud de la *auctoritas* que tenía, esta decisión debía ser obedecida por las partes. Este procedimiento se encontraba reglamentado en la Ley de las XII Tablas. Posteriormente, las partes perdieron la facultad de designar libremente al árbitro, quién era designado por el pretor².

Sin embargo, el origen más inmediato está en el derecho romano clásico y justiniano, en donde la doctrina ha sostenido que el origen del proceso fue el juicio del árbitro.

Si bien no existe claridad entre los autores para indicar los motivos que llevaban a designar un *iudex* o un *arbiter*, algunos sostienen que la diferencia radicaba en que, si la obligación discutida era incierta correspondería a un *arbiter* o, en caso de ser cierta y determinada, a un *iudex*. Otros autores indican que el criterio para la designación de uno u otro estaba determinado por la cuantía litigiosa. Por lo tanto, el nombramiento del *iudex* para resolver disputas tenía relación con la resolución de cuestiones netamente civiles, mientras que la designación del árbitro, que conocía de otras cuestiones también pertenecientes al derecho civil, se nombraba con el propósito de dejar un margen de discrecionalidad para la apreciación del conflicto o para procesos que requerían discreción³.

Posteriormente, en la época postclásica, con la implantación de la *cognitio extra-ordinem* desapareció el sistema de bipartición de proceso, con lo que se pierde definitivamente el carácter privado y, por tanto, la naturaleza arbitral. En los siglos siguientes, el arbitraje fue considerado una alternativa al proceso ordinario jurisdiccional, pero fue perdiendo relevancia

¹ ROMERO (1999), pp. 405-430.

² VILLALBA Y MOCOSO (2008), pp. 141-170.

³ JEQUIER (2015), pp. 199-224.

debido a la no exigibilidad de sentencias que imponían condenas pecuniarias y debido a la falta de certeza jurídica en el cumplimiento de las mismas⁴.

2. El arbitraje en el Derecho Español

Debido al auge del comercio, el arbitraje fue el mecanismo de resolución de disputas que más se utilizó en la Edad Media. Esto porque la burguesía comercial buscó la solución de conflictos en asociaciones gremiales y corporaciones debido a la rapidez y seguridad frente a la arbitrariedad y lentitud que caracterizaba a la justicia regia⁵.

Es en esta época en donde se consolida el arbitraje como jurisdicción distinta a la ordinaria, gracias al desarrollo de Corporaciones de Mercaderes. Por una parte, el Breviario de Alarico, que, si bien no regula específicamente la institución, recibe características jurídico-privadas, mientras que en el Liber Iudiciorum, se toma el arbitraje como regla general y se equipara a los árbitros con los jueces en materia de responsabilidad, otorgándoles fuerza ejecutiva y efecto de cosa juzgada a la sentencia que resulta del proceso arbitral⁶. Y corresponde a este cuerpo de leyes visigodo, el que se recoge en el Fuero Juzgo, considerando al árbitro como una especie de juez. En el Fuero Real se mantiene la directriz, regulando el oficio de alcaldes como avenidores, con la intención de identificar al arbitraje como un procedimiento general⁷.

La Ley de las Siete Partidas consolidó la función judicial del arbitraje, manteniendo la eficacia del fallo y distinguiendo entre avenidores y arbitradores. Los primeros resolvían el pleito según Derecho, mientras que los segundos resolvían el conflicto como amigables componedores. Este cuerpo normativo también añadió una cláusula sancionadora al que incumpliese lo establecido por el árbitro, intensificando así la eficacia de laudo⁸.

Con el paso del tiempo, Las Siete Partidas no fueron adoptadas definitivamente por los pueblos españoles, por lo que le siguió la promulgación de otras leyes, ordenamientos, ordenanzas, entre otros. Sin embargo, debido a la dispersión de fueros locales y ordenanzas emanadas por el rey, como consecuencia de lo anterior surgió la necesidad de recopilar las disposiciones anteriores por lo que se promulga la Nueva Recopilación, pero, producto de la confusión que éste provocó, fue reemplazada por la Novísima Recopilación.

Ambos cuerpos normativos consideran al árbitro como un juez de tipo ordinario, conservan también la distinción entre jueces árbitros de Derecho y árbitros arbitradores. A su vez, incorporaron por primera vez en la legislación española la posibilidad de recurrir de la sentencia, por lo que, una vez sometido el asunto ante árbitros, la justicia ordinaria podía posteriormente intervenir en la solución del conflicto. Adicionalmente instauran una ejecución inmediata de las sentencias provenientes de árbitros, siempre y cuando existiese

⁴ JEQUIER (2015), pp. 199-224.

⁵ MERINO (2013), pp. 95-132.

⁶ VILLALBA Y MOCOSO (2008), pp. 141-170.

⁷ MERINO (2013), pp. 95-132.

⁸ MERINO (2013), pp. 95-132.

un previo afianzamiento de la obligación de restituir lo recibido con sus frutos, para el caso en que la sentencia fuese posteriormente revocada⁹.

3. El arbitraje en el siglo XIX

La justicia del siglo XIX se caracteriza por el rol que toma el arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos y, en algunos casos, con preferencia al sistema jurisdiccional estatal.

Lo anterior se debe a que, gracias a la Constitución de Cádiz de 1812, el arbitraje se consideró un derecho esencial y como un medio alternativo para resolver disputas. A su vez, se le otorgó carácter obligatorio y ejecutable a la sentencia arbitral, pero manteniendo la posibilidad de apelarla si las partes así lo estipularon¹⁰.

A partir de la Carta Magna mencionada anteriormente, las posteriores Constituciones españolas dictadas en el siglo XIX no mencionan la institución en estudio, puesto que ésta se reguló dentro de los Códigos procesales de la época.

La Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio de 1830 regulaba el arbitraje de derecho como un juicio arbitral en sentido estricto, que era apelable por regla general y el arbitraje de equidad como amigable componedor, donde la apelación no estaba permitida.

Posteriormente, se dictó la Ley de Enjuiciamiento Civil en 1855, donde la institución de arbitraje fue tratada como un juicio, manteniendo la distinción anterior de derecho y de equidad y las características de apelación ya nombradas, salvo en el caso del laudo emanado del arbitraje de derecho, en donde el apelante debía pagar una multa al apelado para ser oído en una segunda instancia; y en el caso del laudo del arbitraje de equidad, se permitió un recurso de casación que se interponía ante el Tribunal Supremo, fundado en causales específicamente señaladas en la ley. Es relevante tener en consideración que esta Ley no considera el arbitraje forzoso, manteniendo el carácter esencialmente voluntario de la institución en comento.

III. EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

En el Reglamento Constitucional Provisorio de 1814 no se hace referencia alguna a la institución en estudio, por lo que se le entrega exclusivamente a la justicia ordinaria la resolución de conflictos de índole jurídica.

Posteriormente, la Constitución Provisoria de 1818 se refiere escuetamente al arbitraje en el Título V, Capítulo III, artículo 25. Al año siguiente, el Senado tuvo que reforzar la ejecución

⁹ JEQUIER (2015), pp. 199-224.

¹⁰ JEQUIER (2015), pp. 199-224.

de los laudos arbitrales estableciendo que las partes se someterán y estipularán una multa, que, en caso de querer apelar la sentencia, ésta debe ser pagada previamente. Y en el caso en que los litigantes renuncien al recurso, ningún tribunal podrá admitir la reclamación¹¹.

A continuación, la Constitución Política de 1822, se refiere brevemente al arbitraje y crea el Tribunal de Concordia, que tenía como función “[...] conciliar y componer a los litigantes, y, no pudiéndolo conseguir, procurarán se comprometan en hombres buenos: nunca decidirán definitivamente [...]”, según el artículo 191 de la Carta Magna.

Luego, la Constitución Política de 1823 contempló normas relativas al arbitraje, bajo el título de “Juicios Prácticos”. Indicaba que las partes podían ser compelidas en un determinado plazo a designar, ante un juez conciliador o un juez ordinario, a una o dos personas para que resolvieran sus disputas, quienes actuarían como arbitradores si por voluntad de las partes así lo acordaban. En el caso de que así se hubiese acordado, el laudo tenía el carácter de inapelable. En consecuencia, esta es la primera referencia a arbitrajes forzosos en la historia del ordenamiento jurídico de Chile¹².

Cinco años después, en la Constitución de 1828, los denominados juicios prácticos cambian nuevamente a la denominación de Jueces de la Paz, como estaba establecido en la Carta Magna de 1822.

En el año 1833 se dictó una Constitución que no integró normas relativas al arbitraje, sino que solo señaló que se dictaría una ley especialmente encargada de organizar y entregar atribuciones a los Tribunales de Chile. Como resultado, se publicó la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile, donde el Título XI fue dedicado a los jueces árbitros. Ésta disposición es la antecesora de la actual regulación contenida en el Código Orgánico de Tribunales en lo relativo a los jueces árbitros. De esta manera, se consolidó el arbitraje forzoso en la normativa procesal chilena¹³.

Es relevante tener en consideración que el Código Civil de 1855 ya había contemplado el arbitraje en lo relativo a la partición de bienes, sin embargo, la institución en este caso viene revestida de carácter obligatorio. Adicionalmente, el Código de Comercio de 1865, vigente hasta el día de hoy, hace referencia al arbitraje en materia de sociedades colectivas y en lo concerniente a los conflictos entre los socios¹⁴.

En último lugar, el Código de Procedimiento Civil, promulgado en 1902, viene a complementar las normas incorporadas en el Código Orgánico de Tribunales, en adelante COT, desarrollando en el Título IX, Libro III, el juicio arbitral.

En este sentido, el artículo 227 del COT establece qué asuntos deben resolverse obligatoriamente por árbitros. Y se ha sostenido por diversos autores, que el fundamento para

¹¹ JEQUIER (2015), pp. 199-224.

¹² JEQUIER (2015), pp. 199-224.

¹³ ROMERO (1999), pp. 405-430.

¹⁴ JEQUIER (2015), pp. 199-224.

someter estos casos al arbitraje es debido a su complejidad, ya que, requieren de mayor conocimiento en un determinado tema o una discusión especial. Y en directa relación con ello y la necesidad de que el procedimiento sea lo más breve pero profundo posible, obligaría a las partes a excluir a los tribunales ordinarios.

En razón de lo anterior, en el presente trabajo se llevará a cabo un estudio de las ventajas y desventajas que conlleva la implantación de un sistema de arbitraje forzoso, y esencialmente un examen de constitucionalidad que la investigación de la institución requiere.

IV. EL ARBITRAJE FORZOSO: VENTAJAS E INCONVENIENTES

1. Ventajas del Arbitraje Forzoso

El arbitraje es una institución en la cual la autonomía de la voluntad de las partes es lo que prima; se realiza una convención por la cual las partes deciden sustituir la intervención de la justicia ordinaria y pública en un litigio, por una privada.

Son varios los beneficios que otorga el arbitraje; razón por la cual en algunos casos o por simple acuerdo de las partes, se prefiere esta opción.

Las razones principales, entre otras, hacen referencia a la mayor rapidez y flexibilidad que este sistema proporciona, que busca hacer frente a la lentitud que presenta la justicia estatal, muchas veces colapsada y llena de burocracia. El arbitraje ayuda a descongestionar y la rapidez es esencial en él por regla general.

También existe mayor inmediación en la relación que existe entre las partes con el árbitro, debido a que si estas así lo desean pueden involucrarse mayormente en el proceso y, por lo general, el árbitro está más disponible y cercano en comparación a la justicia estatal.

Además, las partes tienen la posibilidad de designar como árbitros a las personas que deseen y consideren más idóneas para el cargo - siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos legalmente - y personas con mayor conocimiento o experiencia en cierta área, lo cual puede ser muy útil cuando se requieren conocimientos más específicos y técnicos en algunas materias.

Existe mayor confidencialidad, lo cual es muy importante, por ejemplo, en casos de empresas o personas con renombre para que los conflictos no se vuelvan de público conocimiento y puedan afectar los intereses de las partes.

Se garantiza el derecho al proceso sin retrasos indebidos al existir un plazo determinado para el pronunciamiento de la sentencia o laudo arbitral, lo cual también demuestra la mayor eficacia y rapidez de la institución.

El arbitraje forzoso es un tipo de arbitraje excepcional, en el cual se prescinde de la voluntad de las partes, al imponer el Estado este método de solución de conflictos.

Cuando se hace referencia al arbitraje forzoso se habla de una distribución de la competencia absoluta por razón de la materia, lo que implica privar al juez ordinario o especial de conocer del asunto y, de ocurrir tal situación, debe declararse de oficio la incompetencia.

Sólo hay arbitraje forzoso a texto expreso de la ley. Este tipo de arbitraje se da específicamente en los casos mencionados expresamente en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales (COT).

“Se ha sostenido por diversos autores nacionales, que las materias que el legislador ha determinado como de arbitraje forzoso, se refieren a asuntos que por su complejidad, requieren una discusión especial, excluyéndose del conocimiento de la justicia ordinaria. La necesidad de que el procedimiento sea lo más corto posible obligaría a las partes, por expresa orden de la ley, a excluir a los tribunales ordinarios”.

En virtud de lo anterior, el fundamento de esta institución atiende a la naturaleza de los asuntos, son casos cotidianos y recurrentes, en los que es de suma importancia la prontitud, un conocimiento técnico especializado, una mayor participación de la voluntad de las partes, etc.

Como menciona el artículo 227 del COT: *“Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:*

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

2° La partición de bienes;

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

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

5° Los demás que determinen las leyes.

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

De acuerdo a lo señalado, se explicará el motivo por el cual el arbitraje forzoso se hace necesario en cada caso.

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

Por regla general, toda división de una comunidad es materia de arbitraje forzoso, es decir, cuando se trata de terminar con el estado de indivisión repartiendo los bienes comunes según cuotas.

Al disolverse la sociedad formada por los cónyuges se forma una comunidad de bienes que debe dividirse entre ellos o sus herederos. Lo anterior también ocurre al disolverse una sociedad colectiva, en comandita civil y en sociedades de responsabilidad limitada de naturaleza civil, caso en el que el caudal social pasa a dividirse entre los socios o sus herederos y, finalmente en la liquidación de comunidades, que se aplica a todo tipo de comunidades, contractuales o cuasicontractuales, por ejemplo, las sociedades de hecho que no llegan a perfeccionarse o son declaradas nulas también son objeto de arbitraje forzoso.

La ley exige que estos casos se resuelvan por arbitraje ya que la partición de comunidades es esencial que se haga de acuerdo a la voluntad de los interesados, en la medida de lo posible, razón por la cual se busca que ellos tengan un rol más activo. El arbitraje les proporciona esto y además una relación más directa con el árbitro mismo.

2° La partición de bienes:

El arbitraje que se constituye en este caso tiene por objeto dividir la comunidad, distribuyendo los bienes que la componen entre los distintos comuneros a prorrata de sus respectivos derechos.

Cabe señalar que debe entenderse de manera restringida esta acepción, en el sentido de que solo hace alusión al caso en el que se le quiere poner fin a la comunidad hereditaria, puesto que ya el número anterior, se refiere expresamente a las comunidades.

Ocurre que los asuntos contemplados en el número 1 y 2 del artículo 227 del COT no requieren necesariamente de un árbitro para resolverse, sólo son de compromiso forzoso cuando la división de la comunidad no se haga de acuerdo por los comuneros, ni la haya verificado el causante en el caso de la herencia. Cabe señalar que la ley autoriza la realización de la partición por el mismo causante de una herencia por acto entre vivos o por testamento y también a los comuneros de cualquier indivisión siempre y cuando se cumpla con los requisitos legales.

Lo que le interesa a la ley es que la partición se haga en la medida de lo posible de acuerdo a la voluntad de los interesados, y es por este motivo que el arbitraje es una vía adecuada.

En el caso en que no hubiera desacuerdo entre las partes, el papel del árbitro sería meramente pasivo. Sin embargo de haber desacuerdo o dificultades entre los interesados, le corresponde resolverlos y dictar una solución obligatoria a las partes.

Es posible entender por lo tanto que la regulación del arbitraje forzoso para este caso es no solo necesaria, sino también beneficiosa para las partes, otorgándoles una mayor participación en la resolución de los conflictos, buscando su realización en lo posible de acuerdo a su voluntad.

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

Todo juicio de cuentas es materia de arbitraje forzoso, sin importar quien deba rendirlas y a qué título deba hacerlo, es decir, cuando existe la obligación de una persona de rendir cuentas y a raíz de esto se produce un litigio (se hacen observaciones), nos encontramos en materia de arbitraje forzoso.

En estos casos se justifica el arbitraje forzoso por la rapidez e intermediación que se requiere, al ser temas de naturaleza compleja y engorrosa.

4° Las diferencias que ocurran entre socios de determinadas sociedades, en los casos de los artículos 415 del Código de Comercio, 4 N° 10 y 125 de la Ley N° 18.046.

Cabe señalar que los casos comprendidos en este numeral no son de arbitrajes absolutamente obligatorios. Sólo lo será en el caso en que en la escritura social se hubiere omitido expresar si tales diferencias deben o no ser sometidas a la resolución de árbitros.

Respecto de las Sociedades Anónimas se han introducido ciertas modificaciones, en virtud de las cuales la obligatoriedad del arbitraje es de carácter subsidiario al acuerdo de las partes, por lo tanto, las partes podrían someter el conocimiento del asunto a la justicia ordinaria para su decisión en este caso. Sin perjuicio que la ley prive de este derecho a ciertas personas en razón de su cargo, o valor de sus acciones.

Sin embargo, de haberse expresado en la escritura social que tales diferencias deben ser sometidas a arbitraje, deberá necesariamente ser cumplido.

Respecto de los casos número tres y cuatro de este artículo existe una excepción que consiste en que igualmente los interesados podrán poner término a los asuntos por sí mismos, si todos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren en el acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil. Por lo tanto, sólo procede el arbitraje forzoso para la situación en que las partes no lo hayan acordado por sí mismas.

Por este motivo, es posible apreciar que el arbitraje forzoso es más restringido en este caso, y que lo que se busca con este es una solución oportuna, permitiendo una mayor participación, de las diferencias que pudieren suscitarse entre socios.

5° Los demás que determinen las leyes:

Existen otros casos que establecen el arbitraje forzoso, entre los cuales se encuentran:

- Arbitraje en las Sociedades por Acciones (SpA) del artículo 411 del Código de Comercio.
- Cuestiones sobre repartición de aguas y ejercicio de derechos en comunidades de agua y asociaciones de canalistas.

En este caso la ley otorga como atribución al directorio de la comunidad o asociación la de ejercer la jurisdicción arbitral, en cuyo caso procede y falla como árbitro arbitrador. Sin embargo, en este caso el directorio estaría actuando como juez y parte, y en el caso en que el presidente del directorio por ministerio de la ley representa a la comunidad, éste debiera excluirse en estos casos de concurrir a formar parte del tribunal arbitral.

- Negociación colectiva en los casos en que está prohibida la huelga y el cierre temporal de la empresa o lock out, y en los casos de reanudación de faenas del artículo 385 Código del Trabajo.

De acuerdo a lo señalado es posible observar que en los casos analizados y establecidos legalmente es más bien restringido el arbitraje forzoso, incluso existe cierta libertad de las partes para poder igualmente en ciertos eventos optar por la justicia ordinaria.

Finalmente, lo que busca esta institución del arbitraje forzoso es ser una vía que permita a las partes participar más activamente en el procedimiento, una solución de conflictos más oportuna y eficaz que evite perjuicios en la demora según a las necesidades o al asunto mismo, en virtud de la naturaleza de la materia.

2. Problemas que plantea el Arbitraje Forzoso

El Arbitraje como institución autónoma, goza de **libertad de las partes** para escoger este procedimiento sobre el jurisdiccional propio del aparato estatal, sin embargo, esto no obsta de tener siempre la oportunidad y el Derecho esencial de someterse ante los tribunales para la solución de controversias. De lo anterior, podemos desprender una serie de problemas con la figura del arbitraje forzoso, siendo una de ellas la obligatoriedad que el legislador impone a las personas para la resolución de conflictos.

a) En lo relativo al desmedro de la potestad Jurisdiccional

Como bien se ha dado a entender, tanto la justicia ordinaria como arbitral tienen igual capacidad de resolución e imposición sobre una decisión tomada para un caso concreto. Aquello, no significa que no existan diferencias sustanciales entre ambas, es más, cabe mencionar como pilar fundamental de este punto, que el *“Estado necesita establecer un conjunto de instituciones predeterminadas llamadas tribunales para llevar a cabo su misión primordial que es resolver conflictos que se presenten en una comunidad desarrollando una especial técnica de discusión y resolución de problemas”*¹⁵. Ahora bien, se desvirtúa esta idea con el artículo 227 del COT y la excepción al principio del artículo 228 del mismo Código en cuanto establece que *“fuera de los casos expresados en el artículo precedente, nadie puede ser obligado a someter al juicio de árbitros una contienda judicial”*. La excepción que establece dicho artículo respecto a la taxatividad de los casos de arbitraje forzoso no es más que un límite a la potestad jurisdiccional del Estado por el poder

¹⁵ VÁSQUEZ (2018), pp. 20 – 21.

legislativo. En otras palabras, se priva a la jurisdicción ordinaria o especial de conocer ciertas materias, por lo que el artículo 227 y 228 se traducen en normas de derecho público sobre competencia absoluta, apreciables de oficio por los tribunales e inderogables por las partes¹⁶.

El arbitraje, puede significar en la mayoría de las ocasiones, un elemento favorable para las partes respecto a la solución de conflictos, sin embargo, aquello no puede negar el libre acceso a la justicia estatal. El solo artículo 228 establece esta idea, la libertad de las partes como elemento propio de la autonomía de la libertad para poder dar acceder a la justicia arbitral, siempre teniendo la opción de ir ante la justicia ordinaria. La propia excepción que establece el artículo 228, no tiene un mayor sentido que dar un sustento para la existencia de los casos taxativos del artículo 227.

Argumentos como la idea de que ayuda a descongestionar la mecánica de los tribunales, son solo respuestas burdas a una falta de justificación de existencia de la institución del arbitraje forzoso. Los tribunales de justicia ordinaria y especiales son por excelencia el eslabón para una respuesta social civilizada de conflictos, el pensar que debiesen existir opciones forzadas para su correcto funcionamiento es no ver un panorama amplio y a futuro. Es innegable la existencia de problemas dentro del poder jurisdiccional, y la presión que aumenta por soluciones expeditas, aumentando la cantidad de conflictos a medida que crece el país. Sin embargo, la solución no debe estar dirigida a descongestionar los tribunales con el arbitraje forzoso, ya que la justicia ordinaria es base para una sociedad desarrollada, en que exista libre acceso a ella sin trabas directas o indirectas como lo es el elemento económico para los privados (Se desarrollará este elemento de forma especial en otro punto). Por lo tanto, el desplazar a los tribunales ordinarios sin dejarlos como opción no debiese darse. Es así como existen otros mecanismos para la agilidad de solución de controversias como lo es la reforma al Código Procesal Civil por un mejor sistema, como se ha hecho respecto del Código Procesal Penal y respecto a los procedimientos especiales al ser más expeditos e inmediatos mediante la oralidad.

b) En lo relativo a la libertad y autonomía de la voluntad como principio fundamental del Arbitraje

“Ambas corresponden a una concepción filosófico-valórica de la persona humana y de la sociedad en donde la primera, por el hecho de ser tal, prevalece sobre la segunda y sobre el Estado como depositario de la soberanía que reside en el pueblo”¹⁷. Aterrizando estos elementos al ámbito procesal, tenemos que entender que su manifestación se encuentra en todo el proceso, solo a modo de ejemplo podemos nombrar la acción deducida en juicio, la contestación, conciliación, desistimiento, etc. Todos como elementos propios que nace de la voluntad de las partes para ejercer o no sus derechos. Ahora bien, prevaleciendo el interés privado, las partes no solo podrán dar inicio a la actividad jurisdiccional, sino que además pueden optar por mecanismos alternativos para la solución de ellos, tales como la transacción o el arbitraje. Es aquí donde tenemos un problema con el arbitraje forzoso.

¹⁶ ROMERO (1999), pp. 414.

¹⁷ JEQUIER (2015), p. 414.

Dicha institución tiene un desfase temporal con la realidad jurídica existente. Es así, que la institución del artículo 227 del COT data de una época medieval en donde se imponía la voluntad del soberano por sobre la voluntad de las partes¹⁸, entendiéndose el porqué del arbitraje forzoso en un mundo donde la división de poderes aún no era clara y existía una total disposición al soberano. Hoy, la realidad es otra y lo cierto es que esta figura ha ido desapareciendo. Así podemos indicar “*que no puede hablarse de un auténtico arbitraje en estos casos, por cuanto con su establecimiento se vulnera la piedra angular en que descansa este instituto, esto es, la autonomía de la voluntad, lo que desemboca en la inconstitucionalidad del mismo*”. Esta corriente de pensamiento, encasilla al arbitraje forzoso como una institución sui generis, la cual se ve reflejada en nuestra legislación, existiendo normas que colisionan con el artículo 227 del COT, buscando sobrepasar su obligatoriedad o dando soluciones sobre la marcha, como ocurre con el DL N° 2695 creando unas verdaderas “Particiones administrativas” para la regularización de la pequeña propiedad raíz para la constitución de dominio sobre ellas frente a la imposibilidad material de muchas personas de acceder al juicio particional por su alto costo¹⁹.

El Código de Comercio en sus artículo 352 n°10 en relación con el artículo 415, establece la posibilidad de no someter los conflictos de la sociedad a arbitraje a diferencia de lo que reza el art 227 n°4.

Art. 352. La escritura social deberá expresar:

N°10. Si las diferencias que les ocurran durante la sociedad deberán ser o no sometidas a la resolución de arbitradores, y en el primer caso, la forma en que deba hacerse el nombramiento.

Art. 415. Si en la escritura social se hubiera omitido hacer la designación que indica el número 10 del artículo 352, se entenderá que las cuestiones que se susciten entre los socios, ya sea durante la sociedad o al tiempo de la disolución, serán sometidas a compromiso.

Podemos apreciar que el legislador ha buscado otras formas de eludir el artículo 227, las cuales no han sido del todo exitosas. Respecto de los artículos del Código de Comercio recién nombrados, ha habido discusión en la jurisprudencia dado que si bien, parece ser que predomina la autonomía de la voluntad sobre las normas de arbitraje forzoso respecto a la solución de conflictos respecto a los socios, lo cierto es que la norma del artículo 227 es de competencia absoluta y de orden público por lo que no se ha hecho sencilla la tarea de sobrepasar esta norma. Así lo ha sentenciado la Corte Suprema en el caso “Capdeville Muñoz, Rosa c/ Plaza Gonzalez, Eulalia y otros”²⁰ declarando la nulidad de todo lo obrado al resolverse un asunto sobre la escritura pública de la Sociedad Educacional Colegio San Benito Limitada por la justicia ordinaria, planteando que la cláusula de escritura pública que permite que el conflicto entre los socios pueda resolverse ante los tribunales ordinarios es nula por ir en contra del art 227 del COT. Por otra parte, como bien señala María Fernanda

¹⁸ JEQUIER (2015), p. 459.

¹⁹ ROMERO (1999), p. 414.

²⁰ VASQUEZ (2028), pp. 495.

Vásquez, en el fallo de la Corte Suprema caratulado “Patricio Favio Martínez Fernández con Jaime Antonio Arriagada Gallardo” si bien se declaró la nulidad de todo lo obrado al percatarse de la existencia de una cláusula arbitral, pero “*si ella no hubiera existido el juicio hubiera concluido ante la justicia ordinaria.*”²¹ Quedando claro los problemas innegables que existen entre la libertad de los privados junto con la autonomía de la liberta para escoger el Arbitraje como aquel que tienen los legisladores al no dar el paso a reformar el art 227 quedando como una cláusula supletoria si nada se dice o derechamente eliminando la institución del arbitraje forzoso.

c) Sobre el Costo Económico Como Límite al Acceso a la Justicia

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos que presenta grandes beneficios, sin embargo, no hay que olvidar que supone necesariamente un costo, el cual se hace más gravoso al ser un arbitraje en una materia enumerada en el artículo 227 del COT siendo, por tanto, forzoso, con lo cual las personas no podrían elegir un medio menos costoso para solucionar esos conflictos.

Siendo como es de importante el libre acceso a la justicia podemos coincidir con el punto de vista del profesor Romero cuando dice “*no entendemos cómo se pretende asegurar la gratuidad de la justicia, obligando a los justiciables a recurrir a una justicia pagada, ello sería como si para reconocer la efectividad al derecho a la salud se obligue a los enfermos a recurrir a las clínicas privadas*”²². ¿Como vamos a poder decir que cualquier persona puede recurrir a la justicia si hay temas en los que forzosamente debe recurrir al arbitraje?; un medio donde, como dice el profesor Bordachar “*...lo cierto es que para acceder a una sentencia de árbitro es necesario contar con dinero*”²³.

Un caso donde se manifiesta el problema que suponen estos costos es en las comunidades hereditarias, las cuales, si se mantienen durante largo tiempo en la indivisión van acumulando intereses. En este caso si alguno de los herederos pide la partición puede ser que el árbitro designado postergue el cobro de sus honorarios hasta el final del proceso, sin embargo, los herederos, aunque dispongan de un plazo de tiempo más largo igual van a tener que pagar. Esto llevaría a la venta de subasta de los bienes comunes si los herederos tienen escasos recursos, ya que sería la única manera que tendría disponible al árbitro para cubrir los costos de la partición²⁴.

El tema de los costos ya es un problema en el caso del arbitraje, sin embargo, adquiere importancia en el arbitraje forzoso ya que las personas no pueden recurrir a otro medio para solucionar las controversias que la ley determina que son de arbitraje forzoso. Por lo tanto, los costos económicos supondrían un límite al libre acceso a la justicia, porque al no poder

²¹ VÁSQUEZ (2028), pp. 496.

²² ROMERO (1999), pp. 414.

²³ BORDACHAR (2014)

²⁴ BORDACHAR (2014)

recurrir a otro medio y no teniendo los recursos para cubrir el medio establecido por la ley, las personas no lograrían tener acceso a la justicia.

V. UNA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARBITRAJE FORZOSO

En este apartado debemos preguntarnos ¿Cuál es la esencial del arbitraje? Consideramos que una respuesta posible es la voluntariedad del arbitraje, es decir, la facultad de las partes de poder decidir si someten el asunto a la justicia ordinaria o arbitral. Esta autonomía de la voluntad es claramente anulada por el arbitraje forzoso previsto en el art. 227 COT. Son casos determinados por ley que obligan a las partes a resolver el conflicto a través de un arbitraje, excluyendo así a la justicia ordinaria del conocimiento del asunto.

Resulta cuestionable la existencia de esta figura en el ordenamiento jurídico chileno, pues a nuestro criterio, su presencia es contrario a los derechos constitucionales actualmente imperantes, según se analizará a continuación.

La Carta Magna de 1980 reconoce y ampara como principio básico la libertad de la persona humana²⁵. En su artículo 1º señala que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. En materia arbitral esta libertad se refleja en la facultad de las partes de decidir sustraer el conocimiento de un litigio presente o futuro de la jurisdicción del Estado, sustituyendo la intervención de un órgano jurisdiccional público por otro privado.²⁶ Sin embargo, el Código Orgánico de Tribunales al establecer materias que imperativamente se deben resolver por medio de la justicia arbitral, despoja a las partes de su libertad constitucionalmente reconocida, y obstruye el libre ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de los justiciables.

En palabras de Eduardo Couture la actividad de dirimir conflicto y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esta función, el Estado no se concibe como tal²⁷. En concreto, el legislador al incluir en la normativa chilena casos de arbitraje forzoso, desliga al poder judicial de su función primera, y deja en manos de los particulares la resolución de sus conflictos.

Uno de los argumentos que se señala en relación a la existencia del arbitraje en cuestión, es la complejidad del asunto, por lo que requiere una discusión especial²⁸. No obstante, este argumento puede llevarnos a una conclusión equivocada, esta es, la incapacidad de la justicia estatal de resolver asuntos de alta complejidad, lo que resulta totalmente desacertado, más aun con la abundante creación de tribunales especiales con competencia en la resolución de asuntos de las distintas ramas del derecho. En suma, este argumento a favor del arbitraje forzoso no parece ser suficiente e incluso incurre en el error.

²⁵ JEQUIER (2011), p. 454

²⁶ ROMERO. (2016), p. 2

²⁷ ROMERO (2016), p. 33

²⁸ BORDACHAR (2014)

Otro argumento a favor son los beneficios que aparta el arbitraje, principalmente tales como, celeridad, especialización del juez, mayor confidencialidad del proceso²⁹. Pero el arbitraje también tiene desventajas, entre las más importantes se encuentra su elevado costo y el carecimiento de la facultad de imperio por parte de los jueces arbitrales. Estas son las mayores diferencias sustantivas con la jurisdicción estatal, las cuales inciden directamente en el derecho de acceso a la justicia, según se verá a continuación.

1. Derecho de Acceso a la Justicia

Resulta indiscutible que el derecho de acceso a la justicia constituye un derecho fundamental de las personas, por ende, inherentes a estas. Como tal, está sujeto a los límites propios de toda garantía constitucional, especialmente nuestra Constitución en su art. 19 N° 26 proscribe que no se podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, es decir, es deber de los órganos del Estado amparar y respetar el núcleo irreductible que constituye a cada derecho o libertad, y que permite identificarlos unos de otros: su núcleo esencial.³⁰ Por lo que, constituye un límite implícito a las competencias otorgadas por el constituyente al legislador para regular, complementar o limitar derechos.³¹

Este derecho es reconocido por la CPR en su art. 19 N° 3, en concordancia con el art. 8 Convención América sobre Derechos Humanos y el art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El profesor Jorge Marabotto lo define como el derecho de toda persona a tener un ámbito en el cual hacer valer el derecho de que se crea asistida y de lograr la satisfacción de éste³². La Corte Interamericana de Derecho humanos en el caso *Cantos v/s Argentina* ha indicado que “Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales...debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención”³³. Así, la norma del art. 227 COT no solo impone costos o dificulta el derecho de acceso a la justicia, sino que invalida completamente el derecho esencial de los ciudadanos de poder acceder a la justicia estatal, determina que la solución de los conflictos enumerados enunciativamente necesariamente debe ser resueltos por un agente ajeno al poder judicial, como lo es un árbitro, el cual según la doctrina no pertenecen en la terminología del art. 5° COT al “orden judicial”.³⁴

El Estado no otorga los medios necesarios para que los particulares puedan resolver los conflictos, evitando la autotutela. Se desliga de uno de sus fines primarios, obligando a las partes a incurrir en los altos costos que implica un arbitraje, o derechamente a perpetuar

²⁹ ROMERO (2016), p. 3

³⁰ BRONFMAN, MARTÍNEZ, ÑUNEZ (2012), p. 454.

³¹ BRONFMAN, MARTÍNEZ, ÑUNEZ (2012), p. 453.

³² MARABOTTO (2003), PRINCIPIO. 291-301

³³ CORTE IDH, CANTOS VS. ARGENTINA, 28 de Noviembre de 2002, párr. 50.

³⁴ ROMERO (2016) p. 60.

situaciones de inseguridad jurídica, como la indivisión³⁵, embarazando el principio de circulación de todos los bienes que establece el mensaje del Código Civil.

Los altos costos del arbitraje implican que las personas más vulnerables no puedan acceder a la justicia, pues se les exige resolver su conflicto jurídico a través de un proceso que no pueden costear. Aunque en el inciso final del art. 227 se vislumbra una posible solución al N° 1 del mismo art., se indica que “los interesados, de común acuerdo, pueden también solicitar al juez que conoce el procedimiento sobre la separación judicial, la declaración de nulidad del matrimonio o el divorcio, que liquide la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales que hubo entre los cónyuges”. Dicho inciso permitiría la intervención de la justicia estatal.

Además, de afectar el derecho de acceso a la justicia, también se afecta la igualdad y la no discriminación arbitraria, puesto que, se produce una diferencia arbitraria con respecto a los demás ciudadanos que pueden optar libremente por la jurisdicción estatal o un proceso arbitral, sin perjuicio de los casos excepcionados del arbitraje.

Otro aspecto relevante a considerar es que los jueces árbitros carecen de imperio en sus decisiones, siendo esta potestad entregada únicamente a la justicia estatal³⁶. El derecho de acceso a la justicia no solo incluye la posibilidad de plantear una cuestión ante los tribunales, sino que también se extiende a la efectiva protección y cumplimiento de lo resuelto en sede jurisdiccional. El inconveniente recae en la obligatoriedad del arbitraje, puesto que, en virtud del artículo 635 CPC, si la parte vencida incumple el laudo arbitral, la parte vencedora deberá recurrir a la justicia ordinaria exigiendo su ejecución, lo que dilata la tutela efectiva de sus derechos. Agregar a lo anterior, si se requieren medidas cautelares, para las cuales también se deberá solicitar el auxilio de la justicia estatal, pues el arbitraje aún no se encuentra constituido, por ende, carece de competencia para su dictación.

En definitiva, el derecho fundamental de acceso a la justicia que confiere a toda persona la posibilidad real de acceder igualitariamente a la justicia no siendo sus derechos limitados³⁷ a través de exigencias legales, es ampliamente vulnerado por la institución del arbitraje forzoso, dejando a las partes en una situación de mayor desmedro de sus derechos.

2. Libertad Personal

En el ámbito del derecho procesal, la libertad personal es la facultad personal de actuar sin influencia externa que condicione nuestra conducta, así señala Miguel Carbonell: “*será libre quien no esté sujeto a ningún poder, no solamente a ningún poder jurídico sino a ninguna otra forma de poder, es decir a cualquier tipo de influencia o terminación de su conducta*”³⁸. Siguiendo con el concepto de libertad, hay dos tipos de libertades. En primer lugar, libertad en sentido negativo, esta hace referencia a la posibilidad que tienen las personas de actuar o

³⁵ BORDACHAR (2014)

³⁶ ROMERO (2016), p. 5.

³⁷ AGUIRRÉZABAL (2013), pp. 295-308.

³⁸ CARBONELL (2004), p. 275.

no, sin que hayan sido obligados para hacerlo, y además sin ningún impedimento al efectuar alguna conducta. En segundo lugar, la libertad en sentido positivo, esta se ejerce a través de la voluntad personal, mediante el libre albedrío de las personas, basado siempre en la autonomía de la voluntad que permite decidir actuar o no.

Mediante la figura del arbitraje forzoso, la libertad del individuo resulta afectada tanto en su manifestación positiva como negativa; la primera, por cuanto el Estado obliga en determinados casos a las personas a seguir este único camino heterocompositivo, aun contra su voluntad y autonomía y no obstante tratarse de derechos e intereses esencialmente privados, por ende disponibles³⁹, y la segunda, ya que el Estado veda el acceso a los tribunales de justicia estatales y, prescinde la voluntad de las partes, en relación a si consienten o no en la formación de un arbitraje.

En virtud del art. 5 CPR, los órganos del Estado en el ejercicio de sus potestades tienen como límite el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En efecto, el legislador en el ejercicio de sus facultades tiene el deber de resguardar los derechos fundamentales de las personas. Al regular la figura del arbitraje forzoso va más allá de su competencia, afectando de esta manera el derecho esencial de la libertad personal. La regulación que provee el legislador debe ir acorde a los principios que fundamentan el proceso, una vulneración a dichos principios es contrario a derecho y deriva necesariamente en la inconstitucionalidad de la norma, en este caso el art. 227 del COT y demás disposiciones concordantes a consecuencia del numeral 5º de la disposición.

El fundamento del arbitraje esta precisamente dado por la libertad y la autonomía de la voluntad⁴⁰ de las partes que deciden libremente someter la resolución del conflicto a un arbitraje. El Tribunal Constitucional Español ha indicado “*la autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje*”⁴¹. Resulta evidente que la norma del art. 227 COT vulnera el derecho fundamental de la libertad individual y la autonomía de la voluntad, pues el legislador prescinde de estos elementos y ordena por ley la constitución del arbitraje.

En materia procesal civil, la libertad personal se refleja directamente en uno de los principios rectores del procedimiento: principio dispositivo. Son las partes quienes inician el proceso y fijan el objeto de este, en virtud de su autonomía. También se define como un derecho exclusivo de las partes de proponer el proceso y de pedir la tutela jurisdiccional por los propios interesados⁴². Las partes gozan de la libre disponibilidad del derecho o interés de que

³⁹ JEQUIER (2011), p. 464.

⁴⁰ HERRERA DE LAS HERAS (2012), pp. 175-193.

⁴¹ HERRERA DE LAS HERAS (2012), pp. 175-193.

⁴² HUNTER (2010), pp. 152.

controviene⁴³, esto es posible gracia al derecho constitucional de propiedad reconocido en el art. 19 N° 24 CPR, el cual consagra el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, entre estos últimos se incluye el derecho que tienen las partes de un proceso para iniciarlo ante el órgano judicial, y luego disponer de él a través de los distintos actos procesales. En efecto, la manifestación más evidente de este principio fundamental es facultad de las partes de iniciar un proceso para la resolución del conflicto ante el órgano jurisdiccional, y no impuesta una forma alternativa de resolución del conflicto, si no se es pretendida. En otras palabras, solo al titular del derecho subjetivo le compete discernir, sobre criterios de oportunidad, si desea tutelar jurisdiccionalmente tal derecho dando inicio a un proceso por medio del ejercicio de la acción⁴⁴.

En consideración al derecho de acción, este es un fundamento esencial dentro de la jurisdicción del proceso, considerando la definición de acción por el profesor Couture: *"poder jurídico que tiene el individuo de dirigirse a los órganos de la jurisdicción"*⁴⁵. Entendiendo poder como derecho, el cual faculta a todos los ciudadanos de acudir a los órganos jurisdiccionales competentes en base una respectiva petición para luego acreditar en una sentencia decretada por un juez. Por lo tanto, al considerar el arbitraje forzoso parte del proceso, este vulnera el derecho de acción de las partes, ya que estas no actúan con su respectiva voluntad, sino que se les impone la figura del juez árbitro, para solucionar la controversia. Así se señala Marinoni: *" el derecho de acción es el derecho a la efectiva y real viabilidad de la consecución de la tutela del derecho material (que) tiene como corolario el derecho a influir sobre el convencimiento del juez (y) exige la estructuración de técnicas procesales idóneas"*⁴⁶. Al señalar la influencia de las partes en el juez, dentro del ámbito petitorio ya sea acción y excepción, el juez solo debe hacer referencia a lo establecido por las partes, las cuales han acudido a través del principio dispositivo a un juez natural que garantiza el debido proceso establecido en el art. 19 N° 3 de la Constitución Política, en sentido contrario, si se impone la figura del juez este no garantiza el derecho de acción anteriormente mencionado.

En suma, el principio de autonomía de la voluntad es un aspecto relevante e inicial del arbitraje forzoso, siendo entonces uno de los principios inspiradores de este y que la Constitución lo ampara en su artículo 1°. Por lo tanto, el arbitraje depende de la facultad de las partes para optar o no a ello. En aspecto constitucional es necesario destacar que forzar a las partes a esta figura jurídica del arbitraje, es contrario a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico específicamente a la libertad de las personas de decidir o no por este método privado de solución de conflictos. Además, es contrario a la naturaleza misma del arbitraje, la cual recae en la autonomía de la voluntad de las partes de iniciar el proceso arbitral. Así, se afecta de manera insoslayable el derecho de acción y el principio fundamental del proceso, como lo es el principio dispositivo de las partes.

⁴³ HUNTER (2010) p. 150.

⁴⁴ HUNTER (2010) pp. 153.

⁴⁵ COUTURE (2010) p. 57.

⁴⁶ MARINONI (2007) p. 1383.

VI. CONCLUSIONES

1. Teniendo en cuenta que, en sus inicios, el arbitraje era utilizado como una institución voluntaria para la resolución de conflictos en la época arcaica, con el pasar de las épocas este mecanismo ha sufrido varios cambios en su funcionamiento. Como se dijo con anterioridad, fue en la época arcaica donde encontramos sus orígenes como un mecanismo cimentado sobre la voluntad de las partes para someterse a la decisión de un tercero. Pero, el fin del proceso bipartito, también significó el fin de la voluntad de someterse a la decisión de un tercero que haga de árbitro.

2. Más adelante, la Novísima Recopilación, la figura del árbitro se consolidó y adquirió forma de justicia ordinaria y con ello la posibilidad de recurrir a la sentencia. Pero no fue sino hasta el año 1812 con la aparición de la Constitución de Cádiz que el arbitraje no sería tomado en cuenta como un derecho esencial y a su vez como un medio alternativo para resolver disputas, provocando con ello que las sentencias arbitrales adquiriesen fuerza obligatoria y su eventual ejecución. Los demás cuerpos legales de la época como la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil vinieron no solo a reforzar la existencia del laudo arbitral, sino que además trajeron consigo la distinción entre los árbitros de derecho y los árbitros de equidad.

3. Nuestra Constitución a lo largo de su existencia y en sus diversas versiones, no ha dedicado especial importancia a la institución del arbitraje. Pero no se puede negar que en algunas de sus redacciones, de alguna u otra forma, se ha hecho cierta referencia a dicha institución, generalmente alterando su nombre y en pocas ocasiones a sus funciones. Con lo anterior, se puede inferir que la Constitución, al no hacerse expresamente cargo del arbitraje, lo deja entregado a la legislación ordinaria.

4. Dentro de las ventajas que ofrece el arbitraje, como un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, cabe destacar como la principal el hecho de que otorga una mayor rapidez y flexibilidad, esto a raíz de que la misma legislación es la que ha determinado un plazo máximo dentro de la cual el árbitro ha de adoptar alguna decisión.

5. Sin embargo, en los casos de arbitraje forzoso, cuando la sentencia no es favorable para alguna de las partes y existe alguna duda es posible recurrir a la justicia ordinaria mediante los recursos de apelación y casación en el fondo, pero se transforma en un proceso de lato de conocimiento, por lo que el arbitraje perdería su ventaja de ser un mecanismo de resolución de controversias rápido y flexible.

6. También se ha señalado como una ventaja la inmediatez existente por parte del juez en el arbitraje forzoso. Esto se daría producto del hecho de que son las mismas partes las que en la mayoría de los casos determinan quién será el juez. De acuerdo con lo anterior podemos ver que al existir estos beneficios que las partes pueden designar el juez por su experticia en alguna materia y la relación de proximidad que tienen se podría llegar a una situación de

parcialidad en donde ambas partes podrían salir beneficiadas por un acuerdo anterior entre ellas.

7. Bien se sabe que la confidencialidad es una ventaja que sirve más para las empresas que para los particulares mismos. Esta cualidad es necesaria para que las empresas no se vean afectadas más allá de los efectos producidos por la misma sentencia, evitando con ello que los intereses de los particulares, radicados en la empresa, se vean perjudicados.

8. Pero, aun cuando sean las empresas, sociedades u organizaciones las que más beneficiadas se vean con esto, no deja de ser una posible herramienta que permita a los particulares provocar un fraude de ley. Esto claro, porque la misma ley establece casos en los cuales es necesario el sometimiento a un árbitro. Si las partes han decidido con anterioridad celebrar alguna especie de contrato mediante el cual ambas obtengan lo que quieran, luego podrán utilizar el arbitraje para obtener por parte de la justicia una especie de justificación legal de sus acciones. Todo esto se vería envuelto en la confidencialidad que emana por parte del proceso arbitral, lo que hace más complejo y engorroso el poder obtener la información necesaria para desarticular el fraude.

9. Del mismo modo en que se han destacado algunas ventajas provenientes del arbitraje, también se pueden destacar algunas desventajas que esta institución trae consigo. Como se mencionó anteriormente, el arbitraje forzoso conlleva consigo la vulneración de la autonomía de la voluntad, pilar fundamental del arbitraje. El hecho de que exista arbitraje, aunque a veces obligatorio, no puede negarse el derecho esencial a poder acceder a la justicia ordinaria. De lo contrario, la libertad personal se vería mermada en parte por el mismo Estado, quien es el responsable tanto de velar por el respeto de los derechos como por las leyes que los defienden.

10. Otra desventaja mencionada con anterioridad fue el costo que trae consigo el arbitraje forzoso, destacando que las personas no pueden optar un mecanismo más económico para las partes. Efecto que se produce de la afectación del derecho de libertad que supone el arbitraje forzoso.

11. Cabe destacar que estas desventajas son las mismas que traen consigo otro problema, la inconstitucionalidad del arbitraje forzoso. Si bien, podemos tener en cuenta que la Constitución de la República y el Código Orgánico de Tribunales determinan como tribunales competentes aquellos que la ley establezca con anterioridad a la celebración del acto, de manera que los arbitrajes forzosos, establecidos por ley, no tendrían problema. Así mismo, también se establece en nuestra ley fundamental la igual protección de la ley en el ejercicio de nuestros derechos. Esto último, supone un problema para la existencia del arbitraje forzoso, puesto que, al ejercitar nuestro derecho de poder acceder a la justicia ordinaria por medio de nuestra libertad personal, nos vemos obligados a someternos a un árbitro que en ciertas ocasiones no sería deseado por las partes por las desventajas que esto conlleva. Con esto, las partes verían seriamente afectado su derecho de libertad al no poder

optar por acceder a la justicia ordinaria que la misma constitución defiende, teniendo que elegir entre velar por el respeto del derecho de libertad personal y de acceso a la justicia que ella misma consagra u optar por fortalecer el sistema de arbitraje forzoso como reemplazo de la justicia ordinaria. Estos problemas no han quedado de lado en nuestro ordenamiento, y por ello mismo, se ha tratado de paliar, aunque sea un poco, por medio de nuevas medidas y decisiones derivadas, casi en su mayoría de la jurisdicción emanada de la Corte Suprema, aunque todas ellas no han logrado un buen resultado.

12. En conclusión, se puede inferir que pese a la evolución que ha tenido el arbitraje como institución, aun trae consigo problemas que, por lo menos dentro de nuestro ordenamiento, son de vital importancia puesto que conllevan consigo la vulneración de algunos derechos esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional. Todo esto, se debería a la existencia en mayor cantidad de desventajas que ventajas. Si bien se ha tratado de solucionar por distintos medios, no se ha logrado todavía resultados favorables que se vean plasmados en cambios importantes para la solución del conflicto que produce la existencia de un arbitraje forzoso que en realidad no debiera de existir.

VII. BIBLIOGRAFIA CITADA

AGUIRRÉZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2013). Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia. Revista Chilena de Derecho Privado, N° 20. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchdp/n20/art17.pdf> [Fecha de consulta: 25 de julio de 2018]

AYLWIN AZÓCAR, Patricio (2004). El juicio arbitral. Santiago: Editorial Thomson Reuters.

BORDACHAR URRUTIA, Rodrigo (2014). Arbitraje forzoso y acceso a la justicia. El Mercurio Legal, 20 de marzo de 2014. Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Opinion/2014/03/20/Arbitraje-forzoso-y-acceso-a-la-justicia.aspx>. [Fecha de consulta: 23 julio de 2018]

BRONFMAN VARGAS, Alan; MARTÍNEZ ESTAY, Jose Ignacio; ÑUNEZ POBLETE, Manuel, (2012). Constitución Política Comentada: Parte dogmática, doctrina y jurisprudencia. Santiago: Editorial Abeledo Perrot.

COUTURE, Eduardo (2010). “Fundamentos del Derecho Procesal”. Montevideo. Editorial Roque Depalma.

COUTURE, Eduardo (2014). “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”. Editorial Montevideo: B De F

HERRERA DE LAS HERAS, Ramón (2012). La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo. Revista de Derecho. Vol. XXV- N° 1 – Julio 2012. pp. 175-193. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v25n1/art08.pdf> [Fecha de consulta: 23 julio de 2018]

HUNTER AMPUERO, Iván. El principio dispositivo y los poderes del juez. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2010, n.35. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512010000200005 [Fecha de consulta: 31 julio de 2018]

JEQUIER LEHUEDE, Eduardo (2011). El Arbitraje Forzoso en Chile (Un Examen De Constitucionalidad En El Ordenamiento Jurídico Chileno). Estudios Constitucionales, Año 9, N° 2, 2011, pp. 453 – 498 Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200012 . [Fecha de consulta: 23 julio de 2018]

JEQUIER LEHUEDE, Eduardo (2015). “Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile: Planteamientos para una revisión estructural impostergable”. *Ius et Praxis* [online], vol. 21, N°2, pp. 199-224. Disponible en http://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122015000200006&Ing=es&nrm=iso. [Fecha de consulta: 22 de julio de 2018].

MARABOTTO, Jorge (2003). “Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 291-301. Disponible en <https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/116AccesoalajusticiayDDHH.pdf> [Fecha consulta: 25 de julio de 2018]

MARINONI, Luiz Guilherme. El derecho fundamental de acción en la constitución brasileña. *Bol. Mex. Der. Comp.* [online]. 2008, vol. 41, n.123. pp.1371-1402. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v41n123/v41n123a8.pdf> [Fecha consulta: 31 de julio de 2018].

MERINO MERCHÁN, José Fernando (2013). “Configuración de arbitraje intrasocietario en la Ley 11/2011”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°29, pp. 95-132. Disponible en http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1248367026092/_/1284253641062/Redaccion. [Fecha de consulta: 22 de julio de 2018].

ROMERO SEGUEL, Alejandro (1999). “Nociones generales sobre la justicia arbitral”. *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26 N°2, pp. 405-430.

ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio (2016). *El arbitraje interno y comercial internacional (parte general)*. Santiago: Editorial Ediciones Universidad Católica de Chile.

VASQUEZ PALMA, María Fernanda (2009). “Arbitraje En Chile: Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencial”. Santiago: Editorial Legal Publishing Chile

VASQUEZ PALMA, María Fernanda (2018). “Tratado De Arbitraje En Chile Arbitraje Interno e Internacional”. Santiago: Editorial Legal Publishing Chile

VILLALBA CUÉLLAR, Juan Carlos y MOSCOSO VALDERRAMA, Rodrigo Andrés (2008). “Orígenes y panorama actual del arbitraje”. *Prolegómenos: Derechos y Valores*, vol. 11, N°22, pp. 141-170. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87602210> [Fecha de consulta: 22 de julio de 2018].

NORMAS CITADAS

Constitución Política de la República de Chile. Sancionada y promulgada en 30 de octubre de 1822.

Código Orgánico de Tribunales. Diario Oficial, 19 de mayo de 1981.

Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial, 30 de agosto de 1902