

EL CONTROL JURISDICCIONAL EN EL ARBITRAJE:
UN ANÁLISIS COMPARATIVO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DE ESPAÑA Y CHILE

Jurisdictional control in arbitration:
A comparative analysis of the legal systems of Spain and Chile

CONSTANZA LEÓN MONTERO¹
Universidad del Alba

RESUMEN

En el presente trabajo se efectúa un estudio microcomparativo de los sistemas español y chileno con el objetivo de determinar si la regulación chilena respeta el principio de mínima intervención, especialmente en lo referido al régimen de impugnación. En atención a que el sistema chileno establece un control amplio del laudo, se propone un sistema de impugnación similar al español, el que es más respetuoso al principio aludido.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje doméstico, sistemas alternativos de resolución de conflictos, intervención mínima.

ABSTRACT

This paper offers a microcomparative study of the Spanish and Chilean systems in order to determine whether the Chilean regulation respects the minimum intervention principle, especially with regard to the appeal system. Since the Chilean system establishes a broad control of the arbitration award, an appeal system similar to the Spanish one is proposed, which is more respectful of the aforementioned principle.

KEYWORDS

Domestic arbitration, alternative dispute resolution systems, minimum intervention.

1. Introducción

De un tiempo a esta parte, en Chile se ha discutido la necesidad de reformar la justicia civil, el único sistema procesal que ha permanecido prácticamente intacto desde la promulgación del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC). Esta circunstancia obliga a reconsiderar todas aquellas instituciones afines al proceso civil, especialmente los sistemas alternativos de resolución de conflictos, dentro de los cuales se incluye naturalmente el arbitraje. El replanteamiento de su configuración es necesario con miras a concebir una regulación armónica, tanto a nivel de los principios que inspiran al “nuevo proceso civil” —como la oralidad, intermediación y concentración—, así como de las tendencias comparadas en la estructura de los mecanismos alternativos.

Si bien el legislador procuró modernizar el arbitraje internacional mediante la Ley de Arbitraje Comercial internacional de 2004 (en adelante, LACI), el arbitraje doméstico quedó relegado a un segundo plano, disperso en distintos cuerpos normativos. A mayor abundamiento: *“La legislación arbitral chilena se remonta al año 1875 (LOT), la que luego se refunde en el Código Orgánico de Tribunales de 1943; por su parte, el Código de Procedimiento Civil (1902) hará lo propio con el “procedimiento arbitral”, ambos bloques normativos son complementados con alguna normativa aislada que trata el arbitraje ya sea para referirse a él como un mecanismo de*

¹ Profesora de la Universidad del Alba, Chillán, Chile. Máster en Estudios Jurídicos Avanzados, Universitat de Barcelona. Correo electrónico: constanza.leon@udalba.cl. Agradezco desde ya las observaciones efectuadas en su oportunidad por el Dr. Francisco Ortego Pérez, así como las realizadas por el par revisor, puesto que los comentarios proporcionados me ayudaron a mejorar el texto.

resolución de controversias, o bien, para realizar precisiones concretas sobre determinadas materias. Esta realidad provoca una paradoja en el sistema arbitral chileno, pues mientras ha existido una preocupación constante en aras de modernizar el arbitraje en sede internacional, el interno está en completo abandono desde hace más de un siglo”².

Por el contrario, el legislador español pasó de una completa desconfianza hacia esta figura a cierta operatividad autónoma. Antes de que se dictara la Ley S/N/1953, de 22 de diciembre, por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado (en adelante, LADP)³, existía una desconfianza hacia la labor del árbitro, dado que se encontraba arraigado en el inconsciente colectivo que la labor jurisdiccional era de ejercicio exclusivo del Estado. Es por este motivo que existía un fuerte control sobre el laudo, como es el caso del recurso de apelación, que habilitaba a una nueva revisión de lo discutido. Pues bien, mediante la LADP se establecía un sistema limitado de impugnación, el que solo contemplaba el recurso de casación para el laudo dictado por el árbitro de derecho, sea por infracción de ley o quebrantamiento de la forma (art. 28 LADP). En el caso del árbitro de equidad, solo procedía el recurso de nulidad, sea porque el árbitro dictó el laudo fuera de plazo o resolvió sobre asuntos no sometidos a su decisión, entre otras infracciones (art. 30 LADP)⁴.

Con posterioridad, y con el objeto de superar las carencias de la normativa anterior, se promulga la Ley 36/1988 de arbitraje (en adelante, LA 1988)⁵. Una de las novedades que presentó este cuerpo normativo fue el reconocimiento del recurso de anulación del laudo (arts. 45 y ss. LA 1988), que procedía, al igual que en la regulación actual, por motivos tasados, ya fuera por infracción de garantías procesales⁶ o por cuestiones sustantivas⁷. No obstante, se trataba de una acción, empero del rótulo de “recurso”, puesto que este mecanismo no implicaba un nuevo estudio de lo juzgado, a pesar de que su interposición constituía un obstáculo a la firmeza del laudo⁸.

Por último, la Ley 60/2003 de arbitraje (en adelante, LA), actualmente vigente, adopta un régimen monista, en el entendido que, tal como lo menciona la Exposición de Motivos de la referida normativa, “*aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base (...) de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa*”. Para cumplir con dicho propósito, el legislador español traspuso las recomendaciones otorgadas por la Ley Modelo de la UNCITRAL, la que reconoce el principio de mínima intervención⁹ y consagra un medio de impugnación acorde a dicha directriz. Retomaré este último punto en el apartado tercero.

2. Autonomía de la voluntad y su vínculo con el principio de mínima intervención

La piedra angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad, entendida como “*el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas*”¹⁰. De esta forma, los particulares cuentan con una amplia posibilidad de regular no solo sus vínculos jurídicos, sino también la forma en la que solucionan sus controversias. En efecto, si las partes son realmente titulares de sus derechos subjetivos disponibles, libres en consecuencia para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en torno a ellos e incluso para renunciar a los mismos en conformidad a la ley, nada impide que sean ellas también, con igual

² VÁSQUEZ (2018), p. 42.

³ Derogada por la Ley 36/1988 de arbitraje.

⁴ SERRA (1969), p. 610.

⁵ Derogada por la Ley 60/2003 de arbitraje.

⁶ Por ejemplo, la incongruencia por omisión o excesiva.

⁷ Como la nulidad del convenio arbitral.

⁸ FONT (1989), p. 375.

⁹ Art. 5 Ley Modelo UNCITRAL: *En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.*

¹⁰ DE CASTRO Y BRAVO (1985), p. 13.

libertad, quienes decidan resolver sus conflictos por medios distintos a los establecidos orgánicamente y de manera permanente por el Estado¹¹.

En ese orden de ideas, los particulares pueden optar entre la autocomposición —es decir, que son las propias partes las que llegan a un acuerdo— y la heterocomposición —un tercero con poder decisorio e imparcial es el que toma la decisión—. Precisamente, el arbitraje se subsume en este último punto, en el entendido que los particulares optan por sustraer el conocimiento de un asunto de la justicia ordinaria para que sea conocido por un privado. En el caso que nos interesa, el acuerdo se materializará, sea en un convenio arbitral, sea en un contrato de compromiso o mediante una cláusula compromisoria. A partir de ahí, los contratantes dotarán al acuerdo de diverso contenido, como la determinación de los sujetos árbitros; la conformación de las normas del procedimiento —siempre que se respeten los principios de igualdad, audiencia y contradicción—; el lugar en que se desarrolla el litigio; la salida del arbitraje y el retorno a la jurisdicción¹².

De esta suerte, *“la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un ‘equivalente jurisdiccional’, dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (...). En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio»* (STC 1/2018, de 11 de enero, FJ 3). Porque —como también se ha explicado— *«el arbitraje en cuanto equivalente jurisdiccional, se sustenta en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral. Es ‘un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)’* (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1)¹³.

Más aún, se ha sostenido que este derecho no se fundamenta en el artículo 24 de la Constitución española¹⁴, sino en el art.10 de dicho cuerpo normativo, referido a la dignidad y autonomía de la persona. En concreto, *“el arbitraje es un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente lo vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento. Este modo de comprender la naturaleza jurídica del arbitraje permite configurar adecuadamente como características esenciales de esta institución la neutralidad, la prevalencia de la autonomía privada y el establecimiento de una intervención judicial limitada y reglada, fundada, a su vez, en el principio de Kompetenz-Kompetenz y en la presunción en favor de la correcta actuación del órgano arbitral en cuanto a los límites y ejercicio de sus facultades decisorias”*¹⁵.

Volviendo a las fuentes voluntarias del arbitraje, aunque se ha dicho que el convenio arbitral solo produce efectos procesales, esto no es del todo correcto, pues se trata de una figura dual, en la medida que *“a la vez que prepara el terreno para la celebración de nuevos acuerdos (con los árbitros y/o con el Centro de Arbitraje) genera al mismo tiempo obligaciones que se traducen en diversas prestaciones positivas y negativas para los cocontratantes”*¹⁶. En efecto, del convenio arbitral derivan dos consecuencias: una positiva, a través de la cual se confiere competencia a un juez árbitro o a un tribunal arbitral para conocer de un asunto litigioso (de la que ya he hablado); y una negativa, *“que comporta la exclusión de la intervención de los tribunales de justicia”*¹⁷.

¹¹ JEQUIER (2011), p. 457.

¹² BARONA (2018), p. 127.

¹³ STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021.

¹⁴ Referido a la tutela judicial efectiva.

¹⁵ STC 1/2018, de 11 de enero de 2018.

¹⁶ GONZÁLEZ (2019), p. 6.

¹⁷ FERNÁNDEZ et al. (2018), p. 104.

Precisamente, esta última consecuencia se traduce en el principio de mínima intervención, reflejado en el art. 7 LA, el que establece que *“en los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”*¹⁸.

A mayor abundamiento, *“la institución arbitral –tal como la configura la propia Ley de arbitraje– es un mecanismo heterónomo de resolución de conflictos, al que es consustancial la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes (art. 10 CE), que han decidido en virtud de un convenio arbitral sustraer de la jurisdicción ordinaria la resolución de sus posibles controversias y deferir a los árbitros su conocimiento y solución, que desde ese momento quedan vedados a la jurisdicción”*¹⁹.

A partir de lo anterior, esta directriz se analiza desde dos puntos de vista: el del tribunal y el de las partes: En el primer caso, el principio se traduce en que los tribunales deben contenerse de conocer todos aquellos asuntos que hayan sido sometidos a arbitraje, sin perjuicio de la facultad para examinar aquellas cuestiones en las que el árbitro carezca de competencia²⁰. Desde el punto de vista de las partes, estas se obligan a ejercitar sus pretensiones ante un tribunal arbitral, de modo que la interposición de la demanda ante un órgano distinto supone el incumplimiento de lo pactado²¹. En caso de que una de ellas promueva la contienda en un tribunal distinto al arbitral, la perjudicada cuenta con la opción de alegar la existencia del convenio mediante declinatoria (art. 63. 1 LEC). En el caso chileno, se deberá promover la excepción de incompetencia.

En otros términos, el objetivo de la sumisión a la justicia arbitral es impedir el ejercicio de una acción en otro proceso, sea estatal o arbitral²². Esta idea no es más que una manifestación de la excepción de litispendencia, por cuanto no es posible ventilar dos o más juicios que versen sobre el mismo asunto, afecten a las mismas partes y en los que se alegue idéntica causa de pedir, todo ello con el fin de evitar fallos contradictorios. Si la parte no interpone esta excepción, se entiende que renuncia tácitamente a la vía arbitral²³.

Volviendo al principio de mínima intervención, en el sistema español existe una declaración legal que ordena la no intervención judicial en el arbitraje, salvo en los casos establecidos por el legislador²⁴. No obstante, de la lectura conjunta de los arts. 7 y 8 LA se infieren dos tipos de intervención: posible y necesaria²⁵.

¹⁸ En efecto, el art. 8 LA señala:

“1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.

2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.

3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado.

6. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios.”

¹⁹ STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021

²⁰ CABALLOL (1997), p. 15.

²¹ GONZÁLEZ (2019), p. 9.

²² MERINO Y CHILLÓN (1988-1989), p. 240.

²³ La ley de 1988 trataba la sumisión a arbitraje como excepción. Por tanto, debía alegarse en el escrito de contestación. En cambio, en la LA actual debe alegarse dentro de los primeros 10 días del plazo para contestar la demanda (CORDÓN (2005), p. 138).

²⁴ BARONA (2018), p. 160.

²⁵ Son aquellas situaciones en las que los tribunales controlan a la justicia privada por expreso mandato legal.

La primera apunta a la cooperación de la justicia estatal con el propósito de asegurar la eficacia del arbitraje y de la tutela de los derechos en disputa. El fundamento de la intervención posible radica en el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el art. 24 CE, puesto que por medio de la labor de apoyo el árbitro estará en mejores condiciones de resolver adecuadamente un caso. Por otra parte, existen actuaciones que les están vedadas a los árbitros dado que, de conformidad al art. 117.3 CE, estos carecen de la facultad de imperio. De esta suerte, si concebimos el trabajo de los tribunales como un soporte que concreta el derecho a la tutela judicial efectiva, la intervención de estos resulta útil.

A partir de lo expuesto, resulta aconsejable que existan hipótesis en que los tribunales asistan a la labor realizada por los árbitros, sea porque las partes lo solicitan, sea porque el propio árbitro lo requiere. En ese sentido, el diseño del apoyo puede adoptar dos formas: por una parte, un modelo de intervención flexible, es decir, que formula una regla general que habilite la intervención del tribunal—como el caso suizo²⁶—. Por otra parte, se puede diseñar un sistema de intervención taxativo, en el que la justicia estatal solo interviene en materias específicas—que es la vía adoptada por el ordenamiento español²⁷—. Dentro de este grupo se subsume el nombramiento o remoción del árbitro (art. 8.1 LA); la asistencia en la práctica de pruebas (art. 8.5 en relación al art. 33, ambos de LA) o la adopción de medidas cautelares (art. 8.3 LA).

En cuanto al segundo tipo de intervención, su versión ideal se formula “*como un principio de pasividad judicial desde el inicio del arbitraje hasta el laudo definitivo*”²⁸. Esto se debe a que el sistema jurídico homologa los efectos del laudo a los de una sentencia dictada por un tribunal, esto es, le reconoce fuerza ejecutiva y cosa juzgada. Precisamente, son esos efectos los que justifican la existencia de un control sobre la resolución dictada por el árbitro, ya no sobre el fondo del asunto, sino más bien respecto la observancia de garantías mínimas tanto en la tramitación del proceso como en la dictación de la sentencia²⁹.

Así, los supuestos de intervención necesaria reconocidos por el legislador son los siguientes: a) ejecución forzosa del laudo (art. 8.4 LA); b) acción de anulación del laudo (art. 8.5 LA); y c) el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros (art. 8.6 y 8.6 párrafo segundo LA, respectivamente).

Por su parte, y a diferencia de la situación española, la legislación chilena carece de una regulación orgánica del arbitraje doméstico. Esto se debe a que las normas referidas a esta institución se encuentran dispersas en dos cuerpos normativos como son el Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT) y CPC.

En un esfuerzo por sistematizar los casos de intervención jurisdiccional, empleo el mismo criterio usado en el sistema español. De esta suerte, la legislación chilena considera los siguientes escenarios de intervención posible de la jurisdicción sobre el arbitraje: a) nombramiento de árbitros (art. 232 inc.2 COT); b) práctica de determinadas pruebas (art. 633 CPC); y c) adopción de medidas cautelares. Curiosamente, es posible incorporar en esta categoría la ejecución del laudo, dado que el interesado puede efectuar la solicitud ante el árbitro que lo pronunció—si es que no está vencido el plazo por el que fue nombrado— o ante el tribunal estatal correspondiente (art. 635 inc.1 CPC).

En cuanto la intervención necesaria, el legislador reconoce la injerencia de la justicia estatal en lo que se refiere a a) la ejecución forzada del laudo (art. 635 CPC) y b) la aprobación de la sentencia arbitral (art. 400 del Código Civil y art. 666 CPC).

Excluí expresamente la regulación de los medios de impugnación en Chile de este binomio, puesto que merece un tratamiento especial. En ese sentido, y para delimitar el objeto de estudio de este trabajo, me abocaré al estudio de los medios de impugnación tanto en España

²⁶ Si la cooperación de la autoridad judicial es necesaria en otros casos, se requerirá el concurso del juez de la sede del tribunal arbitral (Art. 185 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado).

²⁷ FERNÁNDEZ et al. (2018), p.107.

²⁸ FERNÁNDEZ et al. (2018), p. 106.

²⁹ GONZÁLEZ-MONTES (2009), p. 12.

como en Chile. El primero será analizado en el apartado tercero, mientras que el caso chileno será comentado en el apartado cuarto.

3. Sistema de impugnación en España

Como mencioné en la segunda sección, el sistema español reconoce el principio de mínima intervención, el que prescribe la no intervención judicial en el arbitraje, salvo contadas excepciones. Dentro de este último grupo, y a partir de la lectura conjunta de los arts. 7 y 8 LA, se identifican dos tipos de intervención: posible y necesaria. Como el legislador entiende que no se puede renunciar de manera definitiva a la tutela judicial efectiva por parte de los órganos estatales, se incluye la labor de control o de impugnación del laudo en este último caso. En ese sentido, el art. 43 LA reconoce que el laudo produce efectos de cosa juzgada y que frente a él caben dos medios de impugnación. Por una parte, la acción de anulación. Por otra, la acción de revisión. Para efectos del presente estudio me abocaré al estudio de la primera, puesto que está expresamente regulada en la LA.

3.1. Acción de anulación

La acción de anulación se encuentra regulada en los art. 8.5 y 40 y ss. LA, que se define como *“una acción independiente, que da lugar a un proceso autónomo, en virtud del cual cualquiera de las partes de un procedimiento arbitral puede impugnar la validez del laudo dictado en dicho procedimiento y, en consecuencia, instar la declaración de nulidad de un laudo por una serie de causas tasadas (numerus clausus)”*³⁰.

En cuanto su naturaleza jurídica, el legislador ha denominado acertadamente este mecanismo por las siguientes consideraciones:

En primer término, la interposición de un recurso implica que la sentencia no está firme. Por el contrario, el laudo adquiere esa condición desde el momento en que se dicta, oportunidad en la cual despliega todos sus efectos, especialmente el de cosa juzgada. Esto es consecuencia del diseño del sistema arbitral como un proceso de única instancia. En ese sentido, el ejercicio de la acción de anulación no obsta a que el laudo se cumpla, sin perjuicio que la parte afectada solicite la suspensión de la ejecución si rinde caución suficiente (art. 45.1 LA).

En segundo término, la voz “recurso” alude a un acto procesal de parte. En cambio, la LA extiende la legitimación para el ejercicio de la acción al Ministerio Fiscal. Adicionalmente, la ley autoriza al juez a acordar de oficio la anulación del laudo, en el caso que se configuren las causales de indefensión; de materias cuya arbitralidad está prohibida o de laudos contrarios al orden público (art. 41.2 LA).

Por último, los recursos se vinculan con el concepto de instancia, esto es: *“La denominación que se da a cada una de las etapas o grados del proceso, y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte”*³¹.

De acuerdo a lo citado, la instancia se estructura a partir del recurso de apelación, instrumento que, por antonomasia, permite un nuevo estudio del asunto debatido. Su fundamento reside en limitar el riesgo de error del órgano jurisdiccional³², sobre todo si la entidad que revisa la resolución es distinta al que la dictó. En cambio, en el caso de los medios de impugnación que rescinden la eficacia de cosa juzgada, se comienza un nuevo juicio a partir de una pretensión distinta. En este caso, en algunos de los motivos barajados en el art. 41 LA. En otras palabras, el objetivo perseguido por esta acción es dejar sin efecto la sentencia, sea en todo o en parte, sin que se estudien nuevamente los antecedentes de hecho y de derecho.

³⁰ PÉREZ-LLORCA (2019), p. 51.

³¹ COUTURE (2002), p. 139.

³² CARNELUTTI (1997), p. 227.

Por consiguiente, aunque el laudo le ocasione agravio a una de las partes, a los intervinientes les está vedado acudir a tribunales para revisar el mérito de la decisión. Así lo ha sostenido la jurisprudencia, la que ha señalado que *“si bien la acción de anulación es el mecanismo de control judicial previsto en la legislación arbitral para garantizar que el procedimiento arbitral se ajuste a lo establecido en sus normas, tal control tiene un contenido muy limitado y no permite una revisión del fondo de la cuestión decidida por el árbitro, ni debe ser considerada como una segunda instancia, pudiendo fundarse exclusivamente en las causas tasadas establecidas en la ley, sin que ninguna de ellas –tampoco la relativa al orden público– pueda ser interpretada de modo que subvierta esta limitación”*³³.

A mi juicio, esta posición presenta un claro fundamento privatista, es decir, si las partes voluntariamente decidieron someter el asunto a arbitraje, estas deben atenerse a lo estipulado. En ese sentido, es contraproducente construir un sistema de doble instancia si uno de los principales objetivos del arbitraje es conseguir una presta la solución de conflictos.

3.1.1. Causales de interposición

El art. 41 LA indica cuáles son los motivos tasados por el legislador. De la lectura de esta disposición formulo dos observaciones: primero, que se trata de un listado taxativo. Y segundo, el control es formal, esto es, persigue vigilar el cumplimiento de ciertas garantías referidas *“al inicio, desarrollo y conclusión del proceso arbitral”*³⁴.

Así, el legislador español contempla las siguientes causales: convenio arbitral inexistente o inválido (art. 41.1 a LA); indefensión, esto es, que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (art. 41.1 b LA); que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión (41.1 c LA); falta de observancia de las normas establecidas por las partes, sea respecto la designación del árbitro o bien en cuanto al procedimiento, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley (art. 41.1 d LA); falta de arbitralidad (art. 41.1 e LA); e infracción al orden público (art. 41.1 f LA).

Respecto del último motivo, la justificación de este control viene dado por evitar que el árbitro —un privado— ocasione un desorden público. Esta situación se produce cuando no se respeta el derecho fundamental de la libertad —sobre el que descansa el arbitraje—; cuando en el laudo no se observan las garantías procesales básicas que permitan obtener una tutela judicial, establecida en el art. 24 LA, así como cuando de la motivación de la sentencia se restringen derechos fundamentales³⁵.

Es preciso recordar que el control que se ejerce sobre el laudo es de carácter formal, y en ningún caso se revisa el fondo de lo decidido³⁶, así como tampoco se extiende a salvar deficiencias u omisiones por esta vía³⁷. De otro modo se corre el riesgo de desnaturalizar esta institución, en cuanto un examen sobre el mérito de lo juzgado atentaría contra *“la finalidad última del arbitraje, que no es otra que la de alcanzar la pronta solución extrajudicial de un conflicto”*³⁸.

Bien podría afirmarse que la acción de anulación comprende todo el ciclo de vida del arbitraje, en cuanto resguarda la validez del convenio arbitral —nacimiento—; el respeto de las formas tanto en la designación del árbitro como durante el transcurso del pleito —desarrollo—

³³ STC 17/2021, de 15 de febrero de 2021.

³⁴ MONTERO et al. (2004), p. 1353.

³⁵ LORCA (2019), p. 177.

³⁶ Para ser más precisos:

(...) en el art. 45 se contemplan las causas de anulación judicial de un laudo, las cuales, en atención a la naturaleza propia del instituto del arbitraje, necesariamente deben limitarse a los supuestos de contravención grave del propio contrato de arbitraje (apartados 1º a 4º art. 45) o de las garantías esenciales de procedimiento que a todos asegura el art. 24 CE (art. 45.5), sin extenderse a los supuestos de infracción del Derecho material aplicable al caso (STSJ de Cataluña 38/2017, de 7 de septiembre de 2017).

³⁷ STSJ de Cataluña 38/2019, de 23 de mayo de 2019.

³⁸ STSJ de Cataluña 38/2017, de 7 de septiembre de 2017.

; así como en la dictación del laudo —conclusión—. Este control es la contrapartida a la autonomía de la voluntad, puesto que si las partes son libres para decidir cómo gestionar sus conflictos, y el arbitraje es la forma más idónea, no resulta posible negar el derecho a la tutela judicial efectiva. Con todo, esa libertad no es absoluta y es por ello que se considera un mecanismo dirigido a la observancia de normas de convivencia.

La distinción de los momentos es relevante, puesto que incide en la oportunidad en la que ha de alegarse el vicio. A modo de ejemplo, respecto del convenio inválido o inexistente es imprescindible que la parte agraviada invoque este motivo a más tardar al momento de presentar la contestación (art. 22.2 LA), mientras que la falta de observancia de las normas establecidas por las partes debe reclamarse tan pronto la parte tome conocimiento de ella, dado que de lo contrario opera la renuncia tácita, salvo que se trate de una norma imperativa (art. 6 LA).

En cuanto a la legitimación, la regla general es que la parte agraviada se encuentre facultada para deducir la acción. Con todo, las causales de indefensión, falta de arbitralidad e infracción del orden público son susceptibles de ser apreciadas de oficio por el juez o a instancia del Ministerio Fiscal (art. 41.2 LA).

4. Sistema de impugnación en Chile

Contrariamente a la situación española, las partes disponen de una pluralidad de instrumentos para impugnar el laudo, por cuanto el legislador chileno lo trata como una sentencia dictada por la justicia estatal³⁹. En consecuencia, el elenco de recursos procedentes contra las resoluciones de los juzgados se extiende al sistema arbitral.

Como bien recuerda Jequier, la génesis de esta regulación se remonta a la Nueva y Novísima Recopilación de las Leyes de España, que equiparan al árbitro como juez y, por consiguiente, lo tratan de igual manera que a un funcionario judicial⁴⁰. Los referidos cuerpos normativos son los primeros en considerar la interposición del recurso de apelación respecto del laudo, lo que origina la competencia compartida entre la justicia pública y privada⁴¹. A su vez, la LEC de 1855 —antecedente del CPC— reglamentó la revisión del laudo vía recurso extraordinario de casación⁴².

Todos estos antecedentes fueron recogidos, primero en el art. 187 de la derogada Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (en adelante, LOT), y actualmente en el Código Orgánico de Tribunales. En concreto, la articulación del régimen de impugnación se halla en el art. 239 COT, a partir del cual *“las partes tienen el derecho a convenir libremente el régimen de recursos para controlar las decisiones del árbitro, salvo que por razones de orden público se limite el ejercicio de la autonomía de la voluntad en esta materia”*⁴³.

A partir de lo anterior, y siguiendo el criterio de los arts. 7 y 8 LA a falta de una regla similar, se distinguen casos de intervención posible y necesaria. Dentro de la primera se mencionan los recursos de apelación y casación⁴⁴, siempre y cuando las partes, siendo mayores de edad y teniendo la libre disposición de sus bienes, no renuncien a dichos recursos, o bien confíen su conocimiento a un tribunal arbitral de segunda instancia. De no mediar algunas de las hipótesis citadas, existirá competencia mixta, es decir, primero conocerá del asunto el tribunal arbitral y la revisión de lo resuelto por este último será competencia de la justicia estatal⁴⁵. Con todo, conviene efectuar algunas precisiones en los siguientes apartados.

³⁹ Específicamente, el art. 63 N° 1 a) COT asimila el laudo a una sentencia definitiva. Por esta razón, cada vez que empleo el vocablo “sentencia” quiero decir laudo.

⁴⁰ JEQUIER (2015), p. 209.

⁴¹ JEQUIER (2015), pp. 209-210.

⁴² JEQUIER (2015), p. 214.

⁴³ ROMERO Y DIAZ (2016), p. 261.

⁴⁴ Tanto en la forma como en el fondo.

⁴⁵ VÁSQUEZ (2018), p. 302.

4.1. Recurso de apelación y casación en el fondo

Se trata de un caso de intervención posible por los motivos mencionados *supra*, siempre que las partes no renuncien al recurso en los casos de arbitraje de derecho y mixto. En el caso de los árbitros arbitradores no interviene la justicia ordinaria, sino un tribunal arbitral de segunda instancia en la medida que se haya constituido (arts. 239 inc. 2 COT y 642 CPC, respectivamente). De este modo, se resguarda el principio de mínima intervención mediante el reconocimiento de la renuncia de un nuevo examen sobre el fondo de lo debatido.

En una situación similar se encuentra el recurso de casación en el fondo, puesto que se trata de un supuesto de intervención posible. Sin embargo, se excluye su interposición respecto de los árbitros arbitradores.

4.2. Recurso de casación en la forma

De la lectura del art. 239 COT se infiere que el recurso de casación en la forma es un supuesto de intervención posible. No obstante, cabe señalar que la jurisprudencia ha determinado que las causales de *ultra petita* e incompetencia del tribunal (art. 768 n°1 y 4 CPC, respectivamente) son irrenunciables, puesto que se relacionan con la jurisdicción del tribunal — que forma parte del orden público— y, por tanto, son indisponibles por las partes⁴⁶. En consecuencia, en dichos supuestos la intervención de los tribunales es necesaria.

En cuanto el fallo del recurso, el tribunal *ad quem* confirma o casa la resolución impugnada. En este último caso, la Corte se limita a dejar sin efecto el laudo e indica el estado en el que se retoma el juicio (reenvío). Es posible que esta circunstancia origine un problema, en el entendido que de esta situación deriva la exigencia de enviar los antecedentes al tribunal correspondiente⁴⁷. De este modo, si estamos en presencia de un arbitraje *ad hoc*, en el que no se designaron árbitros subrogantes, el arbitraje fracasa. En cambio, si se trata de un arbitraje forzoso, las partes iniciarán los trámites de designación de un nuevo árbitro para no perder todo lo obrado⁴⁸.

4.3. Recurso de queja

En lo relativo a las resoluciones impugnables, el art. 545 COT establece que opera respecto de sentencias definitivas e interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, con tal que respecto de ellas no proceda recurso alguno. Esta es la situación de los árbitros de derecho y mixtos, en la medida que las partes renuncien a los medios de impugnación de acuerdo al art. 239 COT⁴⁹. En cambio, en el caso del árbitro arbitrador, procede la interposición de este recurso pese a que la ley contempla un medio de impugnación extraordinario —casación en la forma—, lo que constituye una excepción a lo señalado en el art. 545 COT.

El único motivo que autoriza la interposición de este recurso es la “falta o abuso grave” en el pronunciamiento del laudo. Se trata, pues, de un concepto indeterminado, que depende de la valoración de los tribunales. Lo anterior conlleva el riesgo de condicionar la independencia judicial, toda vez que no queda claro qué conductas son susceptibles de sanción⁵⁰. A modo de ejemplo, Mosquera y Maturana señalan la contravención formal e interpretación errada de ley; y la falsa apreciación de los antecedentes de hecho, como supuestos comprendidos en esta causal⁵¹.

⁴⁶ Entre otras, Corte Suprema, Rol N° 33758-2017, de 2 de octubre de 2017.

⁴⁷ De acuerdo al art. 786 inc. 2 CPC, el tribunal competente es aquel a quien tocaría conocer del negocio en caso de recusación del juez o jueces que pronunciaron la sentencia casada.

⁴⁸ AYLWIN (2005), p. 461. En ese mismo sentido se pronuncia VÁSQUEZ (2018), p. 304.

⁴⁹ ROMERO Y DÍAZ (2016), p. 238.

⁵⁰ BORDALÍ et al. (2016), p. 367.

⁵¹ MOSQUERA Y MATURANA (2010), p. 387.

En el caso de los árbitros arbitradores, esta infracción ha de exteriorizarse en una conducta “*arbitraria, dolosa, inmoral, para que el resultado sea manifiestamente inicuo, absurdo, contradictorio, ininteligible o imposible de cumplir; será él quien podrá irrespetar los principios éticos (...) y de orden público (...), así como las garantías y elementos fundamentales del debido proceso*”⁵².

En cuanto el fallo del recurso, la resolución que lo acoge expresa las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestos y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motiva el recurso. Adicionalmente, determina las medidas conducentes a remediar el defecto (art. 545 inc. 2 COT). Solo en el caso del árbitro arbitrador se examina el mérito de lo fallado, dado que en los otros arbitrajes existen diferentes mecanismos para controlar el laudo⁵³. Por tanto, a través de esta vía se desnaturaliza el propósito del control judicial, toda vez que las partes cuentan con este medio de impugnación para modificar indirectamente el contenido del laudo. Con todo, lo anterior es cierto en la medida que se configure la falta o abuso grave como presupuesto, dado que una errónea interpretación del árbitro no basta para que se dé la causal⁵⁴.

En resumen, al contrario de lo que ocurre en el sistema español, la legislación chilena carece de una regulación unitaria del arbitraje doméstico, puesto que las hipótesis de intervención, sea eventual o necesaria, se encuentran dispersas en el COT y CPC. La situación descrita es aún más compleja tratándose de los medios de impugnación, por cuanto el laudo es considerado como una sentencia pronunciada por un juez estatal, a menos que las partes ejerciten la facultad reconocida en el art. 239 COT, es decir, que renuncien a los recursos o los sometan a un tribunal arbitral designado para ese fin. De esta manera, existe una dualidad de intervenciones: por un lado, son casos de intervención posible los recursos de apelación; casación en la forma y en el fondo. En cambio, el recurso de queja y la casación en la forma— por *ultra petita* e incompetencia del tribunal— constituyen supuestos de intervención necesaria.

5. Resultados del análisis comparativo

Con el objeto de abordar los resultados del presente estudio me centro en los elementos diferenciadores, puesto que el propósito de esta investigación consiste en mejorar una norma o institución que ha sido identificada como fuente de problemas⁵⁵ o que presenta carencias susceptibles de mejora. En concreto, las propuestas de reforma que efectuó en el apartado final intentan remediar la dispersión de medios de impugnación en Chile, cuya referencia es la experiencia española. Con todo, las propuestas efectuadas serán eficaces en la medida que se realice una revisión integral del arbitraje doméstico en nuestra legislación.

5.1. Elementos diferenciadores

Como cuestión preliminar, conviene recordar que el respeto al principio de mínima intervención exige un control restringido del laudo. En tanto el sistema español configura un solo instrumento destinado a rescindir la cosa juzgada por motivos taxativos, la legislación chilena dispone de un amplio elenco de recursos que, en la medida que no se renuncien, habilita el análisis de aspectos tanto formales como sustantivos del laudo (art. 239 COT). Pese a que se tratan de sistemas que responden a la tradición de derecho continental, la respuesta a la intervención jurisdiccional en el ámbito recursivo es dispar.

A mi entender, la diferencia estriba en la mayor confianza que el legislador español deposita en el arbitraje y al respeto de la libertad de las partes. Ya apuntaba la exposición de motivos de la LA que la uniformidad de criterios facilitaría su eficacia. Lo anterior se materializó

⁵² VÁSQUEZ (2018), p. 314

⁵³ VÁSQUEZ Y DELGADO (2020), p. 199.

⁵⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1167-2013, de 11 de octubre de 2013.

⁵⁵ DANNEMANN (2019), p. 408.

en la adopción de las recomendaciones establecidas en la Ley Modelo que, si bien fueron concebidas para el arbitraje comercial internacional, se extendieron al arbitraje doméstico.

En ese sentido, dicha homogeneidad habría de fortalecer a España como sede arbitral, puesto que, tanto los operadores jurídicos como sus representados conocerían de antemano que el laudo solo se revisaría en caso de infracción de ciertas garantías, con independencia de lo resuelto. De este modo, el objetivo que persigue la revisión formal del laudo se relaciona con la eficacia del arbitraje, debido a que, si las partes libremente optaron por esta vía, a la justicia estatal no le incumbe examinar el mérito de lo juzgado. En caso de confirmarse esta premisa, lo más probable es que redundase en un aumento los arbitrajes celebrados y las partes logren maximizar tanto tiempo como recursos.

En cambio, si coexisten medios para revisar el laudo con distintos objetivos, el arbitraje pierde su propósito, dado que dificultaría la celeridad y eficacia de la resolución de un asunto inherente a esta modalidad. Entonces, al momento de optar por un mecanismo de solución de conflictos, las partes ponderan, por un lado, la presteza y especialización del arbitraje; por otro, la revisión de lo dictaminado que ofrece la justicia estatal. Este coste de oportunidad depende del mecanismo que mejor se adapte a la tutela efectiva de los derechos en disputa.

Por el contrario, en el ordenamiento chileno existe un control amplio. Esto se basa en el predominio de la tesis jurisdiccional del arbitraje, esto es, en cuanto el Estado goza del monopolio de la administración de justicia por expreso mandato constitucional, este amplía la revisión a los fallos dictados por todo órgano que ejerza jurisdicción, como es el caso del árbitro⁵⁶, aun cuando su función es temporal. A esto se suma que al laudo se le reconocen los efectos propios de una sentencia emanada de un órgano estatal: fuerza ejecutiva y cosa juzgada. En otros términos *“Si la jurisdicción es una facultad estatal, nadie que no posea dicho carácter puede ejercerla y los tribunales arbitrales no pueden ser la excepción, empero, como tampoco pueden formar parte del poder judicial, entonces, se les deja en una zona incómoda que trata de salvarse doctrinaria y jurisprudencialmente afirmando categóricamente que éstos si son tribunales estatales, aunque no formen parte del poder judicial”*⁵⁷.

A partir de lo anterior, y considerando los arts. 540 inc. 1 COT y 86 de la Constitución política de la república (en adelante, CPR), los árbitros quedan sometidos a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema por ejercer *“una especie de función pública temporal”*⁵⁸. De lo anterior se desprende que el ejercicio de estas facultades no se limita a los jueces estatales, sino que se extiende a cualesquier juez o funcionario del orden judicial, entre los que naturalmente quedan comprendidos los árbitros.

Es más, se ha entendido que los árbitros quedan sometidos a la potestad conservadora del Poder Judicial, es decir, aquella que vela por la observancia de la Constitución y las leyes, además de prestar una adecuada protección a las garantías individuales. Precisamente, en virtud del último elemento mencionado, procede el recurso de protección contra una acción u omisión del árbitro que prive, perturbe o amenace alguna de las garantías protegidas por esta vía, pero en ningún caso esto significa atacar el fondo de la resolución.

Sin embargo, la tesis anterior se aleja de la verdadera naturaleza del arbitraje. Si bien es cierto que los árbitros ejercen jurisdicción y que, por consiguiente, se le aplican las normas del COT a partir de su art. 5, esto no significa que sean funcionarios públicos. Primero, porque su cargo es temporal⁵⁹; y segundo, son remunerados por los litigantes.

Por otro lado, la facultad de juzgar no es exclusiva del Poder Judicial, pese a la ubicación del artículo que regula el ejercicio de la función jurisdiccional. En efecto, el art. 76 y ss. CPR *“se refieren a la organización de la jurisdicción estatal y a la relación entre ciudadano y Estado y no a pactos privados sobre resolución de controversias”*⁶⁰, de modo que la resolución de asuntos de

⁵⁶ Cabe recordar que el art. 63 N° 1 a) COT asimila el laudo a una sentencia definitiva.

⁵⁷ VÁSQUEZ (2010), p. 34

⁵⁸ AYLWIN (2005), p. 34.

⁵⁹ El art. 235 inc. 3 COT prescribe que, ante el silencio de las partes, el árbitro ejerce sus funciones dentro de 2 años contados desde la aceptación del cargo.

⁶⁰ VÁSQUEZ (2010), p. 36.

relevancia jurídica no queda circunscrita al Poder Judicial, sino a todo aquel tribunal reconocido por ley (art. 1 COT). Lo que sí limita la CPR es el ejercicio de la facultad de imperio, que se reserva a los tribunales que forman parte del Poder Judicial, no así a los árbitros (art. 76 inc.3 CPR).

Si doy por cierto todo lo anterior, entonces no se justifica el excesivo control de los tribunales respecto de la labor del árbitro por las siguientes consideraciones. De la aplicación por analogía del art. 7 LA, se deduce que el principio de mínima intervención refleja una función manifiesta y otra latente. La primera se expresa como un derecho de no interferencia, en cuanto si las partes son libres para someter un asunto a arbitraje, se desprende que los tribunales han de respetar la labor de los árbitros y colaborarán en la medida que la ley habilite su actuación.

Pero no solo eso, puesto que detrás de este principio subyace una función latente, es decir, que las personas, libre de disponer de lo suyo dentro del marco legal, sean capaces de elegir el mecanismo de solución de conflicto que tutele de mejor manera los derechos en disputa. En otras palabras, *“en el arbitraje no debe verse una suplantación de las decisiones judiciales, sino una institución de rango fundamental en un sistema jurídico basado en la libertad, con respecto a la cual la actividad judicial aspira a mantener el mínimo de protagonismo, solo el necesario para garantizar la resolución pacífica de aquellas situaciones de conflicto jurídico que el propio arbitraje no puede resolver por sí mismo (bien por ser necesaria una actividad ejecutiva de restricción de los derechos de las partes no consentida por estas, bien por faltar presupuestos o requisitos básicos para la existencia o validez del arbitraje)”*⁶¹.

Lo importante, entonces, es reconocer que el arbitraje carece de una naturaleza pura, puesto que tanto en su constitución como en su desarrollo confluyen distintos elementos⁶². Así, es esencialmente contractual en su origen⁶³, pero una vez que el árbitro presta la aceptación y juramento para el ejercicio del cargo⁶⁴, este mecanismo pasa a ser jurisdiccional. Sin embargo, no lo es plenamente, por cuanto esta función no se agota en conocer y resolver el litigio, sino que se amplía a ejecutar lo resuelto, potestad reservada a los tribunales estatales de conformidad a la CPR. Por tanto, a partir de lo expuesto, la obligada conclusión a la que llego es que el ordenamiento jurídico chileno no respeta el principio de mínima intervención en materia recursiva.

5.2. Propuesta de reforma a la regulación del arbitraje en Chile

Como aclaración previa, la siguiente propuesta de *lege ferenda* no se afirma en el ánimo exclusivo de reducir la carga de los tribunales estatales, sino que persigue que las partes dispongan del derecho a elegir los medios más idóneos para la gestión y resolución de sus conflictos a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁵ y, por consiguiente, un mejor acceso a la justicia⁶⁶

Una vez efectuado el análisis comparativo, queda por analizar si se recomienda el trasplante de una institución de un sistema a otro. A mayor abundamiento, Watson indica que la mayoría de los trasplantes de normas pueden agruparse en tres categorías:

“La primera es aquella en la que la gente se mueve a un territorio diferente donde no hay civilización comparable y toma su ley con ella. En segundo lugar, cuando la gente se mueve a un territorio diferente donde hay una civilización comparable y lleva su ley con ella. En tercer lugar,

⁶¹ STC 1/2018, de 11 de enero de 2018.

⁶² En atención a estas y otras características, Barona ha calificado al arbitraje como institución *sui generis* (“el arbitraje es arbitraje”). BARONA (2018), p. 126.

⁶³ Pese a que el ordenamiento chileno contempla el arbitraje forzoso.

⁶⁴ Art. 236 COT.

⁶⁵ En particular: *“Que nuestra Constitución consagra, sin denominarlo así, el invocado derecho a la tutela judicial efectiva, en el inciso primero del artículo 19, numeral 3°, y en las normas que lo complementan, al reconocerse con fuerza normativa, que todas las personas son iguales en el ejercicio de los derechos, lo que comprende, en nuestro medio, su igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales, incluyendo, en primer término, el derecho a la acción, sin el cual quedaría amenazado e incompleto”* (Tribunal Constitucional, Rol N° 815-2007, de 19 de agosto de 2008).

⁶⁶ BARONA (2018), p. 18.

*cuando la gente de manera voluntaria acepta una gran parte del sistema de otra persona o personas*⁶⁷.

A partir de lo expuesto sugiero la adopción de la tercera opción, es decir, el establecimiento de un régimen de impugnación del laudo afín a la mínima intervención. Siempre que se proponga adoptar una solución de origen extranjero que se reputa como mejor conviene plantearse si la institución estudiada ha resultado satisfactoria en su país de origen y si existe posibilidad de que funcione en el país donde se propone su implantación. Para estos efectos, es menester evaluar si, atendidas las características políticas y sociales del ordenamiento chileno, se traspondrá con éxito la acción de anulación. Cabe recordar que esta operación no implica una transcripción literal de la norma, sino la adopción de su idea central⁶⁸. Entiendo que la derogación del art. 239 COT y, por consiguiente, de la aplicación del régimen de recursos de las resoluciones de los tribunales en sede arbitral genere resistencia, más aún si se considera la fuerte adhesión que goza la tesis jurisdiccional del arbitraje. Sin embargo, creo que existen buenas razones para adoptar esta regulación:

a. En primer término, mediante el reconocimiento de la acción de anulación, el control de los tribunales solo abarca asuntos formales, puesto que de lo contrario las partes hubiesen optado por acudir a la jurisdicción estatal, la cual asegura la posibilidad de revisión las cuestiones de fondo. Algunos entenderían que a través de esta medida se atentaría al derecho al recurso, esto es, la facultad de solicitar a un tribunal superior que revise lo hecho por el inferior. Sin embargo, el derecho al recurso no implica necesariamente la consagración de la doble instancia, puesto que *“el fin que la ley busca satisfacer a través de cada procedimiento varía según el objeto que hace necesaria su existencia, por lo que la determinación de los actos procesales que deberán componerlo y, específicamente, las características del medio de impugnación, en orden a lograr por el órgano jurisdiccional un adecuado conocimiento del conflicto jurídico, dependerán de esta circunstancia”*⁶⁹.

En consecuencia, es perfectamente posible concebir al arbitraje como un procedimiento de única instancia, dado que es más coherente con los “principios” que informan a esta institución, sobre todo con la celeridad. Con todo, la autonomía de la voluntad es insuficiente para limitar la intervención de los tribunales en su labor de control, en razón de que existen garantías esenciales que han de respetarse a la luz del debido proceso. A partir de lo anterior, *“el control se concibe, por tanto, como una garantía que, desde la esfera constitucional, protege tanto a las partes como al funcionamiento del arbitraje para evitar abusos”*⁷⁰.

Claro está que siempre existirá un margen de error a la hora de fallar un asunto, pero esos son los riesgos a ponderar por los litigantes a la hora de zanjar una disputa. Empero, existen otros mecanismos que permiten “moderar” el margen de error de los árbitros. Una opción es la constitución de un tribunal colegiado, otra es que las partes exijan dentro del convenio que la persona que ejerza el cargo reúna determinadas características, por ejemplo, que sea experto en una materia o que cuente con un mínimo de años de experiencia.

b. En segundo término, la acción de anulación evita la duplicidad de intervenciones. Este problema desaparece mediante la renuncia de los recursos establecida en el art. 239 COT. Pero, tal como lo ha determinado la jurisprudencia citada en el apartado segundo, existen situaciones en la que es improcedente, como es el caso del recurso de casación en la forma por las causales de incompetencia del tribunal y *ultra petita*, dado que existe un interés público comprometido.

Si al escenario anterior sumamos el caso en el que se dicta un laudo que deja disconforme a uno de los intervinientes—hipótesis que habilita la interposición del recurso de apelación—entonces se configura el supuesto de hecho del artículo 770 CPC, cuya interpretación ha sido discutida por la jurisprudencia en sede ordinaria.

⁶⁷ WATSON (1993), p. 30.

⁶⁸ HUSA (2015), p. 106.

⁶⁹ Tribunal Constitucional, Rol N° 1448-2009, de 7 de septiembre de 2010.

⁷⁰ VÁSQUEZ Y DELGADO (2020), p. 195.

En ese sentido, se han barajado dos opciones: la primera dejaría a criterio del recurrente determinar el orden de interposición, puesto que la Corte Suprema ha equiparado el concepto “conjuntamente” a la misma oportunidad. De este modo, resulta irrelevante el orden en el que los recursos fueron deducidos. Una interpretación distinta supondría una limitación al principio *pro actione*, por cuanto los órganos jurisdiccionales han de interpretar los derechos de tal manera que no se limite la tutela judicial efectiva⁷¹.

Sin embargo, me parece que para estos efectos resulta útil emplear el segundo criterio, esto es, el teleológico. Esto se debe a que, mientras la casación en la forma pretende declarar la invalidez de la resolución, la apelación parte de la base que la sentencia es válida, solo que el contenido de esta ocasiona agravio a alguno de los intervinientes. En ese sentido, lo lógico es que primero se interponga el recurso de casación en la forma; la apelación, subsidiariamente, por cuanto su fundamento es distinto⁷². En consecuencia, la infracción de las garantías elementales primaría sobre la insatisfacción de una de las partes al momento de determinar el tribunal competente o, en otros términos, el tribunal competente para conocer casos de intervención necesaria prima sobre los supuestos de intervención posible.

De esta forma, el escrito se presenta ante el tribunal arbitral, el que solo se limita a realizar el examen de admisibilidad. Por tanto, la Corte de Apelaciones es el tribunal competente para la tramitación del recurso. En cambio, el tribunal arbitral actúa en el evento que se rechace la casación en la forma, razón por la cual el citado tribunal remite los antecedentes necesarios para la sustanciación de la apelación, en atención que es incompetente para conocer de dicho medio de impugnación por aplicación del art. 239 COT.

c. Finalmente, la acción de anulación respeta los efectos propios del laudo firme: la inmutabilidad y cosa juzgada. En relación al primer punto, y tal como se mencionó en el apartado segundo, los tribunales ordinarios se limitan a una función de apoyo o control. En efecto, el control preventivo referido al convenio arbitral se encuentra íntimamente ligado al principio *kompetenz-kompetenz*, recogido en distintas legislaciones como la española. Así, el art. 22 LA prescribe que los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. De acuerdo a Vásquez, “*el principio en comento presenta una clara raigambre contractual en cuanto son las partes quienes le confieren una competencia total al árbitro para resolver un determinado asunto, de lo cual se deriva que estos deben conocer incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral y solo si comprueban que este es nulo o inválido quedarán inhibidos de poder hacerlo. (...) Se entiende que esta es una obligación por parte del árbitro una vez que ha aceptado el cargo, aun a falta de mención expresa, pues tiene el deber de revisar los cimientos del juicio que va a conducir, de lo contrario, podrá constituirse en responsable ante las partes*”⁷³.

Por su parte, este principio fue adoptado por la LACI en términos similares a la ley española (art. 16 N° 1). Sin embargo, no se refleja en la normativa interna. Ante este escenario, el reconocimiento de esta figura en el ámbito doméstico permitiría justificar un control limitado del laudo. En concreto, “*una vez que se plantee un incidente de incompetencia, el tribunal arbitral no debe limitarse a constatar la existencia de un convenio arbitral para asegurar su competencia, sino que es necesario un estudio más profundo destinado a verificar que el convenio sea válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio*”⁷⁴.

De esta forma, un control preventivo y pormenorizado del convenio arbitral desplaza la posibilidad de invalidar el laudo por esta causal *a posteriori*, por cuanto se estableció un instrumento distinto al de la anulación del laudo.

⁷¹ Corte Suprema, Rol N° 83347-2016, de 8 de mayo de 2017.

⁷² Entre otras, Corte Suprema, Rol N° 28420-2016, de 3 de enero de 2017. Sin embargo, la solicitud fue rechazada por existir recursos pendientes.

⁷³ VÁSQUEZ (2018), p. 264.

⁷⁴ STS 409/2017, de 27 de junio de 2017.

Por último, en relación a la cosa juzgada, conviene señalar que el árbitro falla en virtud del mandato de las partes, cuyo fundamento se encuentra en la autonomía de la voluntad que da origen al arbitraje. En cambio, los tribunales estatales se encuentran dotados de la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por expreso mandato constitucional. De lo anterior se deriva que *“para que su resolución – la del árbitro, se entienda– sea ejecutiva, se lleve a cabo efectivamente y produzca el antecitado efecto de cosa juzgada, necesite del auxilio jurisdiccional”*⁷⁵. Como las partes decidieron libremente sustraer un asunto de la justicia ordinaria, esto implicaría acatar los términos pactados.

Recordemos que, respecto a la revisión del laudo, la jurisprudencia ha sido clara al sostener que, a partir del principio de mínima intervención, los tribunales estatales solo ejecutan labores de apoyo o de control, sea del convenio arbitral o del laudo. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo español al determinar que un tribunal ordinario conocerá de una controversia sometida a arbitraje siempre que, promovido el incidente de incompetencia, el árbitro considere que el convenio arbitral no es válido, es ineficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda⁷⁶. En cuanto al laudo, si se examinan los errores de fondo cometidos por el árbitro al momento de dictar la resolución se vulnera la autonomía de los intervinientes⁷⁷. Como expliqué anteriormente, si se regulan distintos medios para revisar el laudo con distintos objetivos, el arbitraje pierde su propósito, dado que dificultaría la celeridad y eficacia de la resolución de un asunto inherente a esta modalidad. De esta forma, en el evento que se contemple un mecanismo distinto de revisión *“no solo se restaría a este mecanismo extraprocesal de resolución de conflictos de su elemento esencial que es la vinculación al laudo arbitral con efecto de cosa juzgada y fuerza ejecutiva, sino que, desde luego, se difuminarían las ventajas de sencillez, agilidad, celeridad y economicidad que el arbitraje posee. Efectos todo ellos que, por lo demás, deben reputarse beneficiosos para ambas partes contratantes y para el tráfico jurídico en general, pues brindan certeza, a la par que evitan o restringen la posibilidad de discutir nuevamente, en sede judicial, un asunto que ha sido ya resuelto con anterioridad”*⁷⁸.

Por consiguiente, al momento de optar por un mecanismo de solución de conflictos, las partes ponderan, por un lado, la presteza y especialización del arbitraje; por otro, un mayor grado de seguridad jurídica al contar con la revisión de lo fallado por parte de la justicia estatal. La decisión dependerá del mecanismo que mejor se adapte a la tutela efectiva de los derechos en disputa.

6. Conclusiones

a. El sistema español presentó una considerable evolución en el respeto al principio de mínima intervención (art. 7 LA), dado que pasa de una desconfianza inicial a la justicia privada hasta una más destacada autonomía en términos operativos. Para lograr ese cometido, el legislador traspuso las disposiciones de la Ley Modelo, a partir de la cual se distinguen hipótesis de intervención posible y necesaria.

Por su parte, la regulación chilena ha permanecido incólume desde su implementación, al menos en lo que toca al arbitraje doméstico. A diferencia de su par español, las hipótesis de intervención se encuentran dispersas en dos cuerpos legales: el COT y CPC. En cuanto el régimen de impugnación, este detenta un carácter dual, en la medida que habilita tanto la intervención necesaria como posible de los tribunales a partir de la lectura del art. 239 COT.

b. Del análisis comparativo se desprende que, pese que ambos sistemas responden a la misma tradición jurídica, configuran el régimen de impugnación de manera dispar. En cuanto el sistema español, este consagra un solo instrumento para atacar los efectos del laudo: la acción de anulación. Se trata de una hipótesis de intervención necesaria, a través de la cual se rescinde

⁷⁵ RUIZ Y FERNÁNDEZ-ROZAS (2021), p. 28.

⁷⁶ STS 409/2017, de 27 de junio de 2017.

⁷⁷ STS 429/2009, de 22 de junio de 2009.

⁷⁸ STC 1/2018, de 11 de enero de 2018.

el efecto de cosa juzgada que emana del laudo. Esta acción se interpone respecto de causales específicas, cuyo fundamento estriba en el respeto a garantías mínimas de todo proceso y normas de orden público.

Al contrario, el sistema chileno reconoce un amplio elenco de recursos. Para distinguir si estamos en presencia de un supuesto de intervención posible o necesaria, debemos atenernos a lo dispuesto en el art. 239 COT, que supedita la injerencia a la renuncia efectuada por las partes bajo ciertas condiciones. Así, existen medios de impugnación destinados a enmendar o revocar el laudo —apelación y queja—, mientras otros persiguen su anulación —casación en la forma y en el fondo—.

c. La situación descrita supone un problema, en el entendido que el principio de mínima intervención conlleva un control restringido del laudo, como es lo que sucede en el ordenamiento español. En cambio, el sistema chileno contempla recursos que permiten la revisión del mérito de lo decidido por el árbitro, lo que a todas luces constituye una infracción a este principio. Esta supervisión encuentra sustento en la tesis jurisdiccional del arbitraje, por cuanto supone que el árbitro ejerce una función pública, aun cuando es designado por particulares.

Sin embargo, el árbitro ejerce sus funciones temporalmente y, además, es remunerado por las partes. Asimismo, la jurisdicción no es una atribución exclusiva del Poder Judicial, toda vez que la CPR la reconoce a todo órgano establecido por ley, como es el caso del árbitro. Si doy por cierto lo anterior, no se justifica tal nivel de injerencia en el pronunciamiento del laudo. Por tanto, el ordenamiento chileno no respeta el principio de mínima intervención a nivel de recursos.

d. Por todo lo expuesto, planteo un sistema de impugnación similar al español, el que, a mi juicio, es más coherente con la directriz estudiada; evita el conflicto de jurisdicciones y, por último, respeta el efecto de cosa juzgada que emana del laudo.

En definitiva, las propuestas de reforma planteadas en este trabajo suponen una contribución a la mejora de la justicia arbitral, especialmente en lo referido al régimen de impugnación. El objetivo de lo anterior es asegurar que los ciudadanos cuenten con los mecanismos más eficaces para resolver sus conflictos y, de esta manera, mejorar el acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AYLWIN, PATRICIO (2005): El juicio arbitral, 5ª edición (Santiago, Editorial Jurídica).

BARONA, SILVIA (2018): Nociones y Principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos) (Valencia, Tirant lo Blanch).

BORDALÍ, ANDRÉS; CORTEZ, GONZALO Y PALOMO, DIEGO (2016): Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación, 1ª edición (Santiago, Thomson Reuters).

CABALLOL ANGELATS, LLUIS (1997): El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje (Barcelona, Bosch).

CARNELUTTI, FRANCESCO (1997): Instituciones del Proceso Civil (Buenos Aires, El Foro), volumen II.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (1985): “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Nueva York, Naciones Unidas)”. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf [visitado el 5 de octubre de 2020].

CORDÓN, FAUSTINO (2005): El arbitraje de derecho privado: estudio breve de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (Cizur Menor, Thomson Civitas).

COUTURE, EDUARDO (2002): Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 4ª edición (Buenos Aires, B de F).

- DANNEMANN, GERHARD (2019): "Comparative Law: study of similarities or differences?", en: Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (Dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª edición (Oxford, Oxford University Press), pp. 390-422.
- DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO (1985): *El Negocio jurídico* (Madrid, Civitas).
- FERNÁNDEZ, JOSÉ CARLOS; SÁNCHEZ, SIXTO Y STAMPA, GONZALO (2018): *Principios Generales del Arbitraje* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- FONT, EDUARDO (1989): "La nueva configuración del arbitraje en el derecho español", en: *Justicia* (Vol. 2), pp. 341-386.
- GONZÁLEZ CARVAJAL, JORGE (2019): "Acuerdo de arbitraje y responsabilidad civil", en: *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal* (Nº 2), pp. 5-28. Disponible en: http://www.rivitsproc.eu/wp-content/uploads/2020/02/Gonzalez_Carvajal-acuerdo_de_arbitraje_y_responsabilidad_civil.pdf [visitado el 5 de octubre de 2020].
- GONZÁLEZ-MONTES, JOSÉ LUIS (2009): *La asistencia judicial al arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)* (Madrid, Reus).
- HUSA, JAAKKO (2015): *A New Introduction to Comparative Law* (Oxford, Hart).
- JEQUIER, EDUARDO (2011): "El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)", en: *Estudios Constitucionales* (Nº 2, Año 9), pp. 453 - 498. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art12.pdf> [visitado el 5 de octubre de 2020].
- JEQUIER, EDUARDO (2015): "Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable", en: *Revista lus et Praxis* (Nº 2, Año 21), pp. 199-224. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v21n2/art06.pdf> [visitado el 5 de octubre de 2020].
- LORCA, ANTONIO (2019): *El control judicial del laudo arbitral* (San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal).
- MERINO MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO Y CHILLÓN MEDINA, JOSÉ MARÍA (1988-1989): "La excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje", en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (Nº 5), pp. 235-244.
- MONTERO AROCA, JUAN; BARONA, SILVIA; ESPLUGUES, CARLOS; GUZMÁN, VICENTE; OLAVARRÍA, JESÚS; VERDERA, RAFAEL; PALAO, GUILLERMO; MARTÍNEZ, ELENA; PARDO, VIRGINIA Y GONZÁLEZ, SERGIO (2004): *Comentario a la Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre* (Madrid, Thomson Civitas).
- MOSQUERA, MARIO Y MATURANA, CRISTIÁN (2010): *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica).
- PÉREZ-LORCA (2019): *Arbitraje y jurisdicción: principios básicos y jurisprudencia* (Pamplona, Aranzadi).
- ROMERO SEGUEL, ALEJANDRO Y DÍAZ, JOSÉ IGNACIO (2016): *El arbitraje interno y comercial internacional (parte general)*, 2ª edición (Santiago, Universidad Católica de Chile).
- RUIZ RISUEÑO, FRANCISCO Y FERNÁNDEZ-ROZAS, JOSÉ CARLOS (Coords.) (2021): *El laudo arbitral* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- SERRA DOMÍNGUEZ, MANUEL (1969): *Estudios de Derecho Procesal* (Esplugues de Llobregat, Ariel).
- VÁSQUEZ, MARÍA FERNANDA (2010): "Arbitraje en el derecho chileno doméstico: la reforma que falta", en: *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (Nº 2), pp. 1-46. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3700508> [visitado el 5 de octubre de 2020].
- VÁSQUEZ, MARÍA FERNANDA (2018): *Tratado de arbitraje en Chile* (Santiago, Thomson Reuters).

VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA Y DELGADO CASTRO, JORDI (2020): "El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral chileno", en: REVISTA DERECHO DEL ESTADO (Nº 45), pp. 187-210. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6333/8359> [visitado el 5 de octubre de 2020].

WATSON, ALAN. (1993): *Legal transplants: an approach to comparative law*, 2ª edición (Athens/Londres, University of Georgia Press).

JURISPRUDENCIA CITADA

CHILE:

PATRICIO RODRIGO MENESES FARIÁS (2008): Tribunal Constitucional 19 agosto 2008 (acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>.

SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA PORTUARIA COQUIMBO (2010): Tribunal Constitucional 7 septiembre 2010 (acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>.

FERNÁNDEZ MARCHANT, IVONNE CON CANDELARIO DURÁN, DALIA (2013): Corte de Apelaciones de Santiago 11 octubre 2013 (recurso de queja), en: Base de datos Vlex (código VLEX-642326069).

SANTANA DUARTE, REYNALDO JOSUÉ; SÁNCHEZ DE SANTANA; ROSA CON CORPORACIÓN DESARROLLO SOCIAL DE PROVIDENCIA, I. MUNICIPALIDAD DE PROVIDENCIA (2017): Corte Suprema 3 enero 2017 (recurso de casación en el fondo), en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>.

SOC. AGRÍCOLA Y GANADERA LAS GARZAS LTDA. CON EMPRESA ELÉCTRICA PEHUENCHE S.A.; COLBÚN S.A. Y JUNTA VIG. RÍO MAULE (2017): Corte Suprema 8 de mayo 2017 (recurso de casación forma y fondo), en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>.

SOC.O.G.M. MECÁNICA INTEGRAL (2017): Corte Suprema 2 octubre 2017 (recurso de queja civil, actuación de oficio), en: <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>.

ESPAÑA:

STS 429/2009.

STSJ Cat 38/2017.

STS 409/2017.

STC 1/2018

STSJ Cat 38/2019.

STC 17/2021.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

CÓDIGO CIVIL DE CHILE, 14 de diciembre de 1855.

LEY S/N, de Organización y Atribuciones de los Tribunales. 15 de octubre de 1875.

LEY Nº 1552, Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial, 30 de agosto de 1902.

LEY Nº 7421, Código Orgánico de Tribunales Diario Oficial, 9 de julio de 1943.

LEY Nº 19971, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Diario Oficial, 29 de septiembre de 2004.

LEY S/N por la que se regulan los arbitrajes de Derecho Privado. Boletín Oficial del Estado (España), 24 de diciembre de 1953.

LEY Nº 36/1988, de Arbitraje. Boletín Oficial del Estado (España), 7 de diciembre de 1988.

LEY Nº 60/2003, de Arbitraje. Boletín Oficial del Estado (España), 26 de diciembre de 2003.

LEY FEDERAL SUIZA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Fedlex (Suiza), de 18 de diciembre de 1987.