

JOSÉ L. REITZE LOPEZ

A B O G A D O

Miembro Colegio de Abogados

MONOGRAFÍAS N°28

MARZO-2025

ARBITRADOR Y MEDIDAS CAUTELARES

Asegurar o cautelar el resultado de la acción deducida o aquella que se va a deducir, es una materia largamente analizada y discutida en los foros, en la doctrina y la jurisprudencia, sobre todo en materia de juicios tramitados en la jurisdicción propia del ámbito del poder judicial. Respecto de la sede arbitral de derecho, también se ha discutido y analizado cómo y cuándo procede que el árbitro acoja peticiones de medidas cautelares o precautorias y las decrete con el objeto de asegurar aquella acción que se ha intentado ante él o que se ha anunciado se ejercerá.

Lo señalado, no merece mayor análisis en tanto cuanto el juez que conoce de asuntos en el ámbito de la potestad judicial, es un juez de derecho y aplica la norma procesal respectiva. A su turno, si el árbitro es de aquellos que han de obrar conforme a derecho, no existe una mayor diferencia respecto del juez civil en cuanto a las facultades o potestades que puede ejercer para acoger y decretar una medida destinada a asegurar el resultado de aquella acción o acciones ejercidas o que se ejercerán.

Lo que motiva esta monografía es respecto de los arbitradores y de los jueces mixtos, que también son arbitradores durante la tramitación de la causa arbitral. Es respecto de este tipo de árbitros y de arbitrajes, que resulta interesante formular algunos de los postulados que, en la experiencia personal, tanto como juez árbitro, como integrante de la Corte de Apelaciones de Santiago por varios años, observé y pude plasmar en diversas consideraciones sobre el asunto.

Lo expresado en este documento, corresponde a opiniones no vinculantes de manera alguna con eventuales

posturas y/o decisiones personales, ni de terceros respecto de la materia que se revisa.

Del mismo modo, no existe restricción de derecho de autor, más siempre se agradecerá la cita respectiva como una retribución de cortesía.

La persona llamada a resolver un conflicto, en el que se le otorgan las facultades de “*amigable componedor*”, de resolver en “*conciencia*” y fallar conforme a la “*prudencia y equidad*”, es conocida en la legislación nacional como “ARBITRO ARBITRADOR”, en otras simplemente como “ARBITRADOR” y, en otras como “ARBITRO DE EQUIDAD”. En esta monografía, recurriremos a la voz “*arbitrador*”, por cuanto comprende tanto el concepto de arbitro, como la función de actuar conforme a la equidad.

LA PRUDENCIA Y EQUIDAD.

Al arbitrador se le exige, ante todo, **PRUDENCIA**. Un actuar virtuoso, que lo obliga a proceder con cautela, con moderación y con buen juicio, evitando ir más allá de la medida o de la regla. También, es llamado a decidir conforme a la **EQUIDAD**. El “*Suum Cuique Tribuere*”, de Ulpiano, importa un actuar también basado en la templanza, a resolver conforme al sentido del deber ser, a lo correcto o a la rectitud de conciencia; lo que no siempre es análogo a las prescripciones que gobiernan los textos jurídicos positivos, o la justicia propiamente tal. De ahí, que lo equitativo, no siempre es lo justo y viceversa.

JUSTICIA Y EQUIDAD, NO SON TÉRMINOS SINÓNIMOS.

La aplicación de justicia, por un órgano jurisdiccional, un juez, o un árbitro de derecho importa apego irrestricto al ordenamiento jurídico, al derecho, para resolver un asunto al que ha sido llamado a conocer. De ahí, que el texto inscrito sobre los pilares de la entrada del Palacio de los Tribunales de Santiago,

donde radica la Corte de Apelaciones y la Excma. Corte Suprema, sea “Tribunales de Justicia”. Es decir, en aquellos en que la resolución de los asuntos contenciosos, es conforme a derecho y no conforme a equidad, que es una manifestación de la prudencia, templanza o del concepto individual de aquello que para el sentenciador parece ser lo correcto.

LA PONDERACIÓN EN CONCIENCIA.

Luego, el arbitrador, que es llamado a la prudencia, a la equidad, tiene un último llamado a calificar las probanzas que se le presenten “En Conciencia”, es decir, a otorgarles el valor de verdad, falsedad, error, integridad, parcialidad y en base a ello, determinar el asunto fáctico al cual está llamado a pronunciarse, incluso más, bajo la misma conciencia, puede adquirir la convicción que los hechos han ocurrido de la forma en que el propio juzgador se los representa en base a su experiencia, sin necesidad de recurrir a su acreditación. De ahí, que el ponderar en conciencia, supone un conocimiento de la realidad, del sentido de lo correcto o incorrecto. Labor incluso más compleja que si el encargo fuera ponderar “a conciencia”, desde que la preposición “a”, subrogada por la preposición “en”, alterna la esencia del encargo a uno que es una labor atenta, detenida, con el máximo esfuerzo.

SUSTANCIAS PROPIAS DEL ARBITRADOR.

El arbitrador, que pondera “en conciencia” y resuelve conforme a la “prudencia y equidad”, no necesariamente debe revestir la calidad de jurista o de abogado, sino que de una persona más bien integra, en que las partes en conflicto depositen su confianza para guiarlos en el procedimiento de resolver el diferendo.

Tanto es así, que incluso las legislaciones que reconocen el procedimiento ante arbitradores, o ante jueces de equidad,

reconocen tres elementos que les son propios:

- (i) Pueden fijar autónomamente el procedimiento que más conforme le parezca a la naturaleza del asunto que han sido llamados a conocer y resolver;
- (ii) Pueden obviar la recepción de la causa a prueba;
- (iii) No tienen como superior jerárquico a las Cortes de Apelaciones o a tribunales ordinarios de Justicia.

ACTUAR COMO AMIGABLE COMPONEDOR.

El objeto del arbitrador es tener un actuar como **“amigable componedor”**, es decir, buscando cómo reparar aquello que se ha descompuesto, de un trato amigable, afable, y que, atendida la particular naturaleza de su ser y de su encargo, las partes en conflicto depositan una confianza especial en que resuelva el asunto mediante un postulado o solución equitativa.

Un Juez Ordinario y un árbitro de derecho, tienen deberes esencial y sustancialmente distintos a los que pesan respecto de un arbitrador, lo que se traduce en que las formas y ritualidades que gobiernan cada uno de sus respectivos procedimientos, no compartan elemento común más que el sustantivo que los identifica.

A los primeros se les pide resolver en justicia y conforme a derecho; al segundo, conforme a la prudencia y equidad.

Toda medida que busca asegurar el resultado de la acción esgrimida y evitar que se haga ilusoria la ejecución de aquello que se obtenga, debe sustentarse en antecedente que permitan construir, a lo menos, una “**presunción grave**” del derecho que se reclama, lo que no es otra cosa que exista un sustento efectivo de lo pedido.

En materia de procedimientos de derecho, las medidas cautelares, son de interpretación restrictiva en el sentido que tienen un carácter esencialmente transitorio y, cuando el derecho reclamado es real, esto es, recae respecto de bienes, se conceden únicamente respecto de aquellos necesarios para asegurar el resultado. Cuando lo pedido es una cautelar innominada, de aquellas no contempladas en la legislación, se debe otorgar caución para responder de los perjuicios eventuales que a medida provoque.

Se aprecia, en consecuencia, que el actuar del juez ordinario o arbitro de derecho, se ampara en las normas y reglas procesales establecidas en los cuerpos sustantivos y formales que regulan los procedimientos, esto es, en la recta aplicación de justicia, lo que importa en cierta forma, que el juez encuentra sustento fáctico y jurídico en las etapas iniciales del procedimiento en aquello que una de las partes le pide. Tal decisión, no importa una resolución anticipada del asunto, ni un prejuzgamiento, sino el ejercicio de un derecho que se le concede a las partes y una potestad de la que goza un tribunal de justicia que actúa conforme a derecho.

¿PERO, QUÉ PASA CON EL ARBITRADOR? ES AQUELLA PREGUNTA, UNA DE LAS MAS DIFÍCILES DE ATENDER EN MATERIA ARBITRAL. LA FACULTAD DE CONCEDER MEDIDAS CAUTELARES DE UN ARBITRADOR.

El arbitrador se guía por la prudencia y la equidad y pondera en conciencia sus decisiones; y una de las primeras acepciones del calificativo “Prudencia” es “cautela”, cuyo significado es la “precaución y reserva con que se procede”. De ahí, que el máximo celo que ha de tener el arbitrador es la prudencia, precaución en el curso de sus decisiones, máxime si su rol es ser un garante de la “confianza de las partes” y buscar componer aquello que está roto, como un amigable componedor.

La pregunta, aunque parezca tautológica, es si la cautela del arbitrador permite conceder alguna medida cautelar que asegure el resultado de una acción esgrimida o por efectuarse ante él y respecto de la cual deberá realizar todo aquello que se ha venido señalado y que lo alejan sustancialmente de un árbitro de derecho.

La respuesta a dicha pregunta debe orientarse siempre a enfocar aquello que distingue al arbitrador respecto del árbitro de derecho, la función esencial para la cual fue investido y que difiere de aquella que detenta el árbitro de derecho.

Bajo aquella premisa, entonces, el árbitro arbitrador debe tener el máximo de celo, rigurosidad, precaución en conceder alguna medida cautelar, desde que, al otorgarla, se aleja cada vez de su misión propia y se acerca al árbitro de derecho, permitiendo incluso que el procedimiento se desnaturalice o incurriendo en infracciones como vulnerar la ley del contrato que estableció la naturaleza de su encargo.

¿CUÁLES SÍ Y CUÁLES NO?

Toda medida cautelar que se conceda por un juez produce un efecto en la parte que la ha de soportar y, por cierto, expone a compensar los perjuicios a quien malamente la solicite. De ahí, que, desde ya conviene hacer una revisión somera de las medidas cautelares – prejudiciales o precautorias- que contempla la legislación procesal Civil como para recomendar a un arbitrador concederla o no frente a una petición de parte.

MEDIDAS QUE AFECTEN EL DERECHO DE PROPIEDAD.

Por regla general, un arbitrador debe evitar conceder como medida cautelar, toda y cualquier medida que pudiese afectar el derecho de propiedad, en sus distintas expresiones de vinculación de una cosa con una persona -dominio, posesión, tenencia- sea de un bien corporal o incorporeal.

En las sedes de correspondientes a la judicatura ordinaria y arbitral de derecho, cuando se otorgan este tipo de medidas, el estándar exigido es de un respaldo y sustento fáctico y jurídico relevante, de tal entidad y magnitud que su concesión es casi algo connatural al hecho de su petición y por lo cual un juez ordinario o un árbitro de derecho, están amparados por el ordenamiento jurídico para sustentar su decisión. Sin embargo, concedidas bajo el alero de un arbitrador -aun cuando en derecho sea procedente su concesión-, es el primer signo que el encargo será conducido procedimentalmente bajo el amparo de las normas de derecho, más que la prudencia, la equidad y la conciencia de aquello que resulta ser lo correcto. Se ha de recordar, que lo correcto, lo justo y lo equitativo, a veces son términos antónimos.

MEDIDAS QUE BUSQUEN ANTICIPAR PRUEBA.

En principio, pareciera ser inofensivo el que un arbitrador concediera una medida precautoria o prejudicial, tendiente a recibir prueba que por diversas razones podría no estar o existir durante el transcurso del procedimiento. Sin embargo, basta el solo hecho de acoger tal medida, de prueba anticipada, aun cuando no exista controversia de partes sobre ella, para que se vea imposibilitado de ejercer la potestad autónoma que les concede a los arbitradores el artículo 638 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto les permite decidir si es o no necesario -según su conciencia- recibir la causa a prueba. El tenor de la norma es si el “*arbitrador cree necesario, recibirá la causa a prueba*”. Es una potestad única, inexistente en otro tipo de procedimiento, desde que la recepción de la causa a prueba es un trámite esencial a todo procedimiento -artículo 795 n°3 del C.P.C.-, salvo en el caso del arbitraje llevado ante y por arbitradores en que ésta es una decisión privativa, exclusiva y excluyente del arbitrador.

MEDIDAS QUE BUSQUEN PREPARAR LA ACCIÓN.

El árbitro existe en cuanto tal, desde el momento en que acepta el encargo y jura desempeñarlo fielmente, independiente que a esa época aun no cuente con un procedimiento acordado. Sin embargo, en el caso de los arbitradores, la situación es aún más notoria, desde que es la propia ley que faculta a los arbitradores a conducir el procedimiento conforme a las reglas consignadas en el acto constitutivo del compromiso, esto es, en la cláusula o acuerdo compromisorios por el cual se conviene en que la solución de controversias lo será por medio de uno o más arbitradores. En caso de silencio, se rige por las normas del Código de Procedimiento Civil, cuya esencia se encuentra en dos artículos, el 637 y el 638 de referido cuerpo procesal. Por ello, desde que acepta, incluso se puede decir que hay procedimiento.

Ahora, en cuanto a este tipo de medidas, debe tenerse presente que la sentencia del arbitrador, debe referirse a las “peticiones” de las partes, en contraposición a lo que exige el artículo 170 respecto de las sentencias de derecho, que es las acciones, excepciones, fundamentos de hecho y derecho, por lo que la acción puede también tener más laxitud y menos elementos que aquellos que se exigen a la demanda, máxime si el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil, le otorga una facultad especialísima al arbitrador que es practicar las “*diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos*”, es decir, tiene un rol activo y oficioso que permite suplir con creces aquello que pudiera solicitarse como medida preparatoria de una acción, bastando solamente que durante el curso del procedimiento se solicite al arbitrador tenga en consideración realizar aquella medida que se planteaba esgrimir como preparatoria.

De lo expuesto, aparece que, en el caso del arbitrador, toda y cualquier medida cautelar, tiene a ser más bien fuera de la cautela con que el arbitrador debe actuar, sin embargo, es en base a la misma cautela, que debe recibirlas, escuchar aquellas medidas que le sean solicitadas y, a partir de aquello, comenzar con el encargo que las propias partes le confirieron.

Uno de los grandes activos que debería tener un arbitrador, es la capacidad de detectar momentos en los que es posible lograr acuerdos respecto de uno o más de los puntos en conflicto entre las partes.

A partir de la recepción de solicitud de medidas cautelares, cualquiera que sea su naturaleza, aun cuando la conveniencia indique el rechazarlas en su mayoría por los fundamentos que se han señalado, es cierto también que es el primer momento en que el arbitrador debe ejercer las amplias facultades que tiene para lograr acuerdos.

Por ello, una medida que inicialmente pudiera haber sido concedida, también puede llevarse a cabo, mediante el acuerdo vinculante propuesto por el arbitrador y aceptado por las partes. Aquello, no solo va allanando el camino del procedimiento, sino que también valida la naturaleza jurídica propia del cargo y comienza el ejercicio de lo que es la esencia de un arbitrador, actuar como amigable componedor y no como un juez de derecho.

OPINIÓN PERSONAL Y LIBRE CIRCULACIÓN.

Lo expresado en este documento, corresponde a opiniones no vinculantes de manera alguna con eventuales posturas y/o decisiones personales, ni de terceros respecto de la materia que se revisa.

Del mismo modo, no existe restricción de derecho de autor, más siempre se agradecerá la cita respectiva como una retribución de cortesía.

SOBRE EL AUTOR.



Telefono Matriz + 56 22 656 54 00

WhatsApp Arb. + 56 98 444 39 20

jl@ArbitraL.cl

WWW.ARBITRAL.CL