

**EL CONTROL DE LEGALIDAD DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL: DICE PERO NO HACE. COMENTARIO
A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TRANSANTIAGO II, ROL 1.153, DE 30 DE
SEPTIEMBRE DE 2008.**

Luis Alejandro Silva Irrarrázaval*

Santiago, treinta de septiembre de dos mil ocho.

VISTOS:

Con fecha 26 de junio de 2008, dieciséis senadores, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, presentaron un requerimiento, (...) con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de los siguientes actos administrativos:

- a) Decreto Supremo N° 46, de 20 de mayo de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que modifica las condiciones y plazos aprobados para la línea de crédito ya pactada por el Banco del Estado de Chile con la Cuenta Especial de Reembolso a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 20.206, conforme al Decreto Supremo N° 19, del mismo Ministerio y año.
- b) Decreto Supremo N° 45, de 16 de mayo de 2008, de la misma cartera, que aprobó las condiciones y plazos de una línea de crédito por parte del BID a la cuenta antes mencionada, por hasta US\$ 400.000.000.
- c) Decreto Supremo N° 583, de 21 de abril de 2008, del Ministerio de Hacienda, que incrementó el cupo para que la Corporación de Fomento de la Producción otorgue coberturas o subsidios contingentes a la misma cuenta, en \$ 150.400.000.000.

* Abogado. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes. Correo electrónico: lsilva@uandes.cl

(...)

De este modo, argumentan los requirentes, los actos administrativos que han dado curso a los nuevos créditos del Banco del Estado y del BID para el Transantiago, como, igualmente, aquel que ha ampliado la posibilidad de que se comprometa la garantía de la CORFO a operaciones indeterminadas en beneficio del mismo, son inconstitucionales, por infringir los artículos 19, N° 22, inciso segundo, 65 y 67 y, por ende, los artículos 6° y 7°, inciso segundo, de la Carta Fundamental.

La Presidenta de la República, al formular sus observaciones, señala, en forma previa, que el requerimiento es improcedente por las siguientes razones:

(...)

e) El requerimiento plantea vicios de legalidad. Como el Tribunal Constitucional no puede conocer de vicios de esta naturaleza, resulta improcedente la presentación.

(...)

En segundo lugar, los actores fundan la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que autorizó el endeudamiento de la Cuenta con el Banco del Estado de Chile, en el compromiso de la responsabilidad financiera del Estado al margen de lo que establece la ley.

(...)

Con igual fundamento, plantean los actores la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 45, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que autorizó el endeudamiento de la Cuenta con el BID. Exponen al respecto que, de la misma manera que el crédito del Banco del Estado compromete la responsabilidad financiera del Fisco, también y por iguales razones ésta queda comprometida con este último préstamo.

(...)

En cuarto lugar, los requirentes se refieren a la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 583, de 2008, del Ministerio de Hacienda, que autoriza el otorgamiento de la garantía de CORFO a la Cuenta, por comprometer la responsabilidad financiera de un organismo público, sin que la ley lo autorice.

En cuanto a la competencia del Tribunal Constitucional, argumentan que el pronunciarse sobre la existencia de una ley habilitante del compromiso de la responsabilidad financiera del

Estado es una cuestión de constitucionalidad y no de mera legalidad. El artículo 63, N° 8°, de la Constitución exige la concurrencia de una norma legal para que se pueda materializar dicho compromiso, por lo que un debate de constitucionalidad al respecto siempre y necesariamente supondrá el pronunciamiento acerca de la existencia de una ley o, al menos, del alcance de aquella que se invoque. De primar el predicamento contrario, agregan, resultaría que nunca se podría controlar la constitucionalidad de dicho precepto, pues indefectiblemente la sentencia tendrá como componente indispensable el análisis de la existencia de una ley.

En relación con la ley que habilita el compromiso de la responsabilidad de CORFO, señalan los actores que para que se entienda que un cuerpo legal otorga la autorización correspondiente, en términos de satisfacer la exigencia constitucional, es menester que cumpla tres requisitos: que confiera expresa e indudablemente la facultad de incurrir en el referido compromiso, que se fije el marco en que se puede hacer y que se determine el monto máximo a que puede ascender. Indican que, a su entender, no existe una ley que habilite a la CORFO para otorgar su garantía a un préstamo que beneficie a la Cuenta Especial de Reembolso.

(...)

Más adelante, la Presidenta precisa que la Constitución, en los artículos 24 y 32, N° 20, atribuye al Jefe de Estado un rol esencial en la administración financiera del Estado. Por esta razón se establecen sólo reservas de ley relativas en esta materia. Los cuerpos legales dictados en virtud de dichas reservas constituyen leyes de bases que habilitan una amplia complementación de la potestad reglamentaria. Concluye afirmando que, en este contexto, sí existe una habilitación legal previa y suficiente para el decreto impugnado. Tanto el artículo 7° de la Ley N° 18.591 como sucesivas leyes de presupuesto establecen las condiciones en que CORFO puede intervenir en operaciones de financiamiento, aplicando el artículo 32, N° 20, de la Carta Fundamental, y respetando el artículo 63, N° 8°, del mismo cuerpo normativo.

(...)

Y CONSIDERANDO

(...)

OCTAVO: Que, en síntesis, puede sostenerse que el conflicto constitucional cuya resolución se somete a esta Magistratura consiste en determinar si los decretos supremos que han aprobado sendos créditos, tanto por parte del Banco del Estado de Chile cuanto por el Banco Interamericano de Desarrollo a la Cuenta Especial de Reembolso, creada por el artículo 7° de la Ley N° 20.206, y que han contemplado, por su parte, la garantía de la CORFO a los mismos, han infringido el principio de legalidad que, de conformidad con lo dispuesto en la Carta Fundamental, debe observarse en operaciones que –como las de la especie– comprometerían la

responsabilidad financiera del Estado y, particularmente, al momento de ser ejercida la facultad de los organismos que lo integran para endeudarse, con mayor razón cuando el pago de esa deuda excede el respectivo período presidencial y cuando implica el endeudamiento con el propio Estado, sus organismos o empresas. Asimismo, los requirentes estiman que las operaciones autorizadas por los decretos supremos impugnados implican el otorgamiento de un beneficio directo o subsidio en favor de un sector, actividad o zona geográfica sin que exista disposición legal que lo autorice, lo que también vulneraría la Constitución afectando, por ende, el ejercicio de potestades privativas del Congreso Nacional.

(...)

VIGESIMO: Que, asimismo, la Presidenta de la República ha solicitado se declare la improcedencia del requerimiento deducido en estos autos, basándose en que se alegan diversos vicios de legalidad que no pueden ser resueltos por esta Magistratura por estar fuera de su competencia. Así se sostiene que:

1° La determinación de la naturaleza y objeto de la Cuenta Especial de Reembolso, creada por el artículo 7° de la Ley N° 20.206, implica interpretar dicha norma legal;

(...)

3° La clarificación de la participación que le corresponde al Banco del Estado en el Administrador Financiero del Transantiago (AFT) y de la empresa Metro S.A. en el Transantiago junto con los Concesionarios de Vías, también supone interpretar la Ley N° 20.206; y

4° Que la determinación de si algunas normas legales –como la Ley N° 18.591 o la Ley de Presupuestos- pueden servir de base para fundar el compromiso de la responsabilidad financiera de CORFO es, asimismo, un problema de legalidad (pág. 28);

VIGESIMOPRIMERO: Que la decisión acerca de si las cuestiones planteadas precedentemente configuran vicios de legalidad o son propias del conflicto constitucional que se ha sometido a esta Magistratura forma parte del pronunciamiento de fondo que habrá de llevar a acoger o a rechazar el requerimiento deducido sobre la base de la competencia previamente constatada del Tribunal para resolverlo. Por esta razón, estas alegaciones de la Jefa de Estado serán resueltas con ocasión del examen sustantivo que se hará en los capítulos que siguen de esta sentencia;

VIGESIMOSEGUNDO: Que, del mismo modo, el pronunciamiento de fondo de esta sentencia se hará cargo del argumento contenido en la respuesta presidencial en orden a que este Tribunal ya se pronunció, en sentencia de 22 de mayo de 2008, Rol N° 1035, respecto de una impugnación al Decreto Supremo N° 1.797, de 2008, del Ministerio de Hacienda,

rechazándola por estimar que importaba un vicio de legalidad. Agrega que en el presente requerimiento se impugna el Decreto Supremo N° 583, de 2008, del mismo Ministerio, que sólo modificó un guarismo o cifra del decreto original al que aludía el Decreto Supremo N° 1.797, por lo que al ser el mismo el argumento, también debiera ser desechada la presente impugnación (pág. 20);

(...)

VIGESIMOCUARTO: Que en lo que se refiere a la supuesta inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, los actores aducen, en primer lugar, que éste vulnera el artículo 63 N° 7° de la Carta Fundamental, en el sentido de que la Cuenta Especial de Reembolso, a que se refiere el artículo 7° de la Ley N° 20.206, no podría haberse endeudado, puesto que debe aplicársele la exigencia que rige el endeudamiento del Estado y de sus organismos, esto es, que los empréstitos que contraten sean autorizados por ley y que además estén destinados a financiar proyectos específicos.

Afirman, asimismo, que “la línea de crédito entregada por el Banco del Estado a la Cuenta, incluyendo las modificaciones que ha autorizado el D.S. N° 46 (...) es ahora por el plazo de seis años y su servicio total caerá dentro del próximo gobierno” (pág. 51), lo que requeriría que la autorización pertinente hubiese sido aprobada por una ley de quórum calificado, según lo dispuesto en el mismo numeral 7° del artículo 63 de la Constitución;

(...)

VIGESIMOSEPTIMO: Que cabe recordar que la exigencia de norma legal se encuentra establecida en el numeral 7° del artículo 63 de la Constitución para autorizar “al Estado, a sus organismos y a las municipalidades, para contratar empréstitos, los que deberán estar destinados a financiar proyectos específicos. La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda (...)”;

(...)

TRIGESIMO: Que la norma contenida en el numeral 7° del artículo 63 de la Carta Fundamental, sin embargo, se refiere a quien contrata el préstamo en calidad de “deudor”, lo que se ve corroborado por la frase incluida en dicha norma: “La ley deberá indicar las fuentes de recursos con cargo a los cuales deba hacerse el servicio de la deuda”.

La exigencia de una ley que autorice el endeudamiento del Estado, sus organismos o las municipalidades se debe, precisamente, al impacto que ello puede tener en las finanzas públicas.

A este respecto, el Ministro de Economía de la época, al discutirse este precepto en la

Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, señaló que: “se partió de la base de que el Estado tiene una envergadura inmensa en relación con cualquier otra actividad y de que existe una autoridad monetaria independiente que vela por la estabilidad financiera tributaria interna y externa, autonomía que se diluiría completamente si el Fisco, endeudándose en las condiciones señaladas, retira dinero en grandes cantidades de la economía” (Sesión N° 394, pág. 3034);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, en el caso específico del Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, es posible observar que él no da cumplimiento a la exigencia de que sólo por medio de una ley pueda autorizarse un empréstito al Estado según lo ordenado por el artículo 63 N° 7° de la Carta Fundamental;

(...)

TRIGESIMOTERCERO: Que, con todo, la respuesta a si un préstamo adquirido por la Cuenta Especial de Reembolso aludida involucra un endeudamiento del Estado no puede sino encontrarse en el análisis sistémico de la Ley N° 20.206 y, particularmente, en la finalidad que la anima, más que en un análisis referido a la naturaleza de dicha Cuenta, lo cual puede implicar una interpretación de dicha norma legal, frente a la que este Tribunal carecería de competencia;

TRIGESIMOCUARTO: Que, en este orden de ideas, el artículo 7° del mencionado cuerpo legal indica que la finalidad de la Cuenta cuya constitución se convenga por los órganos públicos y entes privados que indica será el “reembolso de los aportes efectuados por el Fisco y de los compromisos asumidos con cargo a la Cuenta”. ¿A qué tipo de aportes fiscales se refiere esa norma? Obviamente, a aquellos mencionados en el artículo 1°, inciso segundo, de ese cuerpo legal: “El Fondo (de Estabilización Financiera del Sistema de Transporte Público de la ciudad de Santiago) se constituirá con los aportes fiscales a que se refiere el artículo 2° de esta ley, y operará de acuerdo a lo que resuelva, informe y proyecte el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones”;

TRIGESIMOQUINTO: Que, a su vez, el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 20.206, precisa que el aludido Fondo se crea con “el objeto de dar estabilidad al régimen tarifario del referido Sistema y procurar un mejor servicio a los usuarios (...)”. Esta última parte de la norma, originada en una indicación del Ejecutivo, fue explicada por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, durante el debate en el Senado, en los siguientes términos:

(...)

TRIGESIMONOVENO: Que, desde una perspectiva constitucional, entonces, es claro que un endeudamiento como el autorizado por el Decreto Supremo N° 46 requería de un debate parlamentario que se tradujese en la dictación de una ley especial que confiriera la autorización, puesto que, evidentemente, está en juego la estabilidad financiera del mismo

Estado y también el ejercicio eficaz de su potestad administrativa que apunta a la satisfacción de las necesidades de los gobernados.

Consecuentemente, el Decreto Supremo N° 46, de 2008, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, resulta inconstitucional por permitir el endeudamiento del Estado sin una ley que lo autorice;

CUADRAGESIMO: Que, a mayor abundamiento, no puede estimarse suficiente, de acuerdo al propósito del Constituyente, la autorización genérica consignada en el inciso tercero del artículo 7° de la Ley N° 20.206, que indica que “podrán efectuarse inversiones financieras de las que será titular la Cuenta y contraer deuda con cargo a la misma en las condiciones y plazos que se establezcan en los contratos de endeudamiento respectivos”.

(...)

Y TENIENDO PRESENTE lo prescrito en los artículos 19, N° 22, 63, numerales 7°, 8° y 9°, 93, inciso primero, N° 16, e inciso decimonoveno, de la Constitución Política de la República, y en los artículos 38 a 45 y 48 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal,

SE RESUELVE:

a) Acoger el requerimiento de fojas uno, declarándose inconstitucional el Decreto Supremo N° 45, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 16 de mayo de 2008, publicado en el Diario Oficial de 3 de junio del mismo año, mediante el cual se otorgan las autorizaciones previas exigidas por el inciso final del artículo 7° de la Ley N° 20.206, para que se contrate, con cargo a la Cuenta Especial de Reembolso, una línea de crédito de hasta cuatrocientos millones de dólares de los Estados Unidos de América, otorgada por el Banco Interamericano de Desarrollo, en los plazos y condiciones que indica.

b) Acoger el requerimiento de fojas uno, declarándose inconstitucional el Decreto Supremo N° 46, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 20 de mayo de 2008, publicado en el Diario Oficial de 28 de mayo del mismo año, mediante el cual se autorizan previamente cambios en las condiciones y plazos de la línea de crédito otorgada por el Banco del Estado con cargo a la Cuenta Especial de Reembolso.

c) Rechazar el requerimiento de fojas uno en cuanto a la impugnación formulada en relación al Decreto Supremo N° 583, del Ministerio de Hacienda, de 21 de abril de 2008, publicado en el Diario Oficial de 3 de junio del mismo año, que modifica el artículo 7° bis del Decreto Supremo N° 793, de 2004, del mismo Ministerio, reemplazando la suma originalmente contemplada para que la CORFO otorgue coberturas o subsidios contingentes.

Acordado el rechazo del requerimiento en lo tocante a la impugnación del Decreto Supremo N° 583, del Ministerio de Hacienda, de 21 de abril de 2008, luego de desecharse la indicación del Ministro señor Marcelo Venegas Palacios, quien propuso decidir que resultaba innecesario pronunciarse sobre la impugnación de la constitucionalidad de la garantía luego de haberse declarado inconstitucionales los créditos que se garantizarían con ella.

**El control de legalidad del Tribunal Constitucional: dice pero no hace.
Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional *Transantiago II*, rol 1.153, de 30 de septiembre de 2008**

I. Introducción

El propósito de este comentario es llamar la atención sobre un punto concreto de la sentencia del Tribunal Constitucional, que acogió parcialmente un requerimiento de inconstitucionalidad contra tres decretos supremos dictados para financiar el transporte público de la ciudad de Santiago. En este fallo, que llamaremos *Transantiago II*, el Tribunal disfraza lo que hace diciendo que no lo hace. Específicamente, se trata de la posición del Tribunal Constitucional frente a conflictos de naturaleza legal, para los que carece de competencia de acuerdo a las atribuciones del artículo 93 de la Constitución. El interés de esta sentencia radica en que, si bien se declara incompetente para controlar la legalidad de un decreto, de hecho la controla.

Esta práctica del Tribunal no es nueva: en la sentencia rol 254 también declaró su incompetencia para enjuiciar la legalidad de un acto, aunque de hecho lo hizo. En el presente caso deseamos, en primer lugar, poner al descubierto esta incongruencia del Tribunal entre lo que dice y lo que hace y, en segundo lugar, valorar esta conducta desde la perspectiva de la supremacía constitucional.

II. Antecedentes del fallo

La sentencia rol 1.153 es la segunda que el Tribunal Constitucional dicta a propósito del financiamiento del transporte público de la ciudad de Santiago. La primera fue la sentencia rol 1.035, de 22 de mayo de 2008. En ambas, el Tribunal tuvo que juzgar la constitucionalidad de actuaciones administrativas (oficios y decretos supremos) que –dicho en pocas palabras– comprometían la responsabilidad financiera del Estado.

En el caso de la sentencia *Transantiago II*, se requirió contra el Decreto Supremo N° 46/08, del Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, que modificó las condiciones y plazos del crédito pactado entre el Banco Estado y la Cuenta Especial de Reembolso del artículo 7 de la ley 20.206. Se requirió también en contra del Decreto Supremo N° 45/08, del mismo Ministerio, que aprobó las condiciones y plazos de una línea de crédito de hasta USD 400

millones por parte del BID a la Cuenta Especial de Reembolso. Por último, se requirió contra el Decreto Supremo N° 583/08, del Ministerio de Hacienda, que incrementó el cupo para las coberturas o subsidios contingentes que la CORFO puede otorgar a la Cuenta Especial de Reembolso.

La supuesta inconstitucionalidad de estos decretos sería la infracción de los artículos 19 N° 22, porque los créditos estarían destinados a subsidiar el precio del pasaje del Transantiago, y los subsidios sólo pueden ser autorizados por ley; 63 N° 7, porque el Estado sólo puede endeudarse por ley y porque el endeudamiento que exceda el término de duración del respectivo período presidencial debe ser autorizado por una ley de quórum calificado; 63 N° 8, porque el compromiso de la capacidad financiera del Estado debe ser autorizado por ley, y; 63 N° 9, porque el Estado no puede contratar empréstitos con empresas estatales o en las que tenga participación.

Fundamentalmente, el vicio de los actos impugnados consistió en la infracción del principio de reserva legal. Así lo reconoció el mismo Tribunal en el considerando 8° de la sentencia: “en síntesis, puede sostenerse que el conflicto constitucional cuya resolución se somete a esta Magistratura consiste en determinar si los decretos supremos (...) han infringido el principio de legalidad que (...) debe observarse en operaciones que (...) comprometerían la responsabilidad financiera del Estado”.

III. El control de legalidad

El Tribunal Constitucional tiene como función propia el control de constitucionalidad de los decretos supremos (artículo 93 N° 16 de la Constitución). Si el conflicto que se somete a su conocimiento es una cuestión de legalidad, entonces resulta incompetente y el asunto debe ser discutido en otra sede. En esta definición se apoya la Presidenta de la República para solicitar la improcedencia del requerimiento, alegando que los vicios imputados a los decretos requeridos son “vicios de legalidad que no pueden ser resueltos por esta Magistratura por estar fuera de su competencia” (considerando 20°).

Esta objeción de incompetencia del Tribunal debió haber sido resuelta en la sentencia antes de entrar en las materias de fondo; sin embargo, fue postergada la decisión acerca de ella, porque “forma parte del pronunciamiento de fondo que habrá de llevar a acoger o a rechazar el requerimiento deducido” (considerando 21°). La dilación de esta cuestión aparentemente formal al momento del examen sustantivo fue acertada. Más adelante explicaremos el porqué.

Al entrar al análisis de fondo de cada uno de los vicios de inconstitucionalidad invocados en el requerimiento, el Tribunal tuvo especial cuidado de moverse dentro del ámbito de su competencia, evitando incurrir en un examen de la legalidad de los decretos atacados. Sin embargo, la verificación de si acaso los decretos supremos impugnados infringieron el principio

de reserva legal es una operación imposible de realizar sin confrontarlos con la ley que los habilita. Por eso, el control de constitucionalidad se convierte en un control de legalidad: si los decretos son ilegales, entonces habrán infringido la reserva legal y serán, en consecuencia, inconstitucionales.

El control de constitucionalidad que se transforma en control de legalidad insinúa una paradoja que desafía la existencia misma de una frontera que delimite los ámbitos de la legalidad y de la constitucionalidad. Y esta diferenciación entre lo legal y lo constitucional, es el supuesto sobre el que descansa la definición de la competencia del Tribunal Constitucional, como órgano de control de constitucionalidad y no de legalidad.

Cuando el Tribunal adelanta que, respecto del Decreto Supremo N° 46/08, “es posible observar que (...) no da cumplimiento a la exigencia de que sólo por medio de una ley pueda autorizarse un empréstito al Estado” (considerando 31°), reconocemos un examen precedente por el que ha comprobado el insuficiente respaldo legal del Decreto. ¿Y cómo puede llegarse a este resultado si no es a través de un control de legalidad?

Es más nítido el contraste entre lo que dice y lo que hace a partir del considerando 33°. En éste explica que la respuesta acerca de si el crédito adquirido por la Cuenta Especial de Reembolso significa un endeudamiento del Estado “sólo puede encontrarse en el análisis sistémico de la Ley N° 20.206”,¹ aunque advierte que tal análisis “puede implicar una interpretación de dicha norma legal, frente a la que este Tribunal carecería de competencia.” Luego, debemos entender que el Tribunal quiere analizar sistemáticamente la ley 20.206, pero no quiere interpretar sus normas. El doble propósito del Tribunal es contradictorio.

En la práctica, el Tribunal interpretó el artículo 7 (considerandos 34° y 40°) y el inciso primero del artículo 1 (considerando 35°) de la ley 20.206, y concluyó que el Decreto Supremo N° 46/08 “resulta inconstitucional por permitir el endeudamiento del Estado sin una ley que lo autorice.”

Respecto del Decreto Supremo N° 45/08 llegó a una conclusión similar: “infringe el artículo 63, N° 7°, de la Constitución, pues ha autorizado, sin que medie una ley, un préstamo cuyo beneficiario y deudor final es el mismo Estado” (considerando 76°). Y poco más adelante: “al haberse aprobado un préstamo que compromete la responsabilidad financiera del Estado (...) sin una ley que lo autorice, se vulnera el artículo 63, N° 8°, de la Constitución” (considerando 83°). Por último, se infringió el artículo 19 N° 22, porque se autorizó un beneficio “al sector del transporte público de la ciudad de Santiago por medio de un decreto supremo y no mediante una ley, como dicho precepto fundamental exige” (considerando 86°).

¹ Esta idea se repite casi con las mismas palabras en el considerando 72°.

La inconstitucionalidad de los decretos supremos N° 45/08 y 46/08 consistió en haber regulado materias que están reservadas a la ley por la misma Constitución. Pero a esta conclusión –ya lo hemos dicho antes- no se puede llegar sin haber contrastado previamente el decreto con la ley, operación específica del control de legalidad.

La respuesta que el Tribunal difirió respecto de la objeción que planteó la Presidenta de la República, sobre la incompetencia del Tribunal para resolver, por tratarse de una cuestión de legalidad, nunca se explicita. No obstante, su contenido es obvio. En cuanto al motivo que tuvo para deferirla, estimamos que fue la superposición del plano de la legalidad con el plano de la constitucionalidad, que convirtió la cuestión de legalidad en una cuestión de constitucionalidad.

IV. Supremacía constitucional y control de legalidad

A primera vista, pudiera parece que la incongruencia del Tribunal entre lo que dice y lo que hace significa un estrechamiento de su competencia: debía controlar la constitucionalidad, pero controla la legalidad. También pudiera interpretarse como una maniobra para estirar el alcance de su competencia sin ser notado: no sólo constitucionalidad, sino también legalidad. En cualquier caso, el control de legalidad es una función que está fuera de su competencia.² Sin embargo, debemos preguntarnos: ¿podía el Tribunal actuar de un modo distinto?

Si el vicio invocado en el requerimiento consistió en la infracción del principio de reserva legal, el Tribunal no tuvo posibilidad alguna de evitar un examen de la legalidad de los decretos impugnados. La inconstitucionalidad dependió de la ilegalidad; el control de constitucionalidad se identificó con el control de legalidad. La verificación de que los actos administrativos desbordaron el marco legal fue el resultado de su comparación con la ley que les sirvió de marco. La prueba de la inconstitucionalidad de los decretos consistió en demostrar que franquearon los límites de la potestad reglamentaria.

Por otra parte, si el requerimiento hubiera sido rechazado por entrañar un control de legalidad, el Tribunal habría señalado el camino al Gobierno para burlar su control, a través del mecanismo de convertir cualquier infracción a la reserva legal en un conflicto de naturaleza

² Con arreglo a esta premisa, Zúñiga critica como una inconsistencia de la sentencia, el control que el Tribunal realizó sobre los decretos requeridos. Entiende que la actuación del Tribunal convirtió –una vez más- el “control de constitucionalidad de decretos supremos previsto en el N° 16 del artículo 93 de la Constitución en un contencioso administrativo calificado”. Zúñiga, Francisco, “Comentario Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.153-08 de fecha 30 de septiembre de 2008”. En: http://productos.legalpublishing.cl/NXT/publishing.dll?f=templates&fn=JOLLOL/default.htm&3.0&Tit=A_Juridica/CL_JOL01/CL_JOLLI1C&vid=LNChile:181&dtaid=1319020 [visitado el 8.07.2009]

legal. Y razón no le faltaría, porque siempre para verificar dicha infracción el juzgador deberá confrontar, necesariamente, el decreto con la ley.

Ahora bien, es preciso plantearse el significado de esta situación desde la perspectiva de la supremacía constitucional. Espontáneamente, el control de legalidad que efectúa el Tribunal Constitucional repugna a la concepción que, normalmente, se tiene de su función específica de control. Sin embargo, hay que hacer notar que esta concepción se funda en el supuesto de haber una clara y nítida separación entre el ámbito de lo legal y el ámbito de lo constitucional. Y este supuesto es desmentido por la naturaleza del problema que plantea una infracción al principio de reserva legal, de lo cual da cuenta la sentencia que analizamos.

La supremacía constitucional que el Tribunal está llamado a garantizar pasa por una correcta ejecución de la ley por parte del Ejecutivo; la constitucionalidad es una cualidad del decreto legal. Por esto, para declarar la inconstitucionalidad de un decreto, no hay más remedio que demostrar su ilegalidad. En casos como estos se hace patente la dimensión legal de la supremacía constitucional.

V. Conclusión

No era necesario que el Tribunal Constitucional disimulara el control de legalidad que efectuó diciendo que no lo hizo porque, tratándose de la reserva legal, el control de constitucionalidad se identifica con el de legalidad. El Tribunal no excedió su competencia al examinar si el decreto era legal o ilegal, porque precisamente de esta condición dependía su constitucionalidad.

El control de constitucionalidad de los decretos supremos descubre la dimensión legal de la supremacía constitucional y derrumba el supuesto límite entre los ámbitos de lo legal y de lo constitucional. Admitir esta realidad contribuye a precisar los contornos del principio de supremacía constitucional y, con ello, a facilitar la labor interpretativa y argumentativa del Tribunal Constitucional.

DETERMINACIÓN DE LOS HONORARIOS DEL ÁRBITRO DESDE LA ÓPTICA OBLIGACIONAL: PROBLEMATIZACIÓN DEL ESTADIO ACTUAL Y PROPUESTA DE SOLUCIONES.

María Fernanda Vásquez Palma*

1. De la relación habida entre las partes y el árbitro en un juicio arbitral.

Esta relación se forja a partir de un pacto realizado entre las partes que designan al árbitro, ya sea de manera directa o indirecta (Ej. por nombramiento judicial), y el árbitro que acepta el encargo, de ella surgen derechos y obligaciones para ambos. El legislador chileno no señala cuál es la naturaleza de este contrato, si es una estricta relación profesional de la labor desempeñada por el árbitro, si se trata de un contrato de mandato u otro; por esta razón ha sido la doctrina chilena la que ha denominado a esta relación comúnmente como “contrato de compromisario”, entendiéndolo por tal aquél contrato por el cual una persona se obliga a desempeñar las funciones de árbitro ante otras que litigan ante él y que se obligan a remunerarle sus servicios con unos honorarios¹. Junto a ella se encuentra la tesis del contrato del mandato²,

* Profesora de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Talca. Correo electrónico: mfvasquez@utalca.cl

¹ Cf. P. Aylwin Azocar, *El juicio arbitral*, Ed. Jurídica de Chile, 2005, p. 352; R. Abeliuk Manasevic, “El arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”, *Estudios de arbitraje, Libro Homenaje a Patricio Aylwin Azocar*, Ed. Jurídica de Chile, 2007, pp. 41-53.

² La jurisprudencia, sin ser radical, ni concluyente, ha optado por la tesis del mandato, así por ejemplo, la CS con fecha 23 de septiembre de 1993, en causa “Corporación Frutícola Chilena Ltda.” señala sobre el particular que: “Si a la fecha de la petición de aclaración del fallo dictado por el Árbitro, el mandato de éste había expirado, tanto por haber, vencido el plazo legal que tenía para evacuar su encargo, cuanto por haber cumplido efectivamente con el mandato que le fuera conferido por los interesados, al dictar la sentencia definitiva en la fecha ya señalada, el árbitro no tenía jurisdicción para conocer de la expresada solicitud de aclaración, que le fuere formulada por una de las partes del pleito, porque ya no existía órgano jurisdiccional alguno para resolver el expresado recurso de aclaración, por haberse extinguido el término legal para el desempeño del mandato hecho al Árbitro, y por el cumplimiento efectivo del encargo por parte de éste.”

cuya misión del mandatario se centra en decidir las cuestiones pendientes entre las partes, quedando obligado a cumplir el encargo con prohibición de traspasar sus límites, y el deber de las partes de indemnizarle por los daños y perjuicios que le hubiere causado el incumplimiento del mandato. Igualmente se plantea la tesis del contrato de prestación de servicios, que puede ser oneroso o gratuito dependiendo de lo convenido en relación a los honorarios, e inclusive se ha llegado a manifestar que estos honorarios corresponden a las costas personales.

Con anterioridad nos hemos ocupado de este tema restando valor a dichas elucubraciones, en el convencimiento que el árbitro no es un mandatario tradicional al servicio del interés de los litigantes, ni es un prestador de servicios que actúe por cuenta o encargo de las partes, ni menos aún sus honorarios responden al criterio de costas. En efecto, el árbitro pondera un interés que afecta a las partes pero que decide en función de alcanzar un bien de interés superior y público cual es la solución justa del caso que se enjuicia; de esta forma, la relación existente entre el árbitro y las partes no puede responder a un encargo personal, pues ello implicaría la posibilidad de revocarlo sin justa causa, y un nivel de dependencia del árbitro hacia las partes que no se puede dar. Por su parte, es impensable catalogar a los honorarios como simples costas personales pues no se pueden confundir ambas nociones, en tanto los primeros nacen de una relación obligacional entre el árbitro y las partes, mientras que las costas son fijadas a causa de un proceso y su cobro da lugar a un incidente. Se entiende que las costas personales se estiman respecto de los abogados de cada una de las partes del litigio y demás personas que hayan intervenido o prestado servicios en el proceso, no así en relación a las funciones desempeñadas por el árbitro; entenderlo de otra forma, equivaldría a sostener que el árbitro es juez y parte de su propia remuneración, lo que ciertamente no resiste mayor análisis. De esta manera, consideramos que si lo que se otorga es autoridad para resolver conflictos, no podemos limitar a esta relación a un plano pura y típicamente contractual. Tal relación debe explicarse desde una combinación de diversos estadios jurídicos, siendo su motor una relación obligacional atípica en sus inicios³.

De la mano de esta falta de tratamiento normativo se encuentran los honorarios del árbitro, pues en este punto nada se señala. A pesar de ello, existe consenso a la hora de considerar que la obligación de las partes de pagar los honorarios de los árbitros que acepta el cargo y tramita un arbitraje, se entiende pertenecer naturalmente al instituto arbitral⁴. El problema de su cuantificación y pago se ocasiona cuando el arbitraje es *ad hoc*⁵, y las partes de la relación no

³ Para mayor información, Vid., M^a. F. Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 173 y sgtes.

⁴ Entre otros, Vid. P. Aylwin Azócar, *El juicio arbitral*, Ed. Jurídica de Chile, 5^o edición, p. 364.

⁵ Si el arbitraje es institucional, normalmente los honorarios de los árbitros y los gastos de administración, serán determinados anticipadamente. Sobre las diferenciaciones entre ambas tipologías de arbitraje y sus repercusiones, Vid. M^a. F. Vásquez Palma, *Ibid.*, pp. 68 y sgtes.

han determinado nada al momento de formalizar la relación con el árbitro, pues en este caso, los honorarios deberán fijarse una vez que el juicio ha finalizado, pues a esa fecha las partes difícilmente querrán hacerse cargo de los honorarios del árbitro, máxime si ha perdido el juicio.

En este caso surgen diversas interrogantes: ¿Cómo y quién fijará los honorarios?, ¿en base a qué criterios?, ¿a quién le corresponde pagar los honorarios, en qué oportunidad y cómo? Dado el silencio legislativo, ha sido la jurisprudencia la que ha debido llenar de contenido de esta obligación, tomando para ello en consideración un par de normas que, desde un punto de vista adjetivo, se pronuncian sobre esta materia. En este camino revisaremos uno de los últimos fallos que se han dictado sobre esta materia⁶, con el objeto que su estudio nos sirva para ilustrar de manera concreta los aludidos problemas y orientar posibles soluciones a las mismas.

2. Revisión y análisis del fallo: *Causa “Niño Morales, Dictinio c/ Almonte Puentes, Daniel y otros”, Rol N° 4.739-07*.

Esta sentencia fue dictada por la Corte Suprema con fecha 1 de octubre de 2008, y en lo concreto expuso:

“Corresponde acoger la demanda de honorarios seguida por el árbitro que dictó el laudo arbitral, toda vez que habiéndose cumplido con lo encargado en los autos arbitrales sin haberse fijado la cuantía de su remuneración cabe su valuación por el sentenciador”.

En primera instancia el juez competente de Chillán, al resolver un juicio sumario sobre cobro de honorarios, acogió la demanda de pagar \$50.000.000 por concepto de honorarios, reajustados según el IPC entre la fecha de la sentencia y la de su pago efectivo, con costas. En contra de dicho fallo, la parte demandada interpuso recurso de apelación y la corte de Apelaciones de Chillán, por sentencia pronunciada el 03 de agosto de 2007, lo confirmó con declaración que los honorarios cuyo pago se ordena se reducen a la suma de \$20.000.000. En contra de esta última sentencia, la parte vencida interpuso recurso de casación en el fondo aduciendo que la sentencia impugnada infringía la norma contenida en el artículo 665 del CPC. Arguye la recurrente que no fue rendida prueba alguna tendiente a acreditar el valor o cuantía de los servicios prestados, por lo que la estimación que efectuó el demandante en su líbello, como también la ordenada pagar en el fallo, carece de toda fundamentación fáctica, sin que se acreditara previamente el valor o cuantía de los servicios prestados. Arguye igualmente que en el laudo y

⁶ Ya nos hemos ocupado en detalle del análisis de la mayor parte de las sentencias que se han pronunciado sobre esta materia, despejando varias de estas interrogantes, de manera que este comentario pretende complementar el estudio que ya se ha comenzado a delinear sobre esta materia. Sobre el particular, *Ibid.*, pp. 188-195.

⁷ Número descriptor Microjuris: MJJ18454.

la ordenata no se estableció honorario alguno, siendo esa la oportunidad precisa para hacerlo, por lo que se ha vulnerado –aduce– la normativa legal vigente. Finalmente la recurrente expresa que contra la sentencia arbitral que sirve de fundamento al presente juicio, existe pendiente una causa sobre nulidad de derecho público basada en que el árbitro demandante dictó sentencia fuera del plazo legal, es decir, después de los dos años de la aceptación del cargo, por lo que carecía de jurisdicción al respecto.

Para resolver este recurso, la Corte Suprema tuvo en cuenta- en lo medular- las siguientes circunstancias: 1. Que la demandada reconoció que el actor prestó servicios en calidad de árbitro, aunque –según aduce la demanda- no habría cumplido lo encomendado por los litigantes en cuanto a disolver y liquidar la sociedad; 2. Que el juez de primer grado tomó en cuenta diversos documentos acompañados a la causa en que el demandante actuó como juez árbitro; 3. Que era la sociedad demandada a la que correspondía acreditar el pago de los honorarios al actor o que los servicios que aquél prestó no lo fueron conforme a sus facultades o que no realizó el encargo, carga que la demandada no cumplió; 4. Que, asimismo, la Corte de Apelaciones de Chillán tuvo por acreditada que el demandante se desempeñó como juez árbitro en los autos iniciados en el año 2000, en los que se efectuaron 10 comparendos ordinarios, una absolución de posiciones, una designación de perito contable y una inspección personal del tribunal, dictándose la correspondiente sentencia en noviembre de 2002; 5. Si la remuneración de los servicios profesionales no se estableció por la convención de la partes, la ley o la costumbre, puede ser fijada por el juez, determinación en la que el tribunal debe considerar las diversas circunstancias que pueden influir en su regulación a fin que sea equitativa y corresponda a la importancia del servicio. 6. Se valoró especialmente que la sentencia dictada por el árbitro en su oportunidad tuvo el carácter de firme y ejecutoriada, lo que lleva a concluir que el juez árbitro cumplió con lo que le fue encomendado por los litigantes. 7. No se atribuyó importancia al hecho que en la actualidad se estuviera tramitando una nulidad de derecho público relativo al juicio arbitral, atendido lo inconcuso que resulta el que esa causa arbitral se inició, tramitó y falló por sentencia firme, lo que denota el cumplimiento del encargo por parte del árbitro. 8. Por otra parte, el sentenciador aclara que la norma del art. 665 del CPC, cuya contravención se invoca, establece que “en el laudo podrá hacer el partidor la fijación de su honorario, y cualquiera que esa su cuantía, habrá derecho para reclamar de ella. El precepto transcrito utiliza la vos “podrá” que sólo cabe entender en su exacto alcance, esto es, en cuanto le otorga a aquél la facultad potencia o posibilidad para determinar el monto de sus emolumentos conjuntamente con el fallo del asunto que le haya sido encargado, facilidad que ha de ser entendida en cuanto tal, y no a manera de una imposición sujeta a un instante preclusivo. En otras palabras, constituye una disposición que el legislador establece a favor del árbitro, considerando lo propicio que resulta el momento de dictar sentencia para que este juez informe los honorarios que le corresponden, cuya cuantía admite la reclamación que la misma norma prevé. De esta manera, el hecho que el árbitro no hubiera fijado sus honorarios en la sentencia, no es óbice para que no pueda fijarlos por cuerda separada. Por todo lo anterior, se desestima el recurso de casación en el fondo.

3. Reflexiones y comentarios.

A. Reflexiones sobre el fallo en comento.

Esta sentencia debe llamar nuestra atención a lo menos sobre tres puntos:

1. Las partes discuten sobre la exacta aplicación del Art. 665 del CPC y el sentenciador funda su fallo en tal precepto. En nuestra opinión, tal norma no debió aplicarse pues el ámbito de aplicación de esta norma sólo es extensiva a los juicios de partición⁸. En la especie se trataba de un juicio distinto, como es la liquidación y resolución de conflictos de una sociedad, por lo que la norma sólo pudo tener cabida por analogía.
2. De la mano de lo anterior, el sentenciador brinda una significancia muy distinta de esta norma, pues entiende y arguye que el árbitro debe “informar” en la respectiva sentencia los honorarios que le corresponden, cuestión que dista diametralmente de la realidad, pues lo que verdaderamente permite a los árbitros es “fijar sus honorarios” en la sentencia de un juicio particional. El mérito de este precepto consiste en presumir que las partes aceptan la determinación que el árbitro hace si no reclaman en contra de su monto dentro del plazo de quince días fatales desde que se notifica el laudo, de manera que su sólo silencio importa aceptación. Ergo, si las partes no están de acuerdo con la aludida estimación podrán oponerse en el aludido plazo, lo que obliga a resolver esta materia al tribunal de alzada que debe conocer de la apelación del laudo (si la hubiere) en única instancia.

Como se comprenderá, la diferencia no es puramente semántica, pues si se verbaliza esta acción sólo como una “información”, las partes no tendrían oportunidad alguna de oponerse a la misma, sino que se estimaría desde luego como una sentencia firme e incuestionable, lo que ciertamente se aleja de la realidad, pues ello implicaría aceptar que árbitro puede ser juez y parte de sus propios honorarios⁹. Frente a ello se debe considerar, adicionalmente, que aun cuando el árbitro pueda fijar sus honorarios en el respectivo laudo, ello no implica de manera alguna que tal fijación pueda revestir el carácter de sentencia, en otras palabras, ello no muta su verdadera naturaleza, cual es la de un “convenio entre el partidor y los interesados”¹⁰.

⁸ Así también lo ha declarado la CA de Santiago, con 22 de enero de 1997, en causa “López Navarrete, Fernando con Consorcio General de Seguros S.A.”,

⁹ Nuestros tribunales han aceptado esta doctrina en diversos fallos. A modo de ejemplo, *Vid.* CS. *Revista*, t. X, sec. 1ª; CS, *Revista*, t. XXXIX, sec. 1ª, p. 528; CA de Santiago, *Revista*, t. VIII, sec. 2ª, p. 51; C. Valdivia, *Gaceta*, 1926, t. II, N° 724; CA Concepción, *Gaceta*, 1937, t. II, N° 173, p. 678.

¹⁰ De acuerdo a ello se ha fallado que la apelación deducida contra el laudo no importa reclamación contra el honorario del partidor que en él se fija, con lo que se evidencia que la determinación de la cuantía de su honorario que el árbitro hace en su sentencia no constituye resolución judicial, ni es parte integrante del laudo, así como la reclamación que las partes pudieren formular no es verdaderamente un recurso procesal. *Vid.* CA Santiago, *Revista*, t. VIII, secc. 2º, p. 51.

3. Ahora bien, al determinar los honorarios del árbitro el sentenciador plantea que se deben considerar las diversas circunstancias que pueden influir en tal regulación a fin que sea equitativa y corresponda a la importancia del servicio; no obstante, al revisar el fallo, lo cierto es que aquél adolece precisamente de estos fundamentos. En efecto, para cuantificar los honorarios el sentenciador otorga un valor añadido a hechos de igual significancia y que corresponden tan sólo al presupuesto obligacional de las partes, como son: la resolución del litigio y el número de actos procesales que se realizaron en el juicio para llegar a este punto. En otras palabras, la cuantificación parece realizarse sobre la base de un único criterio, esto es, que el árbitro cumplió su obligación de comportarse como tal, lo que en nuestra opinión sólo pudo ser valorado como la causal obligacional que legitima la contraprestación de los honorarios, en tanto que si no se comportó como árbitro o no cumplió la obligación contraída, ningún honorario podría corresponderle. Frente a ello se debe obrar con precaución pues el árbitro podría no llegar a dictar sentencia e igualmente ser acreedor de honorarios, si por ejemplo, el término de sus funciones anticipado le es inimputable¹¹.

De este modo, comprobado el presupuesto obligacional, la cuestión se centra en la determinación y cuantificación de los respectivos honorarios. ¿Cuáles son los criterios que habrán de considerarse? Tal estimación debe atender a criterios, pero éstos no deben obedecer sólo a aspectos formales, como el número de gestiones que lleva a cabo, sino que principalmente de contenido, es decir, “sobre cómo efectuó el encargo”, pues la lógica nos indica que el quehacer mismo de la función que se le encomienda es actuar y comportarse como juez entre las partes hasta la completa decisión de los asuntos comprometidos o a la ejecución de tales resoluciones si fuere pertinente y a poner en el cumplimiento de esta tarea la diligencia que exige la ley. De esta manera, no se trata sólo de una obligación de resultados, sino principalmente de medios, por lo que se deben valorar las directrices tenidas en cuenta por el árbitro al cumplir su cometido en cuanto podría suceder que su prestación sea defectuosa aunque finalmente dicte el respectivo laudo.

En efecto, el deber de dictar el laudo corresponde a la obligación principal asumida por el árbitro, pero no se trata de emitir cualquier decisión jurídica de la contienda, sino que de una

¹¹ Estos honorarios se deberán incluso si el árbitro no ha terminado su encargo, cuando los motivos no le sean imputables a éste, en este caso, se deberán en proporción al trabajo realizado. Si el árbitro, en cambio, nada realiza o le son imputables las causas de su mora, las partes podrían excusarse de cumplir esta obligación aduciendo la excepción de contrato no cumplido (Art. 1552 y 1489 CC). A este respecto, existe un fallo de la CA de Valparaíso, que data de fecha 6 de octubre de 2003, en causa “Mahan; con Sociedad de Inversiones e Inmobiliaria Cerro Castillo Ltda.”. Asimismo, las partes no pueden excusarse de efectuar dicho pago, aduciendo que la sentencia por éste dictada no se encuentra ejecutoriada. Así lo ha entendido la CA Presidente Aguirre Cerda, que con fecha 9 de junio de 2000, en causa “Montimedina, Juan Pablo con Hilandería Las Américas S.A.”, y la CA de San Miguel, con fecha 19 de junio 2000.

decisión y solución específica que debe darse como resultado y culminación de un proceso arbitral que respetó unos principios concretos y siguió unos pasos y actuaciones determinadas, de manera que el resultado que se persigue no es tan sólo material. De este conjunto de deberes, unos son meramente instrumentales para llegar al fin del camino y al pronunciamiento del laudo, mientras otros son verdaderas obligaciones de fondo. Para que la obligación se entienda cumplida, deben operar otros criterios como la dictación oportuna o dentro de plazo, haber afinado el procedimiento a seguir por medio de reglas claras, notificadas a las partes, haber operado la imparcialidad e independencia, haber sido diligente en la aplicación de las normas jurídicas si ello correspondía, entre otros. Igualmente, el monto del litigio (cuantía económica) y la complejidad del asunto, podrían convertirse en otros puntos a considerar, pues ningún sentido tendría que una sociedad pequeña que pretende resolver un litigio de una cuantía menor, termine pagando honorarios excesivos.

El sentenciador no repara en estos y otros hechos al cuantificar los honorarios del árbitro. No arguye otros fundamentos que los señalados precedentemente, lo que evidentemente provoca infinita seguridad en los litigantes al no estar claro el principal foco conflictual de este asunto, como es la determinación de los necesarios criterios a tener en cuenta en esta materia.

B. Comentarios finales.

Los honorarios nacen de la relación contractual habida entre el árbitro y las partes y corresponden a la principal obligación asumida por aquéllas. Existe un vacío sobre la forma y modo de fijarlos, pero de manera general se ha entendido que se puede realizar: 1. Por acuerdo anticipado y voluntario de las partes y el árbitro, antes que éste último entre en sus funciones; 2. Por la determinación que formulen los árbitros en la sentencia de un juicio particional (art. 665 CPC), si las partes no se oponen a los mismos dentro del plazo respectivo; 3. Por la fijación que el árbitro efectúe en la sentencia fuera de los casos ya indicados, si las partes le han facultado para estos efectos y siempre que no reclamen de su fijación¹²; y 4. Por sentencia de los tribunales ordinarios al resolver el cobro de honorarios impetrado por el árbitro respectivo. En ningún caso el árbitro podrá fijar sus honorarios de manera unilateral¹³.

¹² La jurisprudencia ha entendido que las partes podrían facultar al árbitro para que éste fije sus honorarios al final del juicio, pero en este caso el árbitro deberá esperar el cumplimiento total del encargo, es decir, deberá dictar sentencia en el arbitraje y notificar a las partes de ella, si así no lo hiciera, éste cometería falta sancionable por vía disciplinaria. Así lo ha expreso al CS, con fecha 4 de septiembre de 1995, en causa "Sociedad inmobiliaria las lilas S.A."

¹³ Al respecto la CS ha señalado, con fecha 23 de junio de 1981, en causa "Soc. Enrique Zaror y Cía. Ltda.", que no existe disposición alguna que autorice al árbitro arbitrador para fijar por sí y ante sí sus honorarios en el juicio arbitral, ni tampoco aparece del expediente agregado que las partes lo facultaran al efecto; luego, al emitir el juez recurrido el indicado pronunciamiento, para el cual carecía de competencia, cometió una falta que debe corregirse por la vía disciplinaria. No obstante ello, el árbitro sí podría proponer los honorarios en su sentencia y esperar a que las partes los acepten para que de esta manera que configure la obligación. La CS, con fecha 15

Si bien los honorarios de los árbitros constituyen un asunto de índole enteramente privada, en tanto en principio afecta a los árbitros y a las partes que litigan ante él, lo cierto es que su carente marco legislativo provoca dos problemas que no son nada inocuos y que abandonan necesariamente la esfera de lo particular. El primero es que su falta de regulación convencional y/o legal implica necesariamente que aquéllos deban ser fijados por la justicia ordinaria con lo que los recursos involucrados (tiempo, recursos del tribunal, etc.) pasan a ser estatales; en segundo lugar, la dictación de sentencias poco satisfactorias en términos de fundamentos termina por mermar la seguridad jurídica y con ello la confianza que pudo haberse adquirido respecto de la institución arbitral. A estas motivaciones, debemos añadir la necesidad que el legislador se ocupe de la institución arbitral desde un punto de vista integral, donde los honorarios de los árbitros serán un punto reducido de la misma, aunque no por ello de menor importancia.

En definitiva nuestra propuesta en la materia pasa por establecer un marco normativo que permita delimitar cuáles son las obligaciones y derechos generadas para las partes y los árbitros, su ámbito de aplicación, requisitos, cuándo y cómo se dará cumplimiento a las mismas y qué tipo de responsabilidad se deriva de su incumplimiento. En relación a los honorarios, nos parece necesario recoger una práctica de Derecho comparado que se encuentra en proceso de expansión en cuanto, a falta de regulación convencional de los honorarios, se obligue a las partes a proveer, al inicio del juicio arbitral, fondos para pagar los honorarios de los árbitros. Para ello el árbitro y las partes debieran estimar los citados honorarios y gastos del procedimiento en atención a la cuantía económica del mismo y de las circunstancias que consideren relevantes y sobre dicha base se fije una provisión de fondos por la totalidad del importe estimado repartido por mitad. Ello no podrá obstar a que en el curso del arbitraje se puedan convenir nuevas provisiones en el caso que la cuantía de las pretensiones de las partes se incrementen o en función de nuevos factores que influyan en la dificultad, responsabilidad y disponibilidad que el procedimiento arbitral, así como a la fijación convencional de los honorarios que en definitiva tenga lugar (ciertamente esta provisión tendrá algún grado de simetría). Si ello no ocurriera, el texto legal debiera contar con criterios más o menos objetivos que impulsen una correcta determinación de los honorarios de los árbitros por parte de la justicia ordinaria que no atiendan a cuestiones puramente formales.

de diciembre de 1982, en causa "Angel Lampasona Vasallo", así lo expresó al señalar que "...dicha decisión del árbitro sólo pudo plantearla en la sentencia como una proposición de honorarios". Tal resolución, sin embargo, no podría declarar que los honorarios se tendrán por aprobados con citación si las partes no se opusieron a ellos dentro del plazo respectivo, pues la misma constituiría una determinación de honorarios y no una proposición, tanto más cuando aquellos honorarios quedarían definitivamente determinados si no se formulase objeción.

4. Anexo: Transcripción de la sentencia.

Santiago, 1 de octubre de 2008.

VISTOS: En este juicio sumario sobre cobro de honorarios en juicio, Rol N° 47.709-2004, caratulado “Niño Morales, Dictino c/ Almonte Puentes, Daniel y otros” seguido ante el Primer Juzgado Civil de Chillán, la juez subrogante de dicho tribunal, Sra. Dilys Araya Couch, por sentencia de 25/5/2005, que se lee a fojas 56, acogió la demanda, ordenando a la demandada pagar al actor la suma de \$ 50.000.000, reajustados conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor, entre la fecha de la sentencia y su pago efectivo, con costas.

En contra de dicho fallo, la parte demandada interpuso recurso de apelación y la Corte de Apelaciones de Chillán, por sentencia pronunciada el 3/8/2007, escrita a fojas 60, lo confirmó, con declaración que los honorarios cuyo pago se ordena se reducen a la suma de \$ 20.000.000. En contra de esta última sentencia, la demandada ha interpuesto recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO: PRIMERO: Que el recurrente sostiene en su libelo de nulidad sustancial, que la sentencia impugnada infringe la norma contenida en el artículo 665 del Código de Procedimiento Civil, disposición que establece que la determinación de los honorarios del Partidor, cualquiera sea su cuantía, debe efectuarse en el laudo.

Explica la recurrente, que no fue rendida prueba alguna tendiente a acreditar el valor o cuantía de los servicios prestados, por lo que la estimación que efectuó el demandante en su libelo, como también la ordenada pagar en el fallo, carece de toda fundamentación fáctica, sin que se acreditara previamente el valor o cuantía de los servicios prestados, habida consideración que en el laudo y ordenata no se estableció honorario alguno, siendo esa la oportunidad precisa para hacerlo, por lo que por ese capítulo, la sentencia de segundo grado ha vulnerado la normativa legal vigente. Tampoco es acertado, prosigue el recurso, que se estableciera que correspondía a la demandada acreditar el pago de los honorarios del actor, puesto que para ello resultaba indispensable que primero se estableciera la cuantía de éstos, lo que no se hizo. Al final de sus argumentos, la recurrente expresa que contra la sentencia arbitral que sirve de fundamento al presente juicio de cobro de honorarios, existe pendiente una causa sobre nulidad de derecho público, basada en que el árbitro demandante dictó sentencia fuera del plazo señalado en la ley, vale decir, después de dos años luego de la aceptación del cargo, por lo que carecía de jurisdicción al respecto; circunstancias por las que la sentencia que se dicte en esos autos sobre nulidad, resulta trascendental para dirimir correctamente la procedencia de los honorarios del árbitro.

Por último, expresa la recurrente, el error de derecho en que han incurrido los sentenciadores de segunda instancia, ha influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia, puesto que de haberse aplicado correctamente las disposiciones legales que reglamentan esta materia, a las cuales se ha hecho referencia precedentemente, habrían concluido que en la especie procedía rechazar la demanda (sic).

SEGUNDO: Que para resolver este recurso es menester tener presente las siguientes circunstancias y antecedentes del proceso: a.- Que don Dictino Niño Morales, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 697 del Código de Procedimiento Civil, presentó demanda de cobro de honorarios profesionales en juicio, en contra de la Sociedad Inmobiliaria Emmanuel S.A.C., en atención a su desempeño en calidad de Juez árbitro arbitrador, en el juicio seguido entre un centenar de accionistas y la referida sociedad; expresó que no obstante su prolongada labor profesional en dichos autos, no le han sido pagados sus honorarios profesionales por tal actuación, los que estima, de acuerdo a la cuantía de lo discutido y la labor realizada, en la cantidad de \$ 50.000.000, más reajustes e intereses desde la fecha de la demanda, hasta su pago efectivo, con costas; b.- Que en su contestación, la demandada solicitó el rechazo de la demanda. Reconoció que el actor prestó servicios en calidad de árbitro, pero no cumplió - de acuerdo a lo encomendado por los litigantes - con la facultad de disolver y liquidar en su caso esta sociedad?; agregó que el demandante fijó sus honorarios en una suma desproporcionada en un juicio que, en términos generales, es de cuantía indeterminada, los que, tampoco, fijó en el respectivo laudo y ordenata, por lo que deben ser determinados por el tribunal que conoce de la demanda y luego de eso, establecer el derecho del actor para cobrarlos. Señaló, además, que, si bien la sentencia pronunciada en el arbitraje se encuentra firme, está siendo objeto de un juicio de nulidad de derecho público, en el que se cuestiona la existencia del tribunal arbitral; c.- Que el fallo de primer grado, teniendo en cuenta que de los documentos acompañados a la causa consta que el demandante actuó como Juez árbitro en el juicio seguido entre los accionistas y la sociedad demandada, concluyó que correspondía a ésta acreditar el pago de los honorarios al actor o, que los servicios que aquél prestó no lo fueron conforme a sus facultades, es decir, que no realizó el encargo como lo alegó, carga con la cual la demandada no cumplió, por lo que resolvió acoger la demanda, fijando los honorarios demandados en la suma pedida, sin intereses, por no tratarse de una convención en la que se haya estipulado su pago o de una operación de crédito de dinero que los genere y, en cuanto a los reajustes, se dispuso su cálculo a partir de la fecha de la sentencia, hasta su pago efectivo; d.- Que contra ese fallo, la demandada dedujo recurso de apelación; e.- Que la Corte de Apelaciones de Chillán, conociendo del recurso señalado en el apartado que precede, con el mérito del expediente sobre disolución y liquidación de sociedad que trajo a la vista, tuvo por acreditado que el demandante se desempeñó en calidad de Juez árbitro en esos autos iniciados el 28/8/2000 y en los que se efectuaron diez comparendos ordinarios, una absolución de posiciones, una designación de perito contable y una inspección personal del tribunal, dictándose la correspondiente sentencia el 11/11/2002 y, teniendo presente que en caso que la remuneración de los servicios profesionales no se haya establecido por la convención de las partes, la ley o la costumbre, debe ser fijada por el juez, determinación en la que el tribunal debe considerar las diversas circunstancias que puedan influir en su regulación, a fin de que sea equitativa y corresponda a la importancia del servicio, atendiendo a los puntos de vista tanto del profesional, como del beneficiado, confirmó la sentencia apelada, con declaración que se reducen los honorarios demandados a la suma de \$ 20.000.000.

TERCERO: Que, asimismo, es pertinente dejar asentado que, entre los antecedentes a la

vista, se cuentan las compulsas de la causa Rol N° 43.263-S, caratulada “Sociedad Inmobiliaria Emmanuel S.A. con Umaña Lezana Manuel y otros”, seguida sobre disolución y liquidación de Sociedad Inmobiliaria Emmanuel S.A., ante el Juez árbitro don Dictino Niño Morales, en la cual se pronunció sentencia definitiva con fecha 11/11/2002, fallo arbitral que se abocó al objeto del juicio determinado en el primer comparendo de la causa celebrado el 30/8/2000? la resolución de los conflictos sociales, disolución y liquidación, en su caso, de la aludida sociedad inmobiliaria - en contra del cual los demandados recurrieron de apelación, arbitrio procesal que, aunque concedido, no llegó a ser conocido propiamente por el Tribunal de Alzada de Chillán, toda vez que a su respecto se dedujo un recurso de hecho al que la misma Corte hizo lugar por sentencia de 14/3/2003, y declaró inadmisibile el antedicho recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia definitiva dictada en los referidos autos arbitrales. Con lo anterior, entonces, aquella sentencia por la que el Sr. Juez árbitro resolvió el asunto que fue objeto del juicio para el que fue designado, adquirió el carácter de firme o ejecutoriada, lo que lleva a concluir que el juez árbitro designado cumplió con lo que le fue encomendado por los litigantes, adquiriendo pleno vigor la pretensión de obtener que sus servicios sean remunerados por las partes en el proceso que llevara adelante; sin que presente mayor relevancia el estado procesal de una causa diversa sobre nulidad de derecho público relativa al juicio arbitral al que conciernen los honorarios cuyo cobro se persigue en autos, atendido lo inconcuso que resulta el que esa causa arbitral se inició, tramitó y falló por sentencia firme que denota el cumplimiento del cometido encargado al tribunal;

CUARTO: Que, ahora bien, atendiendo a los errores de derecho que la recurrente denuncia como fundamento de la nulidad sustancial que postula, resulta conveniente recordar que la norma contenida en el artículo 665 del Código de Procedimiento Civil, cuya contravención invoca quien recurre, establece que “En el laudo podrá hacer el partidador la fijación de su honorario, y cualquiera que sea su cuantía, habrá derecho para reclamar de ella. La reclamación se interpondrá en la misma forma y en el mismo plazo que la apelación, y será resuelta por el tribunal de alzada en única instancia”.

QUINTO: Que, como se observa, el precepto transcrito en el motivo anterior, al referirse a la fijación de honorarios del árbitro en su laudo, utiliza la voz “podrá”, forma verbal que sólo cabe entender en su exacto alcance, esto es, en cuanto le otorga a aquél la facultad ? potencia o posibilidad ? para determinar el monto de sus emolumentos conjuntamente con el fallo del asunto que le haya sido encargado; facilidad que ha de ser entendida en cuanto tal, y no a manera de una imposición sujeta a un instante preclusivo. En otras palabras, constituye una disposición que el legislador establece a favor del árbitro, considerando lo propicio que resulta el momento de dictar sentencia para que este juez informe los honorarios que le corresponden, cuya cuantía admite la reclamación que la misma norma prevé.

SEXTO: Que, del texto de la sentencia arbitral pronunciada el 11/11/2002 en causa Rol N° 43.263-S, caratulada “Sociedad Inmobiliaria Emmanuel S.A. c/ Umaña Lezana, Manuel y otros”, se observa que el actor no hizo en ella la determinación de sus honorarios; omisión que no es óbice para llegar a fijarlos por cuerda separada.

SÉPTIMO: Que, para el caso que nos ocupa, tras haber cumplido con lo encargado en los

autos arbitrales, empero sin haber fijado la cuantía de su remuneración al dictar el laudo, el actor inició el presente juicio para obtener el cobro de sus honorarios, cuya procedencia han admitido los jueces, tanto de la primera, como de la segunda instancia, aunque en cuantías diversas, decisión que no importa la infracción normativa que la demandada pretende en su recurso de nulidad, atendido que, como ya se ha expresado, lo facultativo de la redacción del precepto contenido en el artículo 665 del Código de Procedimiento del ramo, permite que, para el caso que el juez árbitro interesado no ejerza la posibilidad concedida por la ley, pueda de igual modo obtener la fijación de su remuneración por la vía procesal pertinente, mediante el ejercicio de su derecho de petición, dentro de los plazos generales y régimen de recursos previstos en la legislación atinente.

OCTAVO: Que, en todo caso, la decisión adoptada se efectúa según los hechos y situación jurídica actualmente vigente, sin que se deba tener presente resultados eventuales de impugnaciones en actual tramitación.

NOVENO: Que en estas condiciones, no habiéndose incurrido en el error de derecho denunciado, debe desestimarse el recurso de casación en el fondo. Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767 y 768 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 84, por don Juan Antonio de la Hoz Fonseca, en representación de los demandados, contra la sentencia de 3/8/2007, escrita a fojas 82 vuelta.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Margarita Herreros Martínez.

Nº 4739-07.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sra. Margarita Herreros M. y Sr. Hugo Dolmestch U. y Abogado Integrante Sr. Hernán Álvarez G.

VALOR DEL ACUERDO TRANSACCIONAL DE UNA PARTICIÓN EN RELACIÓN A UN LAUDO ARBITRAL Y LOS HONORARIOS FIJADOS POR EL ÁRBITRO.

María Fernanda Vásquez Palma*

1. Presentación del tema.

El art. 227 del COT plantea varios casos de arbitraje forzoso, lo que trasunta necesariamente en la negación de la autonomía de la voluntad de las partes en este campo, en cuanto a decidir llevar el litigio que les ocupa ante la justicia ordinaria, desfigurando la esencia misma de la institución arbitral que descansa precisamente sobre el pilar de la libertad de las partes. Esta obligatoriedad tiene una excepción, en cuanto esta misma disposición en su inciso tercero, faculta a los interesados (entiéndase partes del litigio) a resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del CPC . Como se comprenderá, esta norma implica que las partes pueden solucionar sus diferencias por sí mismos si están de común acuerdo, con lo que el forzamiento al arbitraje deja de ser tal. Esto implica que el legislador deja una puerta semiabierta a la voluntad de las partes en cuanto se les permite terminar sus litigios de una manera distinta a la arbitral, como por ejemplo, por medio de los acuerdos transaccionales, pero de ninguna manera se les reconoce u otorga el derecho de recurrir a los tribunales ordinarios.

Bajo esta lógica, en el caso concreto de la partición de bienes hereditarios el legislador contempla una norma especial. Se trata del art. 1325 del CC que permite que los consignatarios puedan realizar por sí mismos la partición, si todos ellos están de acuerdo en la manera de realizar la división, concurren al acto - aunque entre ellos haya personas que no tengan la libre

* Profesora de Derecho Comercial, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Privado por la Universidad de Talca. Correo electrónico: mfvasquez@utalca.cl

disposición de sus bienes-, y siempre que no se presenten cuestiones que resolver, con lo que la excepción en comento plantea cierta novedad.

Las normas en comento no clarifican cuándo las partes podrían ejercer tal facultad, de manera que podrá ocurrir que se de inicio al juicio arbitral y el ínterin, es decir, antes que éste concluya, las partes decidan poner término a su conflicto por medio un acuerdo o transacción extrajudicial. ¿Qué efectos tiene esta decisión sobre el arbitraje? Es la interrogante que se intentará responder en las siguientes líneas al analizar una de las pocas y recientes sentencias dictada sobre esta materia.

2. Explicación de caso.

En causa caratulada “Dodds Rosas, Cristián c/ Hott Ehrenfeld, Eduardo”, Rol N° 2046-08, la Excma. CS dictó recientemente una sentencia (11 de junio de 2009), que en lo medular expone:

“Corresponde acoger la demanda que pretende el cumplimiento de lo fijado por el árbitro en el laudo y rechazar el recurso de casación interpuesto por uno de los interesados en la partición en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia, toda vez que los comuneros alcanzaron un acuerdo transaccional plasmado en escritura pública donde se dio cuenta de haber puesto término a la cuestión del juicio particional, y establecieron al efecto que procederían a practicarla convencionalmente, que los bienes a considerar serían los consignados en la ordenata y que la tasación de éstos sería convenida de manera libre por los intervinientes, pues lo desarrollado en el juicio particional no contó con el concurso del juez árbitro, en consecuencia, no le empece lo acordado en el juicio particional siéndole dichos acuerdos inoponibles.

La transacción utilizada por los partícipes para poner término al estado de indivisión, posee pleno valor y fuerza las estipulaciones que allí se consignaron, pero sólo para quienes concurren con su voluntad suscribir dicho contrato. Lo que no aconteció en la especie, en la que existiendo un juicio arbitral, el árbitro no tomó parte y sus honorarios no fueron propuestos al tiempo de dictar la sentencia arbitral, sino que convenidos entre los intervinientes del proceso divisorio y el mismo árbitro, al tiempo de iniciar el juicio particional y en donde la cuantía estaba determinada por un porcentaje –primer elemento de la fórmula- y la masa hereditaria partible –segundo elemento de la fórmula- esta última resultante de las operaciones y cálculos contenidos en la ordenata.

Cuando en la especie se arribó a una solución por medio de una transacción, pero que no contó con el concurso del juez árbitro y, sin embargo, se pretende por la demandada hacer oponible a aquél todas y cada una de las cuestiones allí acordadas entre los interesados, entre ellas y en rigor en lo que interesa, un determinado valor de la masa hereditaria que resulta muy inferior al establecido por el árbitro al tiempo de dictar su sentencia, para lo cual fue requerida su competencia profesional, corresponde entender

que la transacción posee fuerza entre los partícipes sin menoscabar la sentencia del juicio particional”.

Si bien el fallo no explica de manera pormenorizada cada uno de los hechos, es posible apreciar que en el caso en cuestión se dio precisamente la combinación de ambas circunstancias, esto es, por un lado, las partes iniciaron un juicio arbitral y, antes que se dictara sentencia en el mismo, acordaron suscribir un acuerdo transaccional; no obstante, el juicio arbitral continuó tramitándose hasta la dictación de su respectivo laudo. Derivado de ello, el árbitro solicitó el cumplimiento de la sentencia, demanda que fue rechazada en primera instancia, pero acogida por la CA de Valdivia en segunda instancia. En contra de esta última sentencia se opuso un recurso de casación en la forma y en el fondo declarándose inadmisibles el primero de ellos.

En relación a éste último recurso, la Excm. CS consideró para resolver que: 1. Se denuncian infringidos los artículos 2446 inc. 1º y el art. 2460 del CC, al permitir el fallo impugnado el cumplimiento incidental del laudo y la ordenata; así como también el art. 1545 del mismo cuerpo legal, al restársele mérito a la transacción lograda por las partes para determinar el monto de la masa hereditaria; 2. Que las partes argumentan que la tesis de la sentencia impugnada es errada pues reconoce al laudo arbitral como título para su ejecución, en circunstancias que el litigio terminó antes por medio de transacción. De este modo, de reconocerse valor a la sentencia se está admitiendo que existen dos modos para terminar el litigio, cuestión que evidentemente no es posible, pues sólo la transacción ostenta tal valor; 3. Asimismo, existe una falta de legitimación activa de parte del árbitro, pues sólo las partes están legitimadas para solicitar el cumplimiento incidental del laudo, y no aquél. En tal sentido, es insostenible que quien dicta la resolución pida su cumplimiento frente a las partes; 4. Finalmente, se arguye que aún cuando se admita que la sentencia arbitral produce efectos, claramente el monto asignado a los honorarios infringe la norma del art. 1545 al restarle fuerza obligatoria a la transacción. No puede sostenerse - en opinión del recurrente- que la sentencia arbitral sea vinculante para las partes respecto de la masa partible sólo en cuanto a los honorarios del partidor y que no lo sea en cuanto a sus relaciones recíprocas.

En cuanto a los hechos, se expresa que efectivamente las partes alcanzaron una transacción en mayo de 2005. En dicho instrumento los interesados dieron cuenta de haber puesto término total y definitivo a sus diferencias respecto de la partición en cuestión, con expresa mención del juicio particional, y establecieron al efecto que procederían a practicarla convencionalmente, que los bienes a considerar serían los consignados en la ordenata y, que la tasación de los mismos sería convenida de manera libre por los intervinientes. Conforme a ello se estableció en la escritura pública de partición que el monto del acervo líquido partible ascendía a \$1.833.502.833, cantidad inferior a la suma de \$4.054.606.098 consignada en la ordenata.

A raíz de ello, los jueces de la Exma. Corte razonan en el sentido que la transacción no contó con el concurso del árbitro y que sin embargo se pretende por las partes hacer oponible

a aquél todas y cada una de las cuestiones allí acordadas entre los interesados, entre ellas y en rigor en lo que interesa, un determinado valor de la masa hereditaria que resulta muy inferior al establecido por el árbitro al tiempo de dictar su sentencia para lo cual fue requerida su competencia profesional. Lo anterior - continúan los sentenciadores-, no quita fuerza a la transacción como fórmula utilizada por los partícipes para poner término al estado de indivisión, siendo de pleno valor y fuerza las estipulaciones que allí se consignaron, pero sólo para quienes concurrieron con su voluntad a suscribir dicho contrato, cuyo no fue el caso del mencionado árbitro, por cuanto sus honorarios no fueron propuestos al tiempo de dictar la sentencia arbitral, sino que convenidos, esto es, acordados entre los intervinientes del proceso divisorio y el mismo árbitro al tiempo de iniciar el juicio particional.

Esgrimen que al iniciar el juicio particional, las partes junto al árbitro convinieron que los honorarios de éste último se fijarían en base a dos criterios: 1. un porcentaje de la masa hereditaria (10%), y 2. La masa hereditaria partible que resulte de las operaciones y cálculos contemplados en la ordenata. De tal manera que si se le resta validez al laudo, ello implicaría la instrumentalización del contrato por parte de unos, en perjuicio de otros, cuestión que repudia el principio de buena fe. En base a ello, se procedió a rechazar el recurso de casación en el fondo.

3. Análisis del caso.

El fallo en cuestión plantea numerosas interrogantes: ¿Podría el árbitro concurrir con su voluntad a la transacción?; ¿Podría seguirse substanciando el juicio arbitral existiendo una transacción de por medio?; ¿Podría concederse valor sólo a una parte del laudo y negársele al resto? Éstas y otras intentaremos responder en las siguientes líneas.

En primer lugar, no podemos dejar de hacer presente que la sentencia en comento se presenta a ratos ciertamente confusa, por ejemplo, señala que el juez árbitro no concurrió al juicio particional, en circunstancias que lo quiso decir es que no concurrió a la transacción celebrada por las partes; empero, más allá de estos incomprensibles errores de forma, nos interesan principalmente los razonamientos arribados en relación al contenido de la misma. En tal escenario, debemos precisar que el asunto debatido liga con diversas variables, a saber:

1. El valor del acuerdo transaccional.
2. El valor de la sentencia dictada por el árbitro.
3. El valor del acuerdo de honorarios alcanzados entre las partes y el árbitro.
4. Vías legales que debieron considerarse para resolver el conflicto suscitado.

Como punto de partida entendemos que los interesados hicieron uso de su legítimo derecho a llegar a un acuerdo transaccional para poner término a su litigio y así no continuar el juicio arbitral que, sin mediar tal circunstancia, sería forzoso. Se desprende del fallo en análisis que

el respectivo acuerdo transaccional se hizo presente en el juicio arbitral y que no se puso en duda la validez del mismo en momento alguno. De hecho, lo que cuestionó el sentenciador fue más bien el efecto que tal contrato tenía respecto del árbitro, señalando que ningún valor podría tener en relación a éste último porque no concurrió al mismo, de manera que más que esgrimir la nulidad de la transacción, aduce la inoponibilidad como sanción.

El fallo, por tanto, esgrime como base de su resolución que la transacción debiera haber contado con el concurso del juez árbitro. Nosotros no concordamos con tal análisis, ni menos aún con la aludida afirmación, por estimarla plenamente errada. En efecto, según ya revisamos, los Arts. 227 del COT y 1325 del CC posibilitan que los interesados puedan resolver por sí mismos sus litigios o negocios que, en otras circunstancias, debieran llevarse a un arbitraje forzoso. Al emplearse el vocablo “interesados” o “coasignatarios”, respectivamente, el legislador se está refiriendo a las partes afectadas por el litigio, de manera que no exige la concurrencia del árbitro (si éste ya estaba conociendo de un juicio arbitral), bajo ningún supuesto. A idéntica conclusión arribamos de lo dispuesto en los Arts. 2446 y 2461 del CC y la lectura de la frase “resolver por sí mismos” acuñada en el Art. 227 en comento, toda vez que con ello se plantea derechamente el mecanismo de la autocomposición, lo que equivale a descartar la figura del árbitro en tal acuerdo en cuanto se trata de un derecho que se ejerce dentro de la esfera de lo privado y sin el ministerio o autorización de otro.

Desde otra óptica, debemos reparar en el hecho que las partes no modificaron en su transacción – a lo menos de manera directa- el contrato de honorarios que suscribieron con el árbitro, por lo que no se requería de su concurso o consentimiento de manera alguna. La determinación de la masa partible y su cuantificación constituían un requisito sine qua non de la correspondiente transacción, pues es sobre esta base que se efectúan las correspondientes adjudicaciones y divisiones. Si tal estimación afectaba el contrato de honorarios en referencia, ello debió ser alegado por el árbitro por medio de los mecanismos correspondientes.

Si la transacción es válida, habrá que entender que las partes dieron cumplimiento a lo pactado en el inc. 2º del art. 1325, es decir, procedieron a tasar los bienes comprometidos en la partición por medio de peritos, para posteriormente requerir la aprobación de la misma por la justicia ordinaria, de manera que a priori no se podría entender el argumento sobre el que descansa la sentencia, en el sentido que imprime al acuerdo transaccional un sentido claramente instrumentalizador de querer lesionar los intereses económicos del árbitro, en relación a sus honorarios.

Afirmándose tan claramente tal validez, ¿puede tener algún alcance o efecto el laudo dictado por el árbitro? Pues bien, aún cuando el sentenciador estima que la transacción tiene pleno valor entre las partes, a diferencia de la ordenata, tal conclusión no se formula en términos concluyentes pues aduce que, si bien en términos generales ésta última no tiene ningún valor para aquéllas, si lo tiene en lo relativo a la fijación de la masa partible de la cual se derivan los honorarios de los árbitros.

He aquí donde los postulados judiciales nuevamente se tornan espinosos, pues la interrogante que necesariamente aflora es la siguiente: ¿Es posible conferir valor a una sentencia arbitral sólo en lo relativo a un punto? El sentenciador justifica su decisión en la posible instrumentalización que podría sufrir el Derecho si las partes, por medio de un acuerdo privado, perjudican los intereses de terceros (como ocurriría con los honorarios del árbitro). Como finalidad loable nadie pudiera discutir este punto, no obstante, lo cierto es que no se reparan en algo substancial, como es el hecho que si existe una transacción válida la sentencia arbitral necesariamente será nula en todas sus partes por carecer completamente de asidero y justificación, en tanto carece de causa y objeto (no existía ya el conflicto). En efecto, la existencia de esta transacción implica reconocer necesariamente que ha operado un equivalente jurisdiccional, de manera que el juicio arbitral no pudo seguir sustanciándose una vez que ella fue suscrita, pues puso total término a los conflictos que originaron el arbitraje respectivo.

En otras palabras, el punto que intenta salvar la Excma. Corte Suprema tiene una única vertiente y fundamento como es la protección de la fuerza obligacional del contrato de honorarios pactados entre el árbitro y las partes, es decir, de un contrato enteramente privado. Ciertamente los honorarios del árbitro fueron pactados al inicio del juicio arbitral de una manera incierta, pues se estimaron sobre la base de un cálculo y hecho futuro, en tal sentido, se estipuló que le corresponderían el 10% de la masa partible que se determinara en la ordenata. Para ello debía considerarse que los honorarios estaban fijados en base a ciertos hechos, y desde esta óptica podría comprenderse que se trataba de una obligación sujeta a condición, es decir, las partes pagarían el porcentaje acordado de la masa partible que se determinara en la ordenata si se llegaba obviamente a este punto en el juicio arbitral. Si el árbitro hubiese fallecido justo antes de dictar el correspondiente laudo, habiendo efectuado buena parte de su labor, las partes no podrían haber esgrimidos a los herederos de aquél que los honorarios son improcedentes porque no llegó a dictarse la correspondiente sentencia arbitral.

Desde esta lógica, es evidente que las partes asumieron una obligación que no pueden soslayar ni aún sobre la base de una transacción, pues los honorarios del árbitro debían satisfacerse en base al trabajo desplegado, no obstante ello ¿podría sostenerse que sólo para cumplir esta obligación se vulneren normas de orden público, como ocurre al conferir valor a una sentencia arbitral posterior a un acuerdo transaccional válidamente pactado, y se permita así al juez árbitro exigir incidentalmente el cumplimiento de la sentencia por él dictada? Por supuesto que no.

En mi opinión, este planteamiento sólo podría explicarse bajo la lógica de comprender que la fijación de honorarios que puede realizar el árbitro en su sentencia (a que alude el art. 665 del CPC) no forma parte de la misma y debe, por tanto, entenderse como una propuesta completamente aislada. En otras palabras, se deben entender que los honorarios resultan siempre de una relación obligacional habida entre las partes y el árbitro, y la fijación de éstos en la

sentencia no modifica tal naturaleza, de manera que no puede concluirse que aquéllos formen parte integrante de la misma. Entenderlo de una forma contraria desnaturalizaría la función básica de toda resolución que es precisamente “resolver un conflicto”.

No hay duda al respecto, la fijación de los honorarios que se efectúa en la sentencia no importa parte de la misma, ni una resolución, sino más bien la proposición de los mismos a las partes involucradas en el litigio a partir de una atribución legal o convencional conferida anticipadamente. Si la determinación que efectúa el árbitro y ello tiene fuerza obligatoria para las partes, no lo es porque constituya una resolución judicial, sino porque importa una expresión del acuerdo que ellas mismas suscribieron por adelantado con el árbitro.

En la ilación de este razonamiento se comprenderá que la diferenciación apuntada no es baladí, ni superflua, pues ello trasciende en el cumplimiento de lo señalado en la respectiva sentencia y la fijación de honorarios, en tanto tendrán necesariamente un tratamiento diverso: por una parte el de la sentencia arbitral propiamente tal que debe seguir lo preceptuado en el CPC para estos efectos, y por otro, el de la fijación de honorarios, en que el árbitro - que es el interesado en su cumplimiento- deberá formular por las vías procesales que para el caso están establecidas, es decir, el cobro de honorarios. Así, el árbitro que se sintió lesionado por la transacción celebrada por las partes debió proceder al cobro o reclamo de sus honorarios por las vías correspondientes, en razón de las gestiones hasta ese momento realizadas (en el entendido que si bien inició el juicio arbitral, no lo concluyo por una causa ajena a su voluntad, como fue el ejercicio del derecho conferido a las partes legalmente).

En resumen, aún cuando el sentenciador intentara salvar el acuerdo de honorarios pactado entre las partes y el árbitro, no pudo –como en definitiva llegó a hacerlo- admitir que el árbitro intente o solicite el cumplimiento de la sentencia arbitral para los efectos de su cobro de honorarios, por cuanto: a. El no estaba legitimado para solicitar tal cumplimiento, sólo las partes podrían hacerlo; b. la Fijación de honorarios no forma parte de la sentencia arbitral propiamente tal, su cumplimiento debía formularse por las vías procesales correspondientes; y c. La sentencia arbitral era nula por haber operado previamente un equivalente jurisdiccional.

De esta manera, el asunto que desencadenó este entramado jurídico, no fue más que un contrato de honorarios mal estipulado, por cuanto aquél debió haber previsto la posibilidad de ocurrencia de circunstancias excepcionales, tales como, el posible fallecimiento del árbitro, su inhabilidad posterior, la llegada de un acuerdo extrajudicial, etc.; pero ello no justifica en modo alguno el fallo que acabamos de exponer en cuanto con él se destruye buena parte de nuestras instituciones fundamentales y de orden público. La exposición de este fallo pretende reparar en estos hechos con el afán de explicar esta temática e intentar que un fallo de esta naturaleza no tenga eco en nuestro estadio jurídico.

4. Anexo: Transcripción de la sentencia.

Santiago, 11 de junio de 2009.

Vistos:

En estos autos Rol N° 253-2006.- del Primer Juzgado Civil de Osorno sobre cumplimiento incidental, caratulados «Dodds Rosas, Cristián con Hott Ehrenfeld, Eduardo», por sentencia de 9/11/2007, escrita a fojas 22, el señor Juez Subrogante del referido tribunal rechazó la demanda interpuesta. Apelado este fallo por el demandante, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de 18/3/2008, que se lee a fojas 43, lo revocó y declaró en su lugar que la demanda queda acogida.

En contra de esta última decisión el demandado dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo, declarándose inadmisibles el primero por resolución de 26/6/2008, rolante a fojas 67

Se ordenó traer los autos en relación para conocer del recurso de casación en el fondo:

Considerando:

Primero: Que en el recurso de casación en el fondo se denuncian infringidos los artículos 2446 inciso 1° y 2460 del Código Civil -al permitir el fallo impugnado el cumplimiento incidental del laudo y la ordenata- y el artículo 1545 del mismo cuerpo legal -al restársele mérito y eficacia a la transacción lograda por las partes para determinar el monto de la masa hereditaria. En cuanto a la vulneración del primero de los preceptos mencionados, se argumenta en el recurso que no es jurídicamente correcta la tesis de la sentencia, en orden a que la transacción tendría pleno valor entre las partes, dado que está reconociendo al laudo y ordenata un efecto legal que no tiene, cual es servir de título para su ejecución. En consecuencia, sigue el recurrente, una vez celebrada la transacción el juicio particional terminó definitivamente y, por ende, no es sostenible que se pretenda dar cumplimiento a un laudo y ordenata que no ha tenido el mérito ni la virtud de finalizar el pleito. Si existe un instrumento que tiene fuerza y mérito ejecutivo, concluye, es la transacción que constituyó la única forma con que se puso fin al juicio.

En relación al artículo 2460 del Código Civil el recurrente expone que es un hecho indubitado que la transacción puso término al pleito y que, por consiguiente, la sentencia dictada por el árbitro no ha tenido incidencia alguna en él. Es contradictorio, agrega, que un juicio pueda terminar, conjuntamente y sobre la base de idénticos derechos, mediante una transacción y una sentencia definitiva; por lo tanto, debe concluirse que el laudo y la ordenata no tienen jurídicamente ningún valor. La sentencia, se afirma en el recurso, infringe el precepto citado, en la medida que desconoce la fuerza de cosa juzgada de la transacción.

De igual forma, continúa el recurrente, ha pasado inadvertida la evidente falta de legitimación activa del actor, pues no puede el partidador pretender pedir en vía ordinaria el cumplimiento del fallo que dicta, por cuanto esta facultad -que importa el ejercicio de la acción de cosa juzgada- corresponde a las partes y no al juez. Es jurídicamente insostenible, finaliza, que el mismo tribunal que dicta una resolución pida su cumplimiento frente a las partes.

Por último, en lo que a la contravención del artículo 1545 del Código Civil se refiere, el recurrente expresa que aún cuando se admita que la sentencia arbitral produce efectos, claramente el monto asignado a los honorarios infringe la norma citada (sic), al restarle fuerza obligatoria a la transacción.

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad y tal como lo indica la sentencia, se explica en el recurso, para determinar el monto de los honorarios se fijó una fórmula compleja: por un lado un porcentaje (10%) y, por otro, una base para aplicarlo (la valoración de la masa partible). Lo que efectivamente se hace en la transacción, añade la parte recurrente, es fijar una masa partible inferior a la determinada en el fallo arbitral, lo que sin lugar a dudas no modifica el pacto de honorarios. Por lo mismo, tal operación es plenamente válida y está dentro de los actos que corresponden a la esencia del contrato de transacción (el partidor debió prever la posibilidad, al concurrir con su voluntad a la fijación de la fórmula, que el juicio terminara en virtud de un equivalente jurisdiccional).

No puede sostenerse, finaliza el recurso, que la sentencia arbitral sea vinculante para las partes respecto de la masa partible sólo en cuanto a los honorarios del partidor y que no lo sea en cuanto a sus relaciones recíprocas

Segundo: Que el fallo impugnado establece que previo a resolver el recurso de casación interpuesto por uno de los interesados en la partición en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia, los comuneros alcanzaron un acuerdo que plasmaron bajo la fórmula de una transacción, suscrita por escritura pública de 4/5/2005. En este instrumento, siguen los magistrados, los interesados dieron cuenta de haber puesto término total y definitivo a sus diferencias respecto de la partición en cuestión, con expresa mención, precisamente, al juicio particional, y establecieron al efecto que procederían a practicarla convencionalmente, que los bienes a considerar serían los consignados en la ordenata y, por último, que la tasación de éstos sería convenida de manera libre por los intervinientes. Conforme a lo anterior, agregan, la escritura pública de partición estableció que el monto del acervo líquido partible ascendía a \$1.833.502.833.-, cantidad muy por debajo de la suma de \$4.054.606.098.- consignada en la ordenata. Como puede apreciarse, razonan los jueces, la transacción no contó con el concurso del juez árbitro y, sin embargo, se pretende por la demandada hacer oponible a aquél todas y cada una de las cuestiones allí acordadas entre los interesados, entre ellas y en rigor en lo que interesa, un determinado valor de la masa hereditaria que resulta muy inferior al establecido por el árbitro al tiempo de dictar su sentencia, para lo cual fue requerida su competencia profesional. Lo anterior, sigue el raciocinio, no quita fuerza a la transacción como fórmula utilizada por los partícipes para poner término al estado de indivisión, siendo de pleno valor y fuerza las estipulaciones que allí se consignaron, pero sólo para quienes concurren con su voluntad a suscribir dicho contrato, cuyo no fue el caso del mencionado árbitro, por cuanto sus honorarios no fueron propuestos al tiempo de dictar la sentencia arbitral, sino que convenidos, esto es, acordados entre los intervinientes del proceso divisorio y el mismo árbitro, al tiempo de iniciar el juicio particional y en donde la cuantía estaba determinada por un porcentaje -primer elemento de la fórmula- y la masa hereditaria partible -segundo elemento de la fórmula, esta última resultante de las operaciones y cálculos contenidos en la ordenata.

Razonar en sentido contrario, concluye el fallo, es desconocer que en lo referido a honorarios los interesados en la partición son contraparte del árbitro, desde que éste determinó ciertos valores al tiempo de emitir su decisión, por lo que cualquier modificación al respecto que no viniese por vía jurisdiccional, como aquí ocurrió, demanda necesariamente la participación del árbitro. Sostener lo contrario, finaliza, implicaría admitir la instrumentalización de un contrato por parte de unos en perjuicio de otros, cuestión que repudia al principio de la buena fe.

Tercero: Que para un adecuado análisis de las normas denunciadas como infringidas por el recurrente, corresponde en primer término pronunciarse respecto del primer error de derecho que se atribuye a la sentencia contenida en el motivo primero que antecede, que consiste en la vulneración del artículo 2446 inciso 1º del Código Civil que prescribe «la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual». Esta norma contiene sólo un concepto legal de transacción y, en consecuencia, no puede haber infracción de esta disposición, si no se denuncia vulnerada, respecto de las partes, alguna condición de validez que le reste valor.

Cuarto: Que en cuanto al segundo error de derecho que se atribuye en la casación de fondo a la sentencia dictada en el proceso referida al artículo 2460 del Código Civil, dicha sentencia no menciona el artículo citado por lo que no puede infringirse. Los jueces de fondo en su fallo aplicaron el artículo 2461 inciso primero, norma no señalada por el recurrente, al establecer que la transacción alcanzada por los herederos de don Eduardo Hott Ehrenfeld, para poner término al estado de indivisión, tiene pleno valor y fuerza sólo entre las partes intervinientes. Y que el desarrollo del juicio particional no contó con el concurso del juez árbitro, en consecuencia, no le empece lo acordado en el juicio particional siéndole dichos acuerdos inoponibles.

Quinto: Que en lo relativo al tercer error de derecho denunciado en el recurso referido a la contravención del artículo 1545 del Código Civil. Del análisis efectuado se puede concluir que los jueces de la instancia aplicaron bien la ley puesto han reconocido la fuerza obligatoria del contrato de transacción para los coherederos que concurrieron al juicio particional, pero no permitiendo que sus efectos perjudiquen al juez árbitro quién no participó en ella.

Sexto: Que, en consecuencia, al no haberse incurrido en las infracciones de ley denunciadas en el recurso, no cabe sino concluir que la casación de fondo intentada debe ser necesariamente desestimada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 75, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandada en el primer otrosí de la presentación de fojas 46, contra la sentencia de 18/3/2008, escrita a fojas 43.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción de la abogada integrante señora Maricruz Gómez de la Torre.

Nº2046-08.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sres. Milton Juica A., Sergio Muñoz G. y Juan Araya E. y Abogados Integrantes Sr. Jorge Medina C. y Sra. Maricruz Gómez de la Torre V.