



ESCUELA DE DERECHO

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE.

Memoria Seminario de Tesis

**Alumna: Bélgica Farías Muñoz.
Profesor Cátedra: Sr. Gabriel Álvarez Undurraga
Santiago, enero de 2011.**

INTRODUCCION

Para poder llegar a dar respuesta a la interrogante que dice relación a cuál será la naturaleza jurídica en la excepción de arbitraje y por tratarse de un tema tan específico y poco desarrollado, será necesario ahondar respecto de los conceptos, instituciones, doctrina y fuentes que la sostienen, ya que por su especialización requiere un tratamiento detallado, a fin de comprender el tema en estudio.

Por lo anterior, desarrollaré una breve introducción a fin de explicar tres instituciones denominadas Justicia Arbitral, Derecho de Defensa y la excepción de arbitraje, pues estas son instituciones básicas que necesitaremos comprender a fin de desarrollar el tema en estudio.

a) La Justicia Arbitral:

1. El diccionario de la Lengua Española, describe el término Jurisdicción, como un 1. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar;
2. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado;
3. Término de un lugar o provincia;
4. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal;
5. Autoridad, poder o dominio sobre otro;
6. Territorio al que se extiende. En síntesis a la jurisdicción se le ha descrito como un poder o autoridad para gobernar y

poner en ejecución las leyes o para aplicarlas en juicio y doctrinariamente se ha manifestado como un “poder-deber”. El Estado tiene la responsabilidad de asegurar la existencia y permanencia de órganos especializados, que tengan por objeto cumplir con el imperativo del bien común. En consecuencia, se establecen a nivel constitucional y legal, la presencia de tribunales ordinarios de justicia, los cuales se caracterizan por encontrarse establecidas “en el Código Orgánico de Tribunales, llevando consigo la idea de subordinación del inferior con respecto al superior”.¹, ejerciendo de forma permanente sus funciones y su designación depende del poder ejecutivo en concurrencia con el poder judicial.

A la misma altura de los Tribunales Ordinarios se ubican los Tribunales Arbitrales, estos se asemejan por encontrarse establecidos en el Código Orgánico de Tribunales en sus artículos 222 y siguientes, y se diferencian entre sí, ya que la designación de los Tribunales Arbitrales es de origen privado y sólo se constituyen como tales, una vez suscitado el conflicto que han sido llamados a dirimir.

Existe una gran gama de conflictos con relevancia jurídica, que el legislador ha impuesto que sean conocidos por los Tribunales Ordinarios, podemos distinguir entre ellos, los de naturaleza penal y los de naturaleza contenciosa civil. Es en esta última serie de asuntos, en la que el legislador ha permitido la autocomposición, a través de medios como la Transacción, el Avenimiento y la

¹ Mario Casarino Viterbo , Manual de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.26

Conciliación. Es también, es esta última variedad de materias, en que se ha permitido la posibilidad de pactar la intervención de los Tribunales Arbitrales, para el juzgamiento de conflictos de esta índole, existiendo casos en que por el interés público comprometido esta posibilidad se encuentra proscrita.

Por lo anteriormente expuesto, puedo concluir que al lado de los Tribunales Ordinarios, establecidos por el legislador en el código Orgánico de Tribunales, se sitúan los Tribunales Arbitrales, instituidos en el mismo cuerpo legal. Ambos tipos de tribunales se encuentran establecidos por Ley para resolver determinadas clases de litigios. Pero el poder de resolver que ambos poseen, emana de la Jurisdicción del Estado, es por ello que el Tribunal Arbitral es uno más, en la organización de los Tribunales del Estado; cierto es que está sometido a reglas especiales y que sus funcionarios tienen un estatuto especial también, pero es imposible negarle su carácter de actividad pública.²

b) Derecho de Defensa:

Nuestra Constitución Política de la República, en su Art. 19 N° 3, incisos 1 y 5, ha establecido el principio del debido proceso y la bilateralidad de la acción, reconociendo a cualquier individuo que puede presentar sus pretensiones, jurídicamente relevantes, contra otro sujeto ante los Tribunales de Justicia, según lo indique la ley, a lo cual se le ha denominado “Derecho de Acción”.³

² Leonardo Aravena, Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, p.35.

³ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.90.

El derecho de defensa iguala o da la posibilidad que las partes de un proceso se coloquen en situaciones jurídico – procesales análogas, permitiendo que si una de ellas ha atacado, por medio del derecho de acción, la otra tenga los instrumentos para su defensa, haga o no uso de ellos.

Este derecho de defensa, también ha tenido reconocimiento legal concretándose en un instrumento llamado “excepción” y que ha sido definida por Eduardo Couture como: “... el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra el”⁴. Se tiene la facultad de oponer a excepción, en todo evento puesto que, “el demandado tiene derecho a ejercer la excepción en contra de la acción, tenga o no razón y aún conociendo su sin razón ya que el conocimiento de esto último cabe en el campo de la moral y no de la ciencia del derecho. Al fin, es un derecho procesal de defenderse, el cual no puede suprimirse, pues nadie puede ser juzgado sin haber sido escuchado, ello es la manifestación del debido proceso”⁵.

c) Excepción de Arbitraje.

A nivel constitucional se ha reconocido el principio denominado el “debido proceso”, el que se expresa de la siguiente manera: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento” (Art. 19 N° 3, inciso 5° de la Constitución Política de la República).

⁴ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.89.

⁵ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.95.

Por su parte la doctrina de los autores, ha desarrollado lo que en su opinión constituye “un justo y racional procedimiento” y lo anterior se manifestaría, según ellos, en: “el juego de las garantías procesales”⁶, el que está compuesto de los siguientes elementos: “garantía de la ley preexistente, juez competente y defensa”.⁷.

Del punto de vista del proceso arbitral, que es un medio para resolver conflictos con relevancia jurídica, por lo tanto, es de aquellos órganos que ejercen el “poder-deber” de la jurisdicción, deben también darse el juego de las garantías procesales, con e objeto de obtener el “justo y racional procedimiento” exigido por la constitución.

La primera garantía consiste, en la preexistencia de la ley que resuelve el conflicto que se presenta ante el árbitro, es decir debe estar definida con anterioridad a la perpetración del hecho, o bien, se autoriza en ésta que el juez resuelva conforme a equidad, como sucede en el caso de los árbitros arbitradores (Código Orgánico de Tribunales, Art. 223 inciso 1° y 3°).

La segunda garantía procesal que debe presentarse en el proceso arbitral, es el juez competente y lo será en este tipo de juicios, el que las partes han designado para la resolución de sus conflictos por los medios que la ley les permite

⁶ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.95.

⁷ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.95

(compromiso y cláusula compromisoria), mediando uno de estos pactos, sólo el juez designado en ellos tendrá facultad para conocer de aquellos negocios que las partes han colocado en la esfera de sus atribuciones. De consiguiente, la justicia ordinaria es incompetente para conocer del asunto sometido a arbitraje.

La tercera garantía procesal exigida, estará constituida por el “derecho de defensa” que posee el demandado.

Este derecho de defensa se concretará a través de la posibilidad de interponer la excepción de arbitraje, para denunciar la falta de competencia de los tribunales ordinarios, respecto de un asunto que ha sido sometido, por acuerdo de las partes, al conocimiento de los tribunales arbitrales, y que se ha interpuesto, erróneamente, ante aquellos y no ante estos últimos como corresponde de acuerdo al convenio arbitral.

Es de este modo que la excepción arbitral cumple con la garantía procesal que permite cumplir con el principio del debido proceso en el juicio arbitral.

Con el desarrollo de los conceptos anteriores, esto es Justicia Arbitral; Derecho de Defensa y Excepción de Arbitraje, podemos introducirnos de lleno en las nuestro primer capítulo llamado Las Fuentes de la Excepción de Arbitraje.

CAPÍTULO PRIMERO:

LAS FUENTES DE LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE.

I. Primera Fuente:

Pactos Arbitrales: Una de las fuentes que genera la excepción de arbitraje, la encontramos en la voluntad de las partes, la que se expresa por medio de las Convenciones de Arbitraje.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad, que rige gran parte de nuestra legislación civil, se permite que las partes contraten libremente en aquellas materias que no les está prohibido hacerlo. Consecuencia de este principio es que las partes pueden dar origen a una serie de convenciones, por las cuales someten determinadas materias a la decisión a un árbitro. Estas convenciones, que pasaré a analizar son: El compromiso y la cláusula compromisoria.

1.1. Compromiso:

La ley ha definido a los árbitros en el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales como: “jueces nombrados por las partes”, recalando la concurrencia de la voluntad de éstas para que exista arbitraje. Asimismo, se exige que el compromiso conste por escrito y en el se deben acordar los puntos señalados en el artículo 234 del código antes citado., esto es nombre y apellido de las partes litigantes y del árbitro nombrado; asunto sometido al juicio arbitral; las facultades que se confieren al árbitro; además del lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones

Por lo tanto, el compromiso nace a la vida jurídica por un acuerdo de voluntades manifestado en la forma que lo dispone la ley, y siendo éste plenamente válido producirá los efectos que le son propios, entre estos surge la *Excepción de Arbitraje* cuya fuente inmediata se encuentra en el compromiso; más, todo arbitraje tiene su antecedente remoto en la Ley, lo que ha expresado Aylwin de la siguiente manera “El arbitraje como institución jurídica independiente con fisonomía propia, debe su vida a la creación de la Ley”⁸, esto se debe a que solo en la medida que el legislador permita que las partes acuerden nombrar árbitros para la resolución de sus conflictos, solo con esta autorización, se pueden realizar tales pactos. Pero es menester actualizar la ley, por ello, las partes deben manifestar su voluntad en orden a que sus disputas sean resueltas por árbitros, ésta es la única forma de que el compromiso surta los efectos esperados por ellas.

El compromiso es un tipo especial de convención y no un contrato en el sentido estricto de la palabra, ya que aquel no genera obligaciones, que es el efecto propio de este último; el compromiso tiene por principal consecuencia, como analizaré más adelante, otorgar competencia a un tribunal arbitral, o en otro sentido, niega competencia a los tribunales ordinarios para conocer del asunto sometido a arbitraje, por lo tanto, se hace necesario que de alguna manera se proteja este efecto del compromiso y esta labor la realizar la *Excepción de Arbitraje*.

⁸ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.53.

Podemos concluir que, a través de la celebración del compromiso se está otorgando a las partes una excepción impeditiva que tiene por objeto obstar a que la justicia ordinaria conozca una materia que debe ser resuelta por la justicia arbitral.

1.2. Cláusula Compromisoria:

La cláusula compromisoria, también genera la excepción impeditiva de arbitraje.

La determinación de las diferencias y características de la cláusula compromisoria y del compromiso, han sido objeto de numerosas discusiones y soluciones muy disímiles; por un lado se encuentra aquella postura que afirma como fundamental diferencia entre estas dos instituciones, la existencia actual del conflicto al que ha sido llamado a conocer el árbitro, así en la cláusula compromisoria el conflicto no existiría al momento de pactarla; a diferencia del compromiso que al tiempo de convenirlo éste ya se habría suscitado, entre los autores que postulan esta teoría se encuentran Leonardo Aravena y otros exponentes extranjeros. Pero en el ámbito nacional, se ha señalado como el principal distingo entre estos institutos que: la cláusula compromisoria no contendría la designación de la persona del árbitro que debe conocer y resolver el asunto sometido a arbitraje; pero el compromiso sí comprendería dicha designación, entre los autores partidarios de esta posición figuran don Fernando Alessandri, don Mario Casarino y don Patricio Aylwin, concordamos con este último planteamiento que ha afirmado que en el

derecho chileno existen dos formas distintas de convención de arbitraje: “una que lleva anexa el nombramiento de árbitros y otra que no contiene esa designación”⁹.

De ninguna manera, puede sostenerse, como lo ha hecho don Fernando Fueyo,¹⁰ que la cláusula compromisoria constituya un contrato preliminar, así la figura del arbitraje, según esta teoría, debería ir precedida por otra, se ha dado como argumento por parte de autores españoles lo que a mi parecer es una afirmación muy débil; pues la cláusula compromisoria sería sólo una especie de estos pre-contratos y de ella nacería la obligación de celebrar el contrato prometido, y de este último se generaría la Excepción de Arbitraje. La Corte Suprema, ha dejado de lado esta última interpretación sobre la naturaleza de la cláusula compromisoria, y ha fallado reiteradamente que ella constituye un acuerdo “perfecto y acabado, a través del cual, se ha otorgado competencia a los tribunales arbitrales que se nombrarán en un acto posterior”.¹¹

En consecuencia, de la cláusula compromisoria surge la Excepción de Arbitraje, al igual que en el compromiso.

1.3. Efectos de los convenios de arbitraje:

Todo acto jurídico cualquiera que éste sea, produce determinadas consecuencias en el campo del derecho, las que son deseadas por el agente jurídico que lo

⁹ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.326.

¹⁰ Fernando Fueyo, Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Editorial Universo, año 1964 p.157.

¹¹ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile N° TXVIII, p.75.

realiza. En los actos jurídicos denominados convenios arbitrales, quienes lo ejecutan, buscan ser juzgados por un juez de su confianza; pero este efecto práctico se concreta en una consecuencia netamente jurídica.

Los convenios arbitrales tienen como medios para lograr su cumplimiento, uno positivo otro negativo, el primero se denomina *Acción*, por lo cual se puede reclamar la constitución del tribunal mediante el nombramiento del o de los árbitros. El segundo efecto se denomina *Excepción* y es el que estudiaremos a continuación.

La excepción en análisis, impide que el conocimiento del asunto sea llevado ante el juez ordinario, este efecto es de tal importancia que ha llegado a ser conceptualizado el compromiso en base a el, como “un acuerdo de derecho privado, querido por las partes, para producir efectos de derecho procesal, en cuanto da a las partes la facultad de impedir que el asunto en el considerado sea conocido por el juez ordinario”¹². En consecuencia, el pacto de arbitraje (llamado compromiso) deja de lado la competencia de los tribunales ordinarios para conocer de una determinada materia y por otra parte somete a las partes comprometidas a la competencia del tribunal arbitral, que nombran en ese mismo acto o en uno posterior. Por lo tanto, por medio del compromiso y la cláusula compromisoria, se produce la incompetencia de los tribunales ordinarios y las

¹² Leonardo Aravena, *Naturaleza Jurídica del Arbitraje*, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, p.98.

partes podrán alegar la falta de ella, si de hecho se llevare el asunto a su conocimiento y decisión.

Por otra parte, el efecto negativo que produce la cláusula compromisoria, es más amplio que el que produce el compromiso, puesto que a través de la primera se produce una “renuncia tácita a someter los negocios a la justicia ordinaria y se sujeta a las partes de una manera general a la justicia arbitral y las deja obligadas a constituir el tribunal que debe ejercer esa jurisdicción”¹³.

El compromiso produce este mismo efecto de una manera más restringida, ya que si llegan a faltar árbitros la justicia ordinaria retoma la competencia que le corresponde, puesto que los contratantes han pactado que el asunto sea fallado por aquel árbitro que nombraron en este acto y no por otro; pero en el caso de la cláusula compromisoria al no designar los árbitros específicos llamados a conocer del negocio, se ha otorgado por este hecho, una competencia general que no se deroga por la falta de algunos de los árbitros nombrados en un acto posterior. En definitiva la cláusula compromisoria, liga a las partes a la justicia arbitral, en forma indefinida hasta que se resuelva entre ellos el conflicto”¹⁴. En apoyo de lo anterior se encuentra un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, en que se ha confirmado el principio anteriormente expuesto: “nombrado un arbitrador, con las más amplias facultades y sin ulterior recurso y expirados dos años que la ley señala para desempeñar su cargo, sin que haga nada por concluirlo, las partes no

¹³ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.341

¹⁴ Leonardo Aravena, Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, p.113.

están obligadas a nombrar a otro, puesto que designaron el primero tomando en consideración la persona del arbitrador nombrado ¹⁵.

El fallo antes transcrito, corrobora que una vez pactado un compromiso, en el que las partes manifiestan su voluntad en orden a que un individuo determinado conozca del asunto y posteriormente este no se puede conocer y juzgar, renace la competencia de los tribunales ordinarios para conocer del asunto; extinguiéndose la Excepción de Arbitraje; también la doctrina ha ido en pos de esta opinión: “el sometimiento a un árbitro nominativamente designado, que implica el compromiso, puede significar la ineficacia del arbitraje en caso de faltar la persona señalada, lo que permitiría a la jurisdicción ordinaria recuperar la competencia perdida. En cambio en la cláusula compromisoria las partes se someten genéricamente al arbitraje de modo que quedan obligadas a nombrar árbitros tantas veces cuantas sean necesarias para obtener el fallo definitivo” ¹⁶.

1.4. Tipo y factor de competencia que se altera en virtud de la celebración de una convención de arbitraje.

Se afirma con mucha ligereza que, a través de los convenios arbitrales, se deroga la jurisdicción que le corresponde a los tribunales ordinarios y se les otorga ésta a los tribunales arbitrales; ahora bien, en nuestro ordenamiento legal, tanto unos

¹⁵ Corte de Apelaciones de Talca, Gaceta Jurídica 1926 N° 119, tomo II, p.520.

¹⁶ Rafael Eyzaguirre, el Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional, Editorial Jurídica de Chile, año 1981, p.26.

como otros poseen jurisdicción, por el hecho que el legislador los haya contemplado como órganos juzgadores independientes que ejerzan sus funciones en forma permanente como en el caso de los primeros, o en forma temporal como es la situación de los segundos.

Es lógico concluir que los tribunales arbitrales tienen facultades juzgadoras no por el hecho que las partes en una cláusula compromisoria hayan pactado que sean árbitros los que conozcan un determinado asunto, sino porque la ley los autoriza para ello. En definitiva, estos convenios arbitrales, no son atributivos de jurisdicción para el juez árbitro, ya que se desempeña como tal por mandato de la ley y no por el acuerdo de las partes, autónomamente que sean éstas las que deben actualizar la jurisdicción de los árbitros.

En todo caso, es evidente que las partes en las convenciones arbitrales modifican algún elemento de la competencia del juez ordinario, a ello me abocaré en las siguientes líneas:

Es claro que las partes a través de los acuerdos de arbitraje, están otorgando a los tribunales arbitrales competencia para conocer de un determinado litigio, ya que en el Art.108 Código Orgánico de Tribunales se ha definido ésta como. “la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de las esferas de sus atribuciones” y justamente las partes colocan en la esfera de atribuciones del árbitro el conocimiento de determinadas materias, respecto de las cuales el arbitraje está permitido.

Asimismo, la ley ha creado numerosos tribunales y por ello se hace menester, indicar por ese mismo instrumento jurídico, que debe conocerse cada uno de ellos. Como es elemental, es imposible que la ley indique que tal caso entre tales partes deberá ser conocido por aquel tribunal específico. Consecuencia de lo anterior, es que el legislador ha entregado pautas para determinar el asunto en cuestión, estos patrones suelen dividirse en dos clases de competencia, la primera llamada competencia absoluta y sirve para determinar la clase o jerarquía del tribunal que debe conocer un asunto judicial y la segunda denominada competencia relativa, la cual debe conocer, en definitiva el asunto.

Ahora bien, cada tipo de competencia se encuentra compuesta por uno o varios índices que ayudan a realizar la función que le corresponde a cada clase de competencia. Retomando el hilo de la explicación, debemos determinar qué clase de competencia y que tipo de factor es alterado a través de las convenciones de arbitraje.

En primer lugar, se encuentra la competencia absoluta, ella está compuesta por cuatro factores o índices que se denominan y se relacionan con la alteración de ellos por la convención de arbitraje, de la siguiente manera:

El primer factor, se denomina *Fuero*, éste no puede ser alterado por una convención de arbitradores, ya que cada vez que se establece es por razones de orden público. El segundo factor está determinado por la *materia*, éste tampoco

es alterado por los pactos de arbitraje, ya que el legislador ha delimitado muy bien la esencia de los asuntos que puede conocer un árbitro y éstos sólo se circunscriben en lo civil – contencioso y comercial. El tercer factor es la *cuantía*, este factor, en la actualidad no tiene ninguna incidencia en la competencia, ya que sólo tiene importancia para los efectos del procedimiento aplicable.

En definitiva, los factores de *competencia absoluta* no pueden ser alterados por las convenciones de arbitraje, ya que sus normas son de orden público y por lo tanto irrenunciables a través de convenciones

En segundo lugar, encontramos la llamada *competencia relativa*, cuyo factor determinante está constituido por el *territorio*. Este factor puede ser alterado por las partes en los pactos de naturaleza arbitral, ya que es el único factor de derecho público, pero de interés privado, el cual puede ser disponible y renunciado por la sola voluntad de las partes.

Lo anteriormente expuesto tiene relevancia dada la afirmación de algunos autores investigados, que manifiestan, frente a un acuerdo de arbitraje, la incompetencia absoluta de los tribunales ordinarios para conocer del asunto. Dentro de este razonamiento, ello sería inexacto ya que el arbitraje voluntario juega en el campo de la competencia relativa, por lo tanto, los tribunales ordinarios pueden retomar la competencia a través de la prórroga de ella ya sea expresa o tácita, de lo que se colige que la Excepción Arbitral es renunciado si no es interpuesta en tiempo y forma, por ello, su no interposición en caso de ser procedente se asimila a la

prórroga tácita. Así lo ha expresado la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la que sentó jurisprudencia de la siguiente manera “el hecho de haber juicio pendiente sobre nulidad de un arbitraje constituido, no priva al árbitro del ejercicio del cargo, mientras no se dicte sentencia de término que lo declare nulo.

El arbitraje constituido para resolver todas las diferencias, reclamos o cuestiones que puedan surgir entre las partes con motivo de un contrato, comprende la demanda en que se pide su cumplimiento de un modo especial.

Sin embargo, si deducida esa demanda ante el juez ordinario, se presenta el demandado ante ese juez practicando cualquier gestión antes de reclamar la cuestión de competencia, se entiende prorrogada la jurisdicción de ese juez”¹⁷.

1.5. Independencia de la cláusula compromisoria:

En todo acto o contrato pueden contenerse varias manifestaciones de voluntad dirigidas a fines distintos, y por ello, generan efectos o consecuencias jurídicas diversas unas de otras. Así es corriente que en los contratos, se pacte por las partes diversos acuerdos y entre ellos los denominados pactos arbitrales, los que en definitiva van dirigidos a transmutar la competencia de los tribunales ordinarios hacia los arbitrales. Puede suceder que por la ubicación que se les da a estos convenios, es decir como una cláusula más dentro de un contrato, surja la duda,

¹⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Gaceta Jurídica 1915 N° 299, tomo II, p.739.

dado el supuesto de adolecer este de algún vicio de nulidad. En definitiva, frente al vicio que lo afecta, cabe preguntarse si el pacto accesorio de arbitraje subsiste o queda sin efecto al igual que el contrato al cual éste accede.

Para contestar lo anterior, debemos indicar que en un comienzo la cláusula compromisoria solía ser insertada como estipulación accesorio, dentro del contrato principal. Posteriormente se desarrolló como una figura autónoma aislada de cualquier relación jurídica distinta. Aún más, la denominación que se le da parece indicar que debería formar parte de un contrato que contuviera además otras estipulaciones entre las partes, y para resolver las controversias que pudieran producirse respecto de las restantes estipulaciones de tal contrato, por ello se le incluiría. Pero no es necesario la existencia de tal contrato para que la cláusula compromisoria pueda tener lugar o efecto. Incluso esta última figura es una figura jurídica completa, que no puede decirse que necesite integrarse de elementos de otro contrato, sólo está regulado respecto de la suerte que correrán determinadas controversias al producirse estas, sumando a ello el hecho de que generalmente se la encuentra incluida entre las cláusulas de un contrato, esto no le quita su individualización jurídica capaz de producir sus propios efectos con absoluta independencia del contrato al cual, por razones prácticas se incorpora.

La jurisprudencia Italiana ha sostenido que “La cláusula compromisoria no constituye un pacto accesorio del negocio jurídico sustancial al cual se adhiere; antes bien es una determinación autónoma de voluntad marcadamente distinta en

su causa del contrato al cual accede”¹⁸. Por otra parte, convenios internacionales en materia de arbitraje como el Reglamento UNCITRAL, han apoyado este principio de la independencia de la cláusula compromisoria; “Una cláusula que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente reglamento, se considerará como acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato”.¹⁹.

Así podemos responder la interrogante que vengo presentando desde un principio, señalando que aún cuando el contrato al cual esté anexada la cláusula compromisoria, adolezca de alguna nulidad subsiste, la competencia de la justicia arbitral y se puede oponer la correspondiente Excepción de Arbitraje, si se pasa a llevar el acuerdo.

Se debe hacer la salvedad, de que si el vicio del cual adolece el contrato y la cláusula compromisoria, es la falta de capacidad de una de las partes, sólo en este supuesto, no podría entrar a conocer el tribunal arbitral, ni interponer la Excepción de Arbitraje, ya que el incapaz que no tiene facultades suficientes para obligarse, en menor medida las puede tener para que la justicia arbitral conozca un asunto que, por su posición desmedrada requiere protección. Por lo tanto los vicios de incapacidad no sólo acarrearán la nulidad del contrato principal, sino que también la cláusula compromisoria que puede llevar anexada.

¹⁸ Fernando Fueyo, Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Editorial Universo, año 1964 p.141

¹⁹ Fernando Fueyo, Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Editorial Universo, año 1964 p.141

II. Segunda Fuente:

La ley:

El legislador puede imponer que determinados asuntos sean conocidos y juzgados exclusivamente por la justicia arbitral, disponiendo como única alternativa de competencia a ésta. Así, es fuente del arbitraje la Ley, cuando su origen se encuentra en una disposición legal que lo impone.

Para que este tribunal pueda impartir justicia es necesario que se constituya, pues aunque la ley le otorga competencia, los tribunales arbitrales a diferencia de los ordinarios, no tienen una estructura orgánica ni tampoco poseen una existencia permanente, así lo ha dicho la doctrina “pero sea, cual sea, la fuente del arbitraje es necesaria de un acto de manifestación de voluntad o una gestión de las partes para designar al árbitro y constituir el tribunal arbitral”.²⁰

En definitiva, el legislador en todos aquellos casos de arbitraje forzoso dispone la celebración de un contrato de compromiso en forma forzosa, independiente por completa o de la voluntad de las partes, la cual el único rol que juega es el de nombrar al árbitro, a través del instrumento cuya celebración se impone. Así, la ley será el origen también de la Excepción de Arbitraje ya que ésta se general desde el momento que se impone una materia de arbitraje forzoso, y el efecto o consecuencia jurídica buscada por el legislador, es que la justicia ordinaria se abstenga por completo del conocimiento de estos asuntos, que en nuestra

²⁰ Fernando Fueyo, Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Editorial Universo, año 1964 p.148

legislación se encuentran enumerados en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales.

El legislador lo que realiza, al disponer que un asunto sólo puede ser conocido por árbitros es declarar en forma implícita la incompetencia absoluta de la justicia ordinaria, y el factor de competencia que en este caso el propio legislador modifica es la materia, ya que se basa, para imponer el arbitraje forzoso, esencialmente en que ellos son casos que versan sobre problemas técnicos y en los que por motivos de rapidez y economía es preferible que lo conozca un juez con conocimientos amplios sobre el tema específico que se trata y que el árbitro sea designado por las partes.

Al proclamarse, la derogación de la competencia de la justicia ordinaria, no cabe la prórroga de competencia a ésta, como tampoco la renuncia de las partes a que lo conozca el juez árbitro, puesto que, se ha producido la incompetencia absoluta en razón de la materia para los Tribunales Ordinarios. Por lo tanto, la Excepción de Arbitraje, nacida de la ley, en todos los casos de arbitraje forzoso, respecto de ella no cabe su renuncia expresa o tácita, ya que no es disponible para las partes.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA NATURALEZA JURIDICA DE LA EXCEPCION DE ARBITRAJE.

Determinar la naturaleza jurídica de una institución, consiste en fijar su especial contenido, lo que intentaré desarrollar en este estudio, determinando a qué institución es posible asimilar la excepción de arbitraje, ya que en la actualidad no tiene un tratamiento específico, por lo cual es una institución poco conocida, siendo necesario aplicarle normas de otras instituciones jurídicas que se le asemejen o que, por lo menos, tengan efectos similares.

La excepción de arbitraje es un instrumento jurídico que permite concretar el derecho de defensa, pero toda excepción debe poseer un contenido propio. Por lo anterior, el determinar el contenido jurídico de cada excepción, nos permitirá vislumbrar sus diferencias, clasificaciones y, en definitiva, su naturaleza jurídica.

Por lo anterior, será necesario exponer las siguientes teorías, a fin de determinar el contenido de la excepción de arbitraje.

1) Naturaleza jurídica de la excepción de arbitraje de origen convencional.

a) La **primera teoría** que expondré, es aquella que ve en el contenido de la excepción de arbitraje la *falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios* para conocer un asunto sometido a la decisión de un tribunal arbitral.

Esta posición ha sido sustentada por Patricio Aylwin, quien citando a Mattirollo, concluye que el contenido de la excepción de arbitraje es: “La derogación respecto de las partes de la jurisdicción de los tribunales ordinarios al sometimiento de la jurisdicción arbitral”²¹, como consecuencia de lo anterior agrega: “Lo tribunales ordinarios pierden su jurisdicción para conocer de los asuntos sometidos a arbitraje y quedan radicalmente privados de todo poder para juzgarlos”²², asimismo expresa: “En realidad, en estos casos los tribunales ordinarios no solo son incompetentes, sino que carecen en absoluto de jurisdicción respecto de las materias y partes comprendidas en el compromiso”²³.

Esta doctrina señala en definitiva que, *el efecto negativo* que producen las convenciones de arbitraje “es la derogación de las jurisdicciones ordinarias”²⁴, y este efecto es protegido jurídicamente por la excepción de arbitraje, por lo tanto, aquel es el contenido de ésta.

Ahora bien, se debe razonar en el sentido de que sí será posible que las partes puedan alterar (derogar) el poder de juzgar que la ley les ha atribuido a los Tribunales ordinarios. Para contestar acertadamente esta interrogante, debemos adentrarnos en las características del “poder – deber” llamado jurisdicción y determinar si éste es o no disponible por la voluntad de las partes.

²¹ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.304.

²² Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.305.

²³ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.305.

²⁴ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.304.

“La *jurisdicción* presenta diversas características, la primera de ellas consiste en que es una función pública cuyo ejercicio privativo le corresponde a los tribunales establecidos en la ley. A todo tribunal, para el ejercicio concreto de la función que le asigna la ley, se le otorga competencia (ámbito de facultades). Por otra parte, la función jurisdiccional se manifiesta por medio de un instrumento llamado proceso, el cual, supone un juzgamiento final, el que debe ser inamovible e inimpugnable (cosa juzgada).

Asimismo se presentan como características de la jurisdicción que ella es *improrrogable y unitaria (eventual)*”.

A las dos últimas características, prestaremos especial atención, ya que dicen relación con la cuestión propuesta. Se dice que la jurisdicción es *improrrogable*, lo que significa que ella no puede ser delegada a persona alguna, sino por mandato de la ley; y es *unitaria*, ya que ella no admite división alguna, siendo una e indivisible.

En virtud de las características expuestas, se puede concluir que la jurisdicción es el poder de juzgar encomendado por la ley a ciertos órganos y entre ellos encontramos a los tribunales arbitrales, a los que una vez otorgado este poder les es inamovible e indisponible por la sola voluntad de las partes, por lo tanto éstas

no pueden, como lo afirma Aylwin, derogar la jurisdicción de los tribunales ordinarios y someterlo a la jurisdicción arbitral”²⁵.

Ello constituye una contradicción en todo sentido: Por un lado, ya que se le atribuyen facultades a las partes en una convención, la que sólo posee el legislador, y que es otorgar jurisdicción; y por otro lado, es impreciso al referirse a dos tipos de jurisdicción, esto es: la arbitral y la ordinaria, siendo que sólo existe una jurisdicción y es la que otorga el legislador a todo órgano designado por él como juzgador.

En virtud de lo anterior, la posición adoptada por Aylwin no es acertada, ya que todo tribunal tiene poder para juzgar desde que el legislador lo contempla como órgano jurisdiccional independiente que se le entregue el conocimiento de determinadas materias y se le excluya del conocimiento de otras, puesto que esto último constituye un problema de competencia y no de jurisdicción.

A mayor abundamiento, sostener esta posición, sería tan desacertado como decir que por el hecho que a un tribunal se le entregue el conocimiento de asuntos con carácter penal y no de naturaleza civil, éste carezca de jurisdicción, ya que en definitiva, un tribunal sin jurisdicción no es tal, puesto que lo que diferencia a un tribunal de cualquier otro órgano decisor es este especial poder.

²⁵ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.304.

Podría bien argumentarse, en contrario, que Aylwin ha expresado, también que: “Los tribunales ordinarios pierden jurisdicción para conocer de los asuntos sometidos a arbitraje”²⁶. En virtud de las características de la jurisdicción llamada *unitaria*, un tribunal no puede tener jurisdicción sesgada para conocer, lo que sí puede ocurrir es que no tenga competencia, punto al cual me referiré más adelante. La jurisdicción no se divide ni se prorroga.

Se ha sostenido que la falta de jurisdicción puede producirse, en dos hipótesis: “cuando se somete la pretensión a un particular cualquiera que no asume la calidad de juez y cuando es sometida a un juez que ejerce jurisdicción distinta de aquella que es apta para fallar la pretensión, como si se somete a un tribunal aduanero una pretensión que debe sujetarse al conocimiento de los tribunales ordinarios”.

Respecto de la primera hipótesis, no hay jurisdicción y por lo tanto “los actos que se sucedan ante dicha persona no constituyen proceso y la resolución que dicte no es propiamente sentencia”. Sin embargo disentimos con la segunda hipótesis, ya que como tribunal tiene jurisdicción para conocer y juzgar, lo que no posee dicho tribunal es competencia para conocer de ese asunto específico, dicho tribunal puede emitir un pronunciamiento pero éste será anulable por la vía del recurso extraordinario de casación en la forma.

²⁶ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.305.

En nuestro concepto, no se puede referir a que no se tiene jurisdicción respecto de determinadas materias, ya que esto alude a un problema de competencia. En definitiva, la jurisdicción es un poder abstracto del que está revestido todo tribunal ordinario, especial o arbitral, que por disposición del legislador tenga facultad para juzgar.

Por otra parte, adoptar la posición que rebatimos sería contradictorio dentro de las conclusiones a que arribamos en el Capítulo I sección 4 letra d, ya que en la hipótesis que el contenido de la Excepción de Arbitraje fuera la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios, estos no podrían recuperarla a través de la proroga de competencia. Si bien, el Título VII, párrafo 8 del COT, se refiere a la proroga de jurisdicción, es opinión unánime de los tratadistas²⁷ que se refiere a la prórroga de competencia, ya que la jurisdicción es improrrogable.

El principio de que aún sometido a arbitraje un asunto puede ser conocido por un tribunal ordinario que da sin lugar a dudas resuelto ya que los tribunales de justicia lo han fallado así reiteradamente²⁸.

Queda pues descartada la teoría que ha determinado como contenido de la Excepción de Arbitraje a la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de un asunto sometido a arbitraje.

²⁷ Mario Casarino Viterbo , Manual de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p. 308

²⁸ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Gaceta 1915, Tomo II N° 299, p.739.

b) Segunda teoría sobre la naturaleza jurídica de la Excepción de Arbitraje, la cual determina como contenido de ésta “La renuncia al conocimiento del asunto por la autoridad judicial”.

Otra parte de la doctrina representada por Chiovenda quien es citado por Leonardo Aravena ha determinado como el contenido de la Excepción de Arbitraje a: “la renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial”²⁹, plegándose a ésta Aravena agrega: “No se trata de una excepción de incompetencia, por cuanto el problema que se plantea no es de competencia para conocer de un asunto entre el juez ordinario y el juez árbitro. Se trata más bien de un problema de renuncia por las partes a la jurisdicción ordinaria, reemplazándola por la justicia arbitral a la que se entrega el asunto por mandato expreso del pacto previo de arbitraje, ya sea cláusula compromisoria o compromiso ³⁰.”

Esta doctrina es diferencia de la anteriormente expuesta por una pequeña sutileza, en ésta se habla de renuncia a la jurisdicción ordinaria y en la primera de la derogación de ella.

Ahora bien, ¿en que consiste propiamente la renuncia jurídica?; ¿Puede renunciarse la jurisdicción?. El artículo 12 del Código Civil dispone: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. Son dos los

²⁹ José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Reus S.A., 1925, Pág. 143.

³⁰ Leonardo Aravena, Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, p.97.

requisitos para que proceda la renuncia; el primero que exista una ley que confiera pues lo anterior equivaldría a otorgar el poder de derogación de las leyes a simples particulares³¹. El segundo requisito es que este derecho mire sólo el interés individual del renunciante, determinar esto último es de suyo difícil, pero se puede llegar a conocer cuando un derecho es de interés privado fijándose en su fundamento y fin³².

Ahora bien, la jurisdicción en sí misma es una función pública y de ninguna forma un derecho subjetivo, pero existe una manera especial de entender esta función, ya que los particulares tienen el derecho a que los tribunales de justicia conozcan sus pretensiones (artículo 10 inciso 2º Código Orgánico de Tribunales, principio de la inexcusabilidad) en este sentido es un derecho para los individuos, el cual puede ejercer o no, Respecto del interés público existente en la función jurisdiccional, éste es evidente, ya que el fundamento de ella se encuentra en una manifestación del poder soberano, y en su fin en la necesidad de resolver controversias con relevancia jurídica, sin duda el interés público queda de manifiesto en la función jurisdiccional.

Pero respecto del aspecto individual de la jurisdicción, el particular puede o no presentarse ante los órganos de justicia para que resuelva un conflicto jurídicamente relevante, ya que los tribunales sólo excepcionalmente proceden de oficio.

³¹ Antonio Vodanovic H., Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, año 1971, p.171.

³² Antonio Vodanovic H., Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, año 1971, p.171.

Concluimos que en definitiva, la jurisdicción como función pública no se puede renunciar puesto que no es un derecho para las partes, si no una maquinaria más de la organización del Estado y como tal de interés general. Pero si vemos la jurisdicción del punto de vista de cada individuo sin duda ella es renunciable, pues basta solucionar los conflictos por otros medios como la transacción o el avenimiento sin necesidad de recurrir a la jurisdicción ordinaria.

Es mi opinión, que la función pública de la jurisdicción no se renuncia ni menos puede reemplazarse por otra, como propone Aravena, ello induce nada más que a confusiones conceptuales ya que, la soberanía es la manifestación de un poder único e indivisible, otorgado a determinados órganos, que permite que éstos reconozcan y juzguen todo aquello que la ley ponga en la esfera de sus atribuciones.

Lo expresado por Aravena tampoco nos da luz cerca de la diferencia entre la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de un asunto sometido a la justicia arbitral y la pretendida existencia de una renuncia a la jurisdicción ordinaria. Así se cae en dos inexactitudes: La primera, se divide la jurisdicción en ordinaria y arbitral siendo que ella presenta por características el ser unitaria, y la segunda se afirma en forma muy superficial la posibilidad de renunciar a la jurisdicción lo que es imposible, pues ella es indisponible.

Dentro de esta posición Chiovenda afirma que la Excepción de Arbitraje tendría por contenido “la renuncia al conocimiento de la controversia por la autoridad

judicial”³³, rebatimos esta doctrina desde todo punto de visto, ya que al conocimiento del asunto no se ha renunciado de ninguna manera, ya que éste será dirimido por un juez árbitro, que en todo caso, es una autoridad judicial con facultades de tal.

c) Tercera doctrina: Aquella que determina el contenido de la Excepción de Arbitraje como la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer del asunto sometido a arbitraje:

Existe en nuestro concepto una forma más clara y menos rebuscada de entender el contenido de la Excepción de Arbitraje, y consiste en la falta de competencia de los tribunales ordinarios para conocer de un asunto sometido a la decisión de un juez arbitral.

Quedo demostrado que a través de los convenios de arbitraje no se puede derogar, renunciar o trasladar la jurisdicción de los tribunales ordinarios a los arbitrales. Según nuestro análisis ellos constituye una contradicción, ya que el poder de juzgar viene determinado por el legislador y no por la voluntad de las partes, éstas no tienen ninguna ingerencia en la creación, otorgamiento, modificación o extinción de este poder, sólo una manifestación del poder soberano, cómo es la ley puede hacerlo.

³³ José Chiovenda, Principios de Derecho Procesal Civil, Reus S.A., 1925, Pág. 143.

Ahora bien, lo que las partes atribuyen a los árbitros que nombran en un compromiso o que nombrarán en un acto posterior como en el caso de la cláusula compromisoria, es la facultad para conocer determinados negocios los cuales, por regla general los deberían conocer los tribunales ordinarios, pero por el pacto expresado de las partes que mudan la competencia del juez ordinario al juez árbitro conoce del asunto este último.

Ratifica, la anterior interpretación una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, que expresa: “Que si bien en principio los tribunales ordinarios comunes son competentes para conocer de todo tipo de asuntos judiciales contenciosos que se promuevan en el orden temporal dentro del territorio de la República, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que en ellos intervengan; estos no obstante, pueden perder su competencia cuando las partes interesadas en el asunto controvertido, acuerdan someterlo al fallo de jueces particulares nombrados por ellas mismas o por la autoridad judicial en subsidio, siempre que el asunto litigioso no sea de aquellos que la ley prohíbe someter a arbitraje”³⁴.

Pues bien, quedando establecido que las partes en los convenios de arbitraje se limitan a mudar un elemento de la competencia, con el objeto que el asunto entre ellas suscitado sea conocido y resuelto por árbitros y no por jueces ordinarios, será éste el contenido de la Excepción de Arbitraje. Esta Excepción es sin duda, de carácter relativa, dado a que la justicia ordinaria puede retomar aquella

³⁴ Gaceta Jurídica, Tomo I, N° 78, p.351.

competencia mudada al juez árbitro, que por medio de la prórroga de competencia. Esta última es muy peculiar, ya que generalmente se prorroga del juez naturalmente competente para conocer del asunto a otro que no es el juez natural, pero en la prórroga que aludimos sucede lo contrario, volviendo el juez natural a conocer del asunto. De esta forma se ha explicado el fundamento de la prórroga de competencia del juez árbitro al ordinario, y no es otro que la Excepción de Arbitraje tiene como contenidos la incompetencia de los tribunales ordinarios y si ésta no se alega en tiempo y forma se produce la prórroga de competencia tácita.

A mayor abundamiento transcribiré un trozo del libro “La Justicia Arbitral” de don Patricio Aylwin, en el se expresa mi opinión sobre la diferencia que existe entre el concepto de jurisdicción y de competencia. Curiosamente este texto sirve de apoyo a la opinión última sustentada sobre el contenido de la Excepción de estudio, y no a aquella que adhiere Aylwin: “nos parece evidente que son cosas distintas el poder de juzgar de los árbitros y la medida o extensión de ese poder. Lo primero es lo que le da al compromisario su carácter de tal, lo que lo constituye en tribunal, de modo que si careciera en absoluto de poder de juzgar no sería, árbitro ni juez, ni sus actos tendrían valor judicial alguno. En cambio, la extensión de los poderes del arbitro no afecta su calidad de tribunal, de manera que si un compromisario que lo es en verdad, porque tiene poder de juzgar, se excede más allá de sus poderes, no actúa como un particular desprovisto de toda

jurisdicción, sino como un juez que sobrepasa la esfera de sus atribuciones”³⁵, asimismo ha ratificado esta interpretación la Corte Suprema sentenciando: “que el árbitro legalmente designado que dicta su sentencia después del término de sus funciones, no tiene el carácter de simple particular desprovisto de toda jurisdicción, sino el de un juez o tribunal que sólo ha perdido su competencia para juzgar”³⁶.

Lo anteriormente reproducido confirma nuestro pensamiento en el sentido que los árbitros poseen jurisdicción por disposición de la ley, y que a través de los convenios arbitrales pueden llegar a tener competencia para conocer determinados asuntos, una vez celebrados validamente estos acuerdo la justicia ordinaria será incompetente para conocer del asunto. Y en todo caso se otorga un instrumento para denunciar la falta de este presupuesto procesal ante la justicia ordinaria, a través de la Excepción de Arbitraje, que es una excepción de incompetencia que viene determinada por su especial origen: el arbitraje.

2) Naturaleza jurídica de la Excepción de Arbitraje de origen legal.

El contenido de la Excepción de Arbitraje de origen legal es similar al de aquella que nace de la voluntad de las partes, ya que ambas son de incompetencia.

Pero existente una diferencia fundamental, ya que la ley ha excluido por completo la posibilidad que los asuntos de arbitraje forzoso sean conocidos por la justicia

³⁵ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.412.

³⁶ Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX, sección primera, p.83

ordinaria, al expresar que: “Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes ...” (Art.227 Código Orgánico de Tribunales, por lo tanto, la Excepción de Arbitraje en este caso no es relativa sino que absoluta. Ello significa, por una parte no procede la prórroga de competencia expresa o tácita, y por otra, que si este asunto de arbitraje forzoso llega a ser conocido por los tribunales ordinarios, estos últimos serán absolutamente incompetentes. Con todo, en el evento que la justicia ordinaria emita un pronunciamiento sobre materias de arbitraje forzoso “la sentencia se convalida, así como el proceso que la precedió”³⁷.

3) Fundamento de la Excepción de Arbitraje:

En esta sección deseamos presentar el apoyo o fundamento doctrinal de la Excepción en estudio. En este punto convergen dos temas analizados con anterioridad ellos son: el origen y la naturaleza jurídica de la Excepción de Arbitraje.

La ley ha contemplado derechos de carácter subjetivos; son aquellos que atribuyen facultades a los individuos, pero también se otorgan los llamados derechos adjetivos; que constituyen el medio o instrumento de defensa de los primeros.

Dentro de este esquema encontramos en nuestra legislación a facultad para que las parte puedan celebrar convenios arbitrales, por medio de los cuales, otorgan

³⁷ Alex Avsolomovich; Germán Luhts Antonich; Ernesto Noguera, Nociones de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, p.66.

competencia a los jueces árbitros, a la vez otorgan medios por los cuales proteger los efectos propios de estos convenios. Así se ha creado la Acción de Arbitraje, por la cual, se logra que los árbitros sean designados; y la Excepción de Arbitraje, a través de ellas se posibilidad denunciar la falta de un presupuesto procesal, que en la especie es la competencia.

El convenio de arbitraje produce pues, un efecto netamente procesal creando una excepción impeditiva, la cual, excluye a la justicia ordinaria del conocimiento de un determinado asunto.

Ahora bien, podemos concluir que el fundamento puramente doctrino de la Excepción de Arbitraje es el proteger el efecto negativo de éste.

Pero debemos ir más allá, y lograr averiguar el fundamento positivo de la Excepción en estudio, aquí también adquiere especial importancia el origen de la Excepción de Arbitraje, dado que si el origen se encuentra en la voluntad de las partes, tendremos como fundamento de ella, en forma mediata, a la ley ya que ella autoriza a las partes a celebrar las convenciones de arbitraje y es ella asimismo, quien otorga jurisdicción al tribunal arbitral. Pero son las partes actuando como fuente inmediata quienes determinan el ámbito de conocimiento del juez árbitro que de designa en ese acto o en uno posterior a éste. Por lo anterior, para fundamentar adecuadamente a la Excepción de Arbitraje debemos señalar que nos encontramos en aquellos casos de “arbitraje permitido”, y que existe un convenio válido y eficaz, el cual expresa la voluntad de las partes en orden a que

el conflicto sea conocido por un tribunal arbitral y no por los tribunales ordinarios, como podría pretenderse.

Si, el origen de la Excepción de Arbitraje se encuentra en la ley, ésta última actúa tanto como fuente mediata otorgando jurisdicción al tribunal arbitral, y como fuente inmediata ya que es ella quien otorga el ámbito de conocimiento del juez árbitro, determinando esto último por todas aquellas situaciones contempladas en el artículo 223 el Código Orgánico de Tribunales. Basta pues, para fundamentar la Excepción de Arbitraje con comprobar que se encuentra en algunos de los casos de arbitraje forzoso.

A esta altura de la exposición, hemos creído conveniente insertar la razón por la cual se ha denominado a la institución en estudio; “Excepción de Arbitraje”, esto se ha debido a que dicha expresión, abarca todas aquellas situaciones en las que puede originarse la excepción que nos ocupa, ya sea cuando ella nace de un convenio arbitral o de la ley.

4) La Excepción de Arbitraje es clasificada entre las excepciones dilatorias.

En todo sistema jurídico, se contempla a nivel constitucional y legal el derecho de defensa procesal en beneficio de aquel en contra del cual se interpone una pretensión jurídicamente relevante, ello constituye un principio de elemental justicia. Pero dicha defensa puede adoptar diferentes modos de ser, que en

definitiva se concretarán en las distintas conductas adoptadas por el demandado, éstas son, en el concepto de Hugo Alsina, las siguientes:

“No comparecer, siguiéndose el juicio en rebeldía del demandado; El demandado parece y se allana; El demandado rehusa a contestar la demanda por motivos de orden procesal; El demandado comparece pero guarda silencio; El demandado contesta la demanda negando los hechos en que se funda; El demandado contesta la demanda y sin negar los hechos invocados por el actor, les desconoce trascendencia jurídica; El demandado reconoce los hechos, pero alega un hecho impeditivo o extintivo de la relación jurídica cuyo reconocimiento el actor pretende; El demandado, sin desconocer el derecho del actor alega una circunstancia impeditiva (error, dolo, fuerza)”³⁸

Todas estas conductas están revestidas de diferentes ropajes jurídicos, adquiriendo distintas denominaciones como: Excepción dilatorias, perentorias, defensa propiamente tal, etc.

En la presente sección determinaremos que clase de excepción es aquella que es objeto de esta memoria, o en otras palabras que tipo de defensa jurídica es esta especial excepción de incompetencia llamada de Arbitraje.

La competencia es un presupuesto para que el proceso incoado sea válido y eficaz. Si se desconoce un acuerdo de arbitraje o una disposición legal que lo

³⁸ Hugo Alsina, Defensa y Excepciones, Ediciones Rialp S.A., 1958, p.60.

impone demandándose ante un tribunal que no tiene facultades para conocer del asunto, el demandado debe anunciar la falta de este presupuesto a través de la Excepción de Arbitraje.

El Código de Procedimiento Civil en sus artículos 303 y siguientes, dispone La clasificación “más común de las excepciones, es la que distingue entre dilatorias, perentorias y mixtas. Esta clasificación, toma los distintos tipos de excepciones considerando su finalidad procesal, sus relaciones con el proceso, según tiendan a postergar la demanda, que la ataquen directamente provocando una defensa sobre el fondo, o que mediante una simple cuestión previa se procure la liquidación total del juicio”³⁹. La excepción de arbitraje se clasifica dentro de las llamadas excepciones dilatorias, ya que son éstas las que denuncian la falta de los presupuestos procesales, como lo es en la especie de la competencia.

Estas excepciones de carácter dilatorio producen “la paralización del proceso iniciado, ya que está ausente un presupuesto procesal”⁴⁰. A su vez esta excepción actuará como “una limitación temporal al derecho de acción”⁴¹, por lo tanto son este tipo de excepciones , nada más “que obstáculos temporarios y como efecto sólo producen un rechazamiento de la acción por un tiempo”⁴². En efecto, interpuesta la excepción de arbitraje y siendo ésta acogida por el juez, de ninguna manera afecta la existencia de la acción para recurrir a los tribunales

³⁹ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.60.

⁴⁰ Hugo Alsina, Defensa y Excepciones, Ediciones Rialp S.A., 1958, p.71.

⁴¹ Oskar Von Bülow, La Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales, Ediciones Jurídicas Europa América, 1964, p.254.

⁴² Oskar Von Bülow, La Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales, Ediciones Jurídicas Europa América, 1964, p.276.

arbitrales ya nombrados o solicitar el nombramiento de éstos, según sea el caso. De esta forma se percibe con mayor claridad la función fundamental que realizan las excepciones de carácter dilatorio; sanear todo vicio formal que impida un proceso válido y eficaz, puesto que violar un pacto procesal, como es un acuerdo de arbitraje, implica transgredir las formas procesales lo que lleva por consecuencia ignorar la garantía del debido proceso.

La regla general es que las formas procesales vengan exigidas heterónomamente por la ley, pero existen institutos de carácter excepcional en que se permite que por medio de una convención se regulen formas que tienen incidencia en el proceso, éstas que según el pacto de arbitraje pueden ser alteradas con relativa amplitud y deben ser respetadas por las partes que las han convenido, en caso que no sigan el camino trazado por ellas mismas, la ley indica la manera en que debe repararse tal desviación. Así los defectos de la demanda, como ser la falta de capacidad de las partes; incompetencia del tribunal; omisión de los requisitos exigidos, etc., autorizan las llamadas excepciones dilatorias que constituyen un medio para impetrar la nulidad procesal, “pero no toda violación de una forma procesal tiene como consecuencia una nulidad, y el medio de obtener su reparación depende de la naturaleza o gravedad de la infracción cometida”⁴³. En el caso de la excepción de arbitraje, produce como consecuencia, por una parte, la nulidad del proceso incoado ante el tribunal incompetente; y por otra, el defecto puede ser subsanado, concurriendo las partes al tribunal competente.

⁴³ Hugo Alsina, Defensa y Excepciones, Ediciones Rialp S.A., 1958, p.21.

Entre las posiciones que se adoptan respecto del contenido de la excepción de arbitraje, se encuentra aquella que lo determina como la falta de jurisdicción de los tribunales ordinarios, si se adopta esta teoría, la excepción en estudio no tendría ya el carácter dilatorio, puesto que : “no estaría destinada a corregir vicios de procedimiento, afectaría el fondo de la acción deducida; en otros términos, esta excepción tendería a enervar la acción deducida y, por consiguiente sería una acción perentoria, la que debería ser opuesta al contestar la demanda” ⁴⁴.

⁴⁴ Mario Casarino Viterbo , Manual de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.39

CAPÍTULO TERCERO:

JUEZ COMPETENTE PARA CONOCER DE LA EXCEPCIÓN DE ARBITRAJE.

OTRAS CUESTIONES.

1) Juez competente para conocer de la Excepción de Arbitraje:

En materia procesal se sustenta el principio que el juez de la acción es el juez de la excepción. Por lo tanto, el tribunal ordinario ante el cual se interpone una acción contenida en una demanda cuya materia ha sido sometida por voluntad de la ley o de las partes a arbitraje, tendrá también facultades para conocer y resolver de la Excepción de Arbitraje.

A mayor abundamiento puedo agregar que la competencia constituye un presupuesto procesal necesario y como consecuencia de ello, este debe concurrir a la incoación del proceso para que sea válido y eficaz, por lo anterior se ha dicho: “Todo juez tiene competencia para decidir sobre los presupuestos procesales concernientes al proceso instaurado ante el”.⁴⁵

En todo caso, es evidente que la excepción de arbitraje es interpuesta ante la justicia ordinaria; no tendría sentido alguno alegarla ante un tribunal arbitral. El juez ordinario deberá instar a la parte interesada en resolver el conflicto, para el nombramiento del juez árbitro y a la constitución del tribunal arbitral, en definitiva,

⁴⁵ Piero Calamandrei, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962, p.245.

acogida la excepción de arbitraje, queda abierta la vía arbitral y excluida la de la justicia ordinaria.

A raíz de la competencia del juez ordinario para conocer de la excepción de arbitraje, se presenta el problema de la posibilidad que ésta sea declarada de oficio por el juez ordinario. La competencia, constituye un presupuesto de todo proceso que pretenda ser válido y eficaz. Asimismo la competencia, ha sido creada por la ley como una forma de racionalizar los recursos que se poseen para otorgar a los habitantes de un país, sector o territorio una pronta y eficaz administración de justicia; algunos de estos casos han sido guiados por el interés público comprometido y otros por el mero interés privado, por ello que en aquellas situaciones que la ley impone una norma de competencia en resguardo de intereses superiores a los puramente individuales, erige a los jueces como guardadores de esas leyes, y éstos, por lo tanto deben velar porque aquellas se cumplan. Pero en las normas donde impera el interés individual, el legislador permite que el titular de ellas las renuncie.

Lo anterior es aplicable al problema de la Excepción de Arbitraje propuesta ante el juez ordinario, pues existirán casos en que el juez deba velar por el interés público impuesto por el legislador y el mismo deberá proclamar su incompetencia. Estos casos son los de arbitraje forzoso que coinciden justamente con pertenecer a aquellos asuntos en que la justicia ordinaria es absolutamente incompetente para conocerlos. Por otro parte, están aquellos asuntos que las partes han decidido, por medio de un convenio arbitral, sustraerlos de la competencia de la justicia

ordinaria y otorgársela a la justicia arbitral, en estos, las partes deben velar por sus propios intereses, por ello, que el juez no puede declarar de oficio su incompetencia, ya que ella puede ser prorrogada.

Debo hacer el alcance que aquella teoría que propugna como contenido de la excepción de arbitraje la falta de jurisdicción de la justicia ordinaria para conocer de un asunto sometido a arbitraje, ha planteado la posibilidad que analizamos, así Aylwin ha expresado: “Esta falta de jurisdicción no es, sin embargo, de orden público, no puede ser declarada de oficio por el juez, y puede ser renunciada en cualquier momento por las partes de común acuerdo, ya que tiene su fundamento en una convención y todo acuerdo entre partes, puede ser invalidado por el consentimiento mutuo”⁴⁶. Esta posición es a mi juicio contradictoria y errada, ya que sin duda la jurisdicción está constituida por normas de orden público impuestas por el legislador, teniendo como fundamento y fin el interés de la comunidad en general. Por lo tanto, el juez exento de jurisdicción deberá declararlo de oficio. Sólo en el evento que se entendiera que en los casos de arbitraje voluntario existe incompetencia relativa del juez ordinario, este último, no tendría la obligación de declararlo de oficio, pero en todos aquellos casos de falta de jurisdicción o de incompetencia absoluta, por el interés público comprometido, el juez debe declarar su falta de jurisdicción o de competencia absoluta, según sea el caso.

⁴⁶ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.305

Queda así confirmado lo acertado de mi posición frente a entender el contenido de la excepción de arbitraje como la falta de competencia de los tribunales arbitrales.

Otra situación que puede producirse y que constituye la situación inversa de la que es objeto de nuestro estudio, es la excepción de incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer de un asunto de aquellos respecto de los cuales se prohíbe el arbitraje, o bien no se ha pactado ningún convenio de esta especie a su respecto. En este evento la excepción a interponer es la incompetencia de los tribunales arbitrales, la que es totalmente distinta a la excepción de arbitraje, tanto en su origen, fundamento, como naturaleza jurídica, ella será entregada a los tribunales arbitrales, en definitiva, se les entrega a éstos el conocimiento de un incidente de competencia, respecto a este puede existir como consecuencia que “los árbitros nieguen competencia al juez ordinario y, puesto que su oficio ofrece en principio, menores garantías de justicia, esto se podría considerar un peligro contra el cual podría reaccionar la ley privándoles del poder de resolver el incidente de competencia”⁴⁷; dentro de nuestra legislación, no encontramos, sino los recursos ordinarios y extraordinarios para poder corregir algún vicio que podría producirse en relación al conocimiento del juez arbitral de un incidente de incompetencia. A diferencia de la legislación Italiana en la cual Carnelutti ve un doble y diverso remedio para corregir las demasías que se puedan producir: “El primero consiste en la homologación del laudo por parte del pretor, quien desde luego debe negar si entiende que el árbitro ha considerado defectuosamente la propia competencia juzgando sin compromiso o bien más allá de los límites de

⁴⁷ Francisco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1944, p.203

éste, o que ha considerado defectuosamente su propia incompetencia no juzgando sobre todo lo que es objeto del compromiso. El segundo se refiere a la impugnación por nulidad de la sentencia arbitral, consentida tanto en el caso de afirmación injusta de la competencia de los árbitros (si la sentencia se ha pronunciado a base de un compromiso nulo o prescrito o saliéndose de los límites del compromiso artículo 32 N° 1 del Código de Procedimiento Civil Italiano), como en el caso de injusta afirmación de su competencia (si la sentencia no se ha pronunciado sobre todo lo que es objeto del compromiso artículo 32 N° 2 del Código de Procedimiento Civil Italiano), aunque el texto del artículo N° 32 N° 2 se refiere más bien a la omisión de pronunciamiento, debe entenderse que ha de declararse la nulidad de éste si el juez ordinario no lo considera fundado, así pues, aunque los árbitros pueden resolver el incidente de competencia, el peligro de que se sustraiga indebidamente, un litigio al juez ordinario queda excluido por dos controles, uno preventivo y otro sucesivo, encomendados al juez ordinario en torno al juicio arbitral”⁴⁸.

En Chile no existe aquel control llamado de la homologación del laudo por parte del juez ordinario. El segundo, sí que es posible ya que a través de los principios generales del derecho procesal civil se podrá invocar la nulidad de la sentencia por infringir alguna forma procesal.

⁴⁸ Francisco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1944, p.203

2) Otras Cuestiones:

a) Tramitación de la excepción de arbitraje.

La excepción es un medio o instrumento que otorga la ley para que las partes puedan denunciar los defectos de las formas procesales o del fondo de un conflicto. Este medio adquiere el nombre de excepción, por oponerse al medio jurídico, que la ley otorga a los individuos para actualizar su pretensión denominada acción.

Tanto las excepciones dilatorias como las perentorias por sus distintos objetivos y fines tienen una manera diversa de plantearse y desarrollarse en el proceso. La excepción de arbitraje es en su naturaleza jurídica una excepción de incompetencia, clasificable entre las excepciones dilatorias “La excepción de arbitraje debe plantearse como excepción dilatoria por cuanto no está dirigida al fondo de la cuestión debatida sino solo a corregir el procedimiento, o más bien dicho a obtener que el asunto sea conocido por el tribunal que las partes han acordado y no por la justicia ordinaria, como correspondería, si no existiera un pacto previo de arbitraje”⁴⁹.

Ahora bien, dada la importancia que posee esta excepción que denuncia la falta de un presupuesto procesal, el legislador exige que ella sea interpuesta cuanto antes en el proceso, esto es, un plazo posterior al conocimiento por parte del demandado de la acción, contra él interpuesta y con anterioridad a la contestación

⁴⁹ Leonardo Aravena, Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, año 1969, p.99.

de ella, por consiguiente se ha dicho refiriéndose a las excepciones dilatorias en general que: “son defensas previas alegadas en límine litis, y que normalmente, versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el actor. Tienden a corregir errores que obstan a una fácil decisión”⁵⁰, así, en el caso de la excepción de arbitraje “impide un juicio nulo por incompetencia absoluta o relativa del tribunal.”⁵¹.

En nuestra legislación, se establecen las excepciones dilatorias en el artículo 303 del Código de Procedimiento Civil, éste tiene el carácter de no taxativo puesto que el enunciado dispone “solo son admisibles como excepciones dilatorias”, queriendo darle al artículo una aplicación restringida, pero el N° 6 del mismo artículo contempla la posibilidad de una interposición amplia de excepción dilatoria al disponer: “En general las que se refieran a la corrección del procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida”.

Al determinar el contenido de la excepción de arbitraje, como la falta de competencia de los tribunales ordinarios, cabe plantear esta excepción en virtud del N° 1 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil el que dispone: “Solo son admisibles como excepción dilatoria: 1) La incompetencia del tribunal ante quien se haya presentado la demanda”. Pues bien, interpuesta una acción ante los tribunales ordinarios, la cual debe ser conocida por los tribunales arbitrales, ya

⁵⁰ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.115.

⁵¹ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.115.

sea en virtud de un convenio arbitral o de la ley, procede interponer la aludida excepción, la que debe ser debidamente fundada.

La oportunidad para entablar las excepciones dilatorias y por consiguiente la de arbitraje, se encuentra establecida en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil que dispone: “Las excepciones dilatorias deben oponerse ... dentro del término de emplazamiento fijado por los artículos 258 a 260”. Dicho plazo es fatal para entablarla como excepción propiamente tal, pues puede interponerse como lo dispone el artículo 305 en su inciso tercero: “Si así no se hace, se podrán oponer en el progreso del juicio sólo por vía de alegación o defensa y se estará a lo dispuesto en los artículos 85 y 86”. Si bien existe un plazo fatal para presentar las excepciones dilatorias, en el evento que llegue al conocimiento de alguna de las partes la incompetencia del tribunal y ello sucede con posterioridad a la oportunidad para plantearlo como excepción dilatoria, puede interponerla a través de un incidente ordinario y será admitido a tramitación, aún más, por ser el incidente de incompetencia de aquellos que “anulan el proceso” (artículo 84 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil) puede ser admitido a tramitación, a pesar que la parte que lo interpone tuviera conocimiento del vicio con anterioridad. Pero, adquiere especial importancia el origen de la excepción de arbitraje, ya que si ella ha tenido su fuente en la ley podrá siempre solicitarse la nulidad del proceso basándose en la incompetencia absoluta del tribunal, pero la situación es diversa tratándose de la Excepción de Arbitraje nacida de un convenio arbitral, ya que éste sólo produce la incompetencia relativa de los tribunales ordinarios, por lo tanto, si no es alegada a tiempo, dentro del término de emplazamiento, ella no podrá

interponerse en el curso del proceso como incidente de nulidad, pues se entenderá que ha sido renunciada.

El profesor Mario Casarino comentando el artículo 302 inciso 2° del Código de Procedimiento Civil, ha determinado el alcance de éste, en el siguiente sentido: “Si las excepciones dilatorias no han sido opuestas como tales en la forma y oportunidad que la ley señala, pueden formularse con el mismo carácter de dilatorias al contestar la demanda o en el curso posterior del juicio, incluso, estando las partes citadas para oír sentencia.”⁵².

Discrepo de esta interpretación ya que toda excepción se define como: “El poder jurídico de que se halla investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”⁵³ o bien, “el ejercicio del derecho de defensa porque mediante ella el demandado ataca la posición jurídica del actor que tenga ingerencia tiene en su propia situación jurídica”⁵⁴. Por lo tanto lo que caracteriza a la Excepción, y en el caso que nos interesa a la de arbitraje, es que constituyen un derecho que tiene el demandado de oponerse a la acción que contra él se interpone. Este derecho que constituye la excepción de arbitraje está fundado en la existencia de una convención de arbitraje o de una disposición legal, que hace competente a un tribunal arbitral e incompetente a uno ordinario . Esta excepción dilatoria, sólo tendrá el carácter de tal, en la medida que sea interpuesta en el

⁵² Mario Casarino Viterbo , Manual de Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica de Chile, año 1974, p. 44

⁵³ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.98.

⁵⁴ Alex Avsolomovich; Germán Luhts Antoncich; Ernesto Noguera, Nociones de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965, p.98.

tiempo y la forma de las excepciones de esta clase; ahora bien, el legislador permite que en el caso de que la excepción de arbitraje se funde en una norma legal se dispone el arbitraje forzoso, sólo en este caso, da otra vía para alegarla, pero no ya como excepción, sino como un incidente de nulidad.

Si bien, el fundamento procesal del incidente de nulidad por arbitraje y el de la excepción de arbitraje son los mismos, las vías o caminos a seguir según la oportunidad que se interpongan serán distintos y ello se debe a necesidades de procedimiento. Los efectos jurídicos de ambas instituciones son los mismos, puesto que el legislador ha determinado que: “Las excepciones dilatorias se tramitan como incidentes”, artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, ello no significa, que excepción e incidente sean lo mismo. Así, tanto la excepción dilatoria de arbitraje, como el incidente de nulidad basado en un arbitraje forzoso, única posibilidad de plantearlo después del plazo fatal indicado en el artículo 305, inciso 1° del Código de Procedimiento Civil, suspenden el procedimiento ya que en el primer caso es el efecto propio de las excepciones dilatorias y el segundo es un incidente de previo y especial pronunciamiento.

La ley exige asimismo, en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, que todas las excepciones dilatorias deben ser interpuestas en un mismo escrito. Una vez presentada dicha excepción se produce el efecto antes mencionado, suspendiéndose el procedimiento hasta la resolución del juez; es aquí donde se encuentra el fundamento de la denominación que se le otorga a las excepciones dilatorias: “como su nombre lo indica son dilatorias, pero no en el mal sentido que

se usa en la práctica forense, sino que posterga, dilata la contestación de la demanda”⁵⁵.

Existe en nuestra legislación, dos formas por las que las partes pueden plantear la incompetencia de un tribunal, esto es, a través de las cuestiones de competencia por vía Inhibitoria o por vía Declinatoria. La primera es definida en el artículo 102 inciso 1° del Código de Procedimiento Civil: “La inhibitoria se intentará ante el tribunal a quien se cree competente, pidiéndole que se dirija al que está conociendo del negocio para que se inhiba y le remita los autos”, la segunda es definida en el artículo 111 inciso 1°; “La declinatoria se propondrá ante el tribunal que se cree incompetente para conocer de un negocio que le esté sometido, indicándole cual es el que estima competente y pidiéndole se abstenga de dicho conocimiento”.

Otro medio que contempla nuestra legislación para denunciar la falta de competencia son las Contendidas de Competencia definidas como: “Conflictos que se suscitan entre dos o más tribunales cuando estiman que todos ellos tienen competencia para conocer un determinado asunto judicial o que ninguno de ellos lo posee”⁵⁶.

⁵⁵ Eduardo Couture, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958, p.115.

⁵⁶ Mario Casarino Viterbo, Manual de Derecho Procesal Orgánico, Editorial Jurídica de Chile, año 1982, p.300.

Podrían presentarse dos hipótesis en que será aplicable la contienda de competencia.

La primera hipótesis consistiría en que interpuesta la Excepción de Arbitraje ante los tribunales ordinarios, éstos la desecharán, declarándose competentes para conocer del asunto sometido a arbitraje, y a la vez el tribunal arbitral se declare competente. Esta primera situación se denomina contienda de competencia positiva. La segunda hipótesis se presente en la situación que la justicia ordinaria acoge la excepción, declarándose incompetente cosa que también hace el tribunal arbitral, en este evento se denomina contienda de competencia negativa”.

Frente a estas situaciones “algún tribunal tendrá que conocer del asunto pendiente, y de allí que la ley haya tenido que contemplar el establecimiento o señalización de tribunales que vengan a resolver la contienda de competencia planteada”⁵⁷.

El tribunal encargado de conocer estas contiendas de competencia, es establecida en el artículo 190 del Código Orgánico de Tribunales, inciso final: “Los jueces árbitros de primera, de segunda o de única instancia tendrán como superior, para los efectos de este artículo, a la respectiva Corte de Apelaciones”.

⁵⁷ Mario Casarino Viterbo , Manual de Derecho Procesal Orgánico, Editorial Jurídica de Chile, año 1982, p.299.

Quedan así propuestos, todos los medios que se pueden emplear para denunciar la falta de competencia de los tribunales ordinarios frente a un acuerdo arbitral o un arbitraje forzoso.

El enfoque expuesto anteriormente, se basa en que la Excepción de Arbitraje tiene como contenido a la falta de competencia de los tribunales ordinarios y por lo tanto debe ser tramitada como excepción dilatoria. Sin embargo aquellos que sostienen, como lo hace Aylwin, que la Excepción de Arbitraje tiene por contenido a la falta de jurisdicción afirman: “Tiene el carácter dilatorio, ya que no afecta el fondo de la acción deducida, sino que se propone tan sólo corregir el procedimiento (Art. 303 del Código de Procedimiento Civil), subsanando el defecto inherente a la falta de jurisdicción”⁵⁸, agregan “como la ley ni siquiera enuncia esta excepción, en la práctica se emplea en su lugar la de incompetencia, que nuestros tribunales acogen sin vacilaciones. Me parece preferible que se llame a las cosas por su verdadero nombre y se oponga en estos casos la excepción de falta de jurisdicción de los jueces comunes, que es lo que realmente hay; nada exige estar ocurriendo a una situación diversa, como es la incompetencia, pues las excepciones dilatorias no están señaladas taxativamente por la ley sino que son todas las que reúnan en si los caracteres que indica el N° 6 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil”⁵⁹. Esta posición adopta una solución contradictoria ya que afirma por una parte que el contenido de la Excepción en estudio es la falta de jurisdicción, y no obstante ello, se tramita como una

⁵⁸ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.306.

⁵⁹ Patricio Aylwin Azocar, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005, p.306.

excepción dilatoria y se la encasilla dentro de las excepciones dilatorias innominadas, tal disquisición no tiene ninguna utilidad, ya que la jurisprudencia ha resuelto que la Excepción de falta de jurisdicción es una excepción que ataca el fondo de la acción deducida, y por lo tanto debe ser interpuesta como excepción perentoria.

Mi posición con respecto a la naturaleza jurídica de la Excepción de Arbitraje, es del todo congruente, tanto en su fondo como en su forma, ya que su contenido es la falta de competencia de los tribunales ordinarios y la forma que se interpone en el proceso es por medio de la excepción dilatoria, que corresponderá al N° 1 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil.

b) Resolución que recae sobre la excepción de arbitraje y recursos que en su contra proceden.

A continuación analizaré la resolución que rece sobre la Excepción de Arbitraje opuesta como dilatoria y al Recurso de Apelación que en su contra procede; finalizando con algunos aspectos del Recurso de Casación en el Fondo y en la Forma respecto de la causal de incompetencia del tribunal.

La cuestión de competencia por vía declinatoria, puede formularse como cuestión previa a la contestación de la demanda, revistiendo en este caso: “el carácter procesal de una excepción dilatoria”⁶⁰.

⁶⁰ Mario Casarino Viterbo , Manual de Derecho Procesal Orgánico, Editorial Jurídica de Chile, año 1974, p. 273.

Han de distinguirse dos situaciones, para determinar el tipo de resolución que recae sobre la excepción en estudio y los efectos que produce la interposición del Recurso de Apelación respecto de ella.

La primera situación que debe distinguirse, es aquella en que se acoge la declinatoria de competencia opuesta como excepción dilatoria basada en un pacto arbitral, en este caso, el tribunal se declara incompetente para conocer del asunto, por lo tanto, el procedimiento ante el no puede continuar por adolecer de un presupuesto procesal como la competencia. Por consiguiente será de aquellas sentencias interlocutorias de primer grado, “que fallan un incidente del juicio estableciendo derechos permanentes a favor de las partes” artículo 158, inciso tercero del Código de Procedimiento Civil, por lo tanto procede respecto de ella el Recurso de Apelación. Dicho recurso se concede en ambos efectos, por la aplicación a contrario sensu del artículo 307, inciso segundo y por el artículo 112, inciso 2°, ambos del Código de Procedimiento Civil.

La segunda situación, es aquella en que se deniega la declinatoria de competencia en este caso, el tribunal está afirmando su competencia; esta resolución es clasificable dentro de aquellas interlocutorias de segundo grado que resuelven sobre algún trámite que deba servir de base al pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria posterior, según lo señalado en el artículo 158, inciso tercero del Código de Procedimiento Civil.

Procede también, a su respecto el Recurso de Apelación, pero el legislador limita sus efectos permitiendo que el tribunal a quo continúe conociendo del asunto, por lo tanto, se concede en el sólo efecto devolutivo, según lo dispone el artículo 307, inciso 2° y el artículo 112, ambos del Código de Procedimiento Civil.

En caso de presentar el defecto procesal de la falta de competencia de los tribunales ordinarios para conocer de un asunto sometido a arbitraje por la vía inhibitoria, interponiéndose ésta ante los tribunales arbitrales, solicitando que aquellos se inhiban de conocer del asunto, por ser competente la justicia arbitral, la ley ha determinado que si el tribunal requirente niega lugar a la solicitud de inhibitoria o el tribunal requerido accede a esta misma solicitud y las partes respectivamente agraviadas apelan de dichas resoluciones, la cuestión de competencia es resuelta por el tribunal superior respectivo, por la vía de apelación, como si en realidad se estuviere en presencia de una verdadera contienda de competencia.

c) Renuncia de los Recursos Procesales por motivo de incompetencia.

La renuncia que las partes hacen del Recurso de Casación en la Forma “no podrá comprender jamás la casación en la forma por vicios de competencia del tribunal, supuesto que el aludido pacto supone el propósito de las partes someter la decisión de sus diferencias ante el juez que corresponde”⁶¹, por otra parte no constituye un artificio afirmar que el orden público pueda verse afectado frente a

⁶¹ Carlos Anabalón Sanderson, Tratado Practico de Derecho Procesal Civil Chileno, Editorial Librotex Concepción, 1944, p.274.

estas renunciaciones dado que justamente el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, da la facultad a los tribunales de “invalidar de oficio las sentencias cuando los antecedentes del recurso manifiesten que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la casación en la forma”, la disposición antes citada tendría como fundamento “que el interés público que existe en exigir que los fallos judiciales se conformen a la ritualidad y requisitos fundamentales o esenciales señalados por la ley, para garantía de los derechos y el mantenimiento del orden social”⁶².

Por lo tanto no procede la renuncia del Recurso de Casación por la causal de incompetencia, por lo cual ésta podrá reclamarse, no obstante cualquier estipulación en contrario. Esto adquiere especial importancia, ya que se puede pactar un arbitraje y conjuntamente renunciar a este recurso, no obstante esta renuncia será siempre procedente por la causal de incompetencia. Por lo tanto, si violándose el pacto arbitral, el cual otorga competencia a los tribunales arbitrales, se recurre a la justicia ordinaria, habiéndose reclamado la falta, ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley, será procedente el Recurso de Casación por Incompetencia, respecto de los tribunales ordinarios, ya que sólo los tribunales arbitrales tienen competencia para conocer de este asunto. Todo esto, siempre y cuando no se haya producido la prórroga tácita de competencia.

⁶² Carlos Anabalón Sanderson, Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno, Editorial Librotex Concepción, 1944, p.274.

El Recurso de Casación en el Fondo, es improcedente por razones de incompetencia. Dado que aquellas infracciones legales que sean causales de casación “en la forma, no pueden ser materia de un Recurso de Casación en el Fondo. Como lo ha sostenido reiteradamente el Tribunal Supremo, mucho menos si las pretendidas infracciones a preceptos legales sobre competencia se hubieren hecho valer por el mismo recurrente como causales de Recurso de Casación en la Forma que fue desechado y en el cual dichas causales tuvieron los mismos fundamentos que se invocan de nuevo como infracciones pertinentes al Recurso de Fondo”⁶³

Sin embargo, la excepción fundada en que los tribunales ordinarios carecen de jurisdicción para conocer un negocio determinado “es de carácter perentorio y puede dar motivo al Recurso de Casación en el Fondo por infracción de preceptos de carácter sustantivo con influencia decisiva en la cuestión principal”⁶⁴. A este respecto, son numerosas las sentencias que han declarado que dicha excepción o alegación es inadmisibles como causal de casación en la forma del tribunal.

Lo anterior ratifica mi inclinación en el sentido que si el contenido de la Excepción de Arbitraje consistiera en la falta de jurisdicción de los Tribunales Ordinarios, sería una excepción de carácter perentoria y no podría alegarse en virtud del N° 1 del artículo 303 del Código de Procedimiento Civil como excepción dilatoria.

⁶³ Carlos Anabalón Sanderson, Tratado Practico de Derecho Procesal Civil Chileno, Editorial Librotex Concepción, 1944, p.269.

⁶⁴ Carlos Anabalón Sanderson, Tratado Practico de Derecho Procesal Civil Chileno, Editorial Librotex Concepción, 1944, p.269.

CONCLUSION

La excepción de arbitraje surge como un efecto jurídico de la institución de Arbitraje, sea que éste tenga su origen en la ley o en la convención; pero las consecuencias que se derivan de la Excepción de Arbitraje dependerán de la fuente en que se originen. Lo anterior se manifiesta de la siguiente forma:

Primero: En la posibilidad de que los tribunales ordinarios retomen la competencia perdida, esto es posible en los arbitrajes de origen convencional, más en los de fuentes legal ello no es factible; Segundo: Existen diferencias en cuanto a la facultad del juez ordinario de declarar de oficio su propia incompetencia, obligación que sólo tiene en el evento de que la fuente del arbitraje sea la ley; y en fin, también tiene importancia distinguir el origen de la Excepción de Arbitraje con el objeto de realizar una adecuada fundamentación para que ella sea acogida ante el tribunal que se interpone.

Se ha determinado la Naturaleza Jurídica de la Excepción de Arbitraje, esto es fundamental para entender su desenvolvimiento en el proceso. Intima relación con lo anterior, tienen los conceptos de jurisdicción y competencia, que sin lugar a dudas corresponden a realidades jurídicas diversas.

Todo tribunal arbitral tiene jurisdicción, pero su competencia está determinada por el arbitraje que le da origen. Así la Excepción en estudio, tendrá por contenido la incompetencia de los tribunales ordinarios, puesto que es erróneo expresar que estos últimos no tengan jurisdicción para conocer de una materia concreta, ya que

con la alusión a la palabra “materia”, se está refiriendo a un asunto de competencia y no a jurisdicción. Esta última la tiene sólo por el hecho de ser un ente juzgador.

Como consecuencia de que el contenido de la excepción de arbitraje sea la incompetencia de los tribunales ordinarios, ella será una excepción dilatoria, la cual debe ser tramitada como tal. Es en este punto, donde se encuentra la mayor incongruencia de quienes postulan que el contenido de la Excepción de Arbitraje es la falta de Jurisdicción, pues sostienen que a pesar de ser éste su contenido es una excepción dilatoria y no perentoria como correspondería a una excepción de falta de jurisdicción.

En mi opinión , la Excepción de Arbitraje es una excepción impeditiva de carácter dilatorio, por medio de la cual se obtiene un límine litis extraer un asunto del conocimiento de un tribunal ordinario, en virtud de la existencia de un arbitraje legal o voluntario, el cual hace incompetente a la justicia ordinaria para conocer una materia concreta.

BIBLIOGRAFIA.

1. Alsina, Hugo, Defensa y Excepciones, Ediciones Rialp S.A., 1958.
2. Anabalón Sanderson, Carlos, Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno, Editorial Librotex Concepción, 1944.
3. Aravena, Leonardo, Naturaleza Jurídica del Arbitraje, Editorial Jurídica de Chile, año 1969.
4. Avsolomovich, Alex; Luhts Antoncich, Germán; Noguera, Ernesto, Nociones de Derecho Procesal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1965.
5. Aylwin Azocar, Patricio, El juicio Arbitral, Editorial Jurídica de Chile, año 2005.
6. Bülow, Oskar Von, La Teoría de las excepciones procesales y presupuestos procesales, Ediciones Jurídicas Europa América, 1964.
7. Calamandrei, Piero, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1962.
8. Carnelutti, Francisco, Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, 1944.
9. Casarino Viterbo, Mario, Manual de Derecho Procesal Civil, Editorial Jurídica de Chile, año 1974.
10. Casarino Viterbo, Mario, Manual de Derecho Procesal Orgánico, Editorial Jurídica de Chile, año 1982.
11. Chiovenda, José, Principios de Derecho Procesal Civil, Reus S.A., 1925.
12. Couture, Eduardo Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Tercera Edición, Buenos Aires, año 1958.
13. Eyzaguirre, Rafael, El Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional, Editorial Jurídica de Chile, año 1981.
14. Fueyo, Fernando, Los contratos en particular y demás fuentes de las obligaciones, Editorial Universo, año 1964.
15. Gaceta Jurídica 1915 N° 299, tomo II, Corte de Apelaciones de Valparaíso.
16. Gaceta Jurídica 1926 N° 119, tomo II, Corte de Apelaciones de Talca.

17. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Editorial Jurídica de Chile N° XXVIII.
18. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXX, Editorial Jurídica de Chile, sección primera.
19. Vodanovic H., Antonio, Curso de Derecho Civil, Editorial Nascimento, año 1971.