

LA INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD EN LA JUSTICIA ARBITRAL¹

Alejandro Romero Seguel

Profesor de Derecho Procesal
Universidad de los Andes

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA. 1. Conceptos preliminares. 2. La independencia del juzgador. 3. La independencia interna. II. LA INDEPENDENCIA EN LA JUSTICIA ARBITRAL. 1. La singularidad del problema 2. El origen de las dificultades. 3. El deber de información como principal mecanismo preventivo. 4. El deber de información en el derecho chileno 5. Arbitraje y contratos de adhesión III. LA GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD EN EL ARBITRAJE. 1. El contenido esencial de la garantía 2. La imparcialidad en materia de arbitraje. IV. LA RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA. 1. Breve consideración histórica 2. Sistemas para la recusación de los árbitros 3. La recusación en el arbitraje institucional 4. La recusación del árbitro en nuestro ordenamiento. 5. El problema de la renuncia 6. Sistematización de las causales 6.1. Actuaciones procesales del árbitro realizadas con anterioridad 6.2. El prejuzgamiento del árbitro 6.3. Interés del árbitro en el objeto del proceso 7. Los conflictos de interés en el arbitraje 8. El problema de la recusación por motivo ideológico. V. ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y CONSECUENCIAS DE LA INHABILITACIÓN. 1. La solicitud de inhabilitación 2. Efectos de la inhabilitación. 3. El control por la vía disciplinaria. Conclusiones y propuestas.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Esta investigación se propone reseñar los principales problemas que surgen en relación a la independencia e imparcialidad de los árbitros.

En especial, nos ocuparemos de examinar la recusación, como medio de defensa de la independencia e imparcialidad. Se trata de explicar el rol que este instrumento procesal tiene en materia de arbitraje, y las nuevas tendencias que sobre el particular se aprecian en el derecho comparado.

Hemos puesto especial énfasis en la interpretación que se debería dar a las causales de inhabilitación de los árbitros, tratando de sentar las bases para una revisión de la exégesis clásica. La poca flexibilidad de la jurisprudencia en este tema ha dejado fuera de control una serie de situaciones conflictivas, que surgen fundamentalmente de la actividad profesional de los árbitros, con evidente repercusión en las garantías de independencia e imparcialidad.

¹ Este trabajo se ha realizado gracias a la beca de la Fundación Andes, concedida en el Programa de Estadías de Investigación en el Extranjero C-13600/2 de 2000. Debo agradecer, además, al profesor Faustino Cordón Moreno sus valiosas sugerencias, y la oportuna colaboración recibida por parte de los profesores de derecho procesal Julio Muerza Esparza, Manuel Ortells Ramos y Pablo Gutiérrez de Cabiedes H.

1. *Conceptos preliminares*

Cualquiera que sea la naturaleza que se atribuya al arbitraje (contractual, mixto o jurisdiccional), prácticamente en todas las regulaciones arbitrales se contienen normas que pretenden asegurar la independencia e imparcialidad.

Aunque el contenido de las referidas garantías se ha desarrollado discurrendo sobre la actividad de los tribunales que conforman el Poder Judicial, nos parece que la singularidad de la función arbitral necesita un análisis especial. La originalidad en el enfoque se impone por las diferencias cualitativas que existen entre la actividad de los jueces y la de los árbitros, no obstante su coincidencia en lo funcional. El arbitraje es lo opuesto a la idea de una justicia retenida, inavocable, permanente, de función exclusiva, con competencia legal, encarnada en la figura del juez ordinario predeterminado por ley.

En nuestro ordenamiento es indiscutido que los árbitros no pertenecen, en la terminología del COT, al "orden judicial"; el artículo 5º de dicho cuerpo legal establece una tajante separación entre los jueces que pertenecen al Poder Judicial y los árbitros. Esta distinción es una derivación de la organización de la Administración de Justicia surgida del régimen de separación de poderes, que dejó al arbitraje en una zona gris, dando lugar a problemas que no son fáciles de resolver, aunque nuestra doctrina coincide –desde el comentario de Ballesteros– en proclamar su naturaleza jurisdiccional.

Es incuestionable, como ideal teórico, que los árbitros deben ser independientes de las partes que los han designado. Sin embargo, la concreción práctica de tal principio tiene varias dificultades reales. En efecto, la ausencia en el arbitraje de los elementos que son propios de la estructura del Poder Judicial, determinan que la falta de independencia e imparcialidad adquieran una dimensión radicalmente diversa, que trataremos de explicar en este trabajo.

2. *La independencia del juzgador*

La independencia es un tema tradicional dentro del análisis de la organización del Poder Judicial². Aunque es una idea bastante antigua³, fue con Montesquieu donde el tema alcanza mayoría de edad, específicamente, en el capítulo 6 del Libro XI de su *L'esprit des lois*, de 1748. En su proyección jurídica, la doctrina de la separación de poderes fue recogida en influyentes textos legales, como es el caso de la *Declaración de Derechos de Virginia*, de 12 de junio de 1776 (artículo V), y luego en la *Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 26 de agosto de 1789 (art. XVI), y de ahí pasó al constitucionalismo liberal del siglo XIX.

La independencia del Poder Judicial es un logro político, posterior al establecimiento de la doctrina de la división de poderes; nace de la toma de conciencia acerca de la necesidad de elevar la función judicial a la categoría de auténtico poder del Estado. Se debe recordar que en el modelo de administración de justicia ideado por los revolucionarios franceses, el Poder Judicial estaba supeditado al Poder Legislativo.

En su contenido básico, la independencia judicial reconoce dos dimensiones: una externa y otra interna. La dimensión externa es un asunto de organización política, que mira a la relación que debe existir entre el Poder Judicial y los otros poderes del Estado. En nuestra codificación, los artículos 4 y 12 del Código Orgánico de Tribunales regularon nítidamente la proyección jurídica de la independencia externa. Allí se garantiza que el Poder Judicial no está subordinado a ningún otro poder del Estado, sino que se ubica en un plano de igualdad⁴.

² Entre la abundante bibliografía, cfr. REQUEJO PAGES, Juan Luis, *Jurisdicción e Independencia Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; MONTERO AROCA, Juan, *La independencia y responsabilidad del Juez*, Madrid: Civitas, 1990; GUARNIERI, Carlo, *L'Indipendenza della magistratura*, Padua: Cedam, 1981; DE MARINO, Rubén, "La independencia de los Tribunales, garantía de su función", en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid: Edersa, 1988, p. 432; ALMAGRO NOSETE, José, "El Poder Judicial", en *Problemas Actuales de la Justicia. Homenaje al Profesor Gutiérrez-Alviz y Armario*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1988, pp. 21-49.

³ Autores tan influyentes como Aristóteles, Polibio, Cicerón, Maquiavelo, Bodino, Locke, entre otros, ya se habían ocupado de este tema.

⁴ Para comprender la visión de los codificadores en este tema, es esencial el trabajo de BALLESTEROS, Manuel E., "Límites del Poder Judicial", en *Revista Forense Chilena*, año IV, N° 11, 1889, p. 668 ss.

La independencia externa se ve afectada cuando existan presiones o injerencias de cualquier otro poder del Estado, para que un juez actúe de una u otra forma, a través de sugerencias, solicitudes, recomendaciones, instrucciones, amenazas o cualquiera otro medio de coacción, explícita o implícita.

En el plano teórico, la independencia externa se garantiza a través de un conjunto de prerrogativas, tales como la inamovilidad y la exclusividad de la función jurisdiccional, protegida esta última a través de la inavocabilidad.

Lo anterior se refuerza a través de un estricto régimen de incompatibilidades, que impiden a los jueces desempeñar funciones diversas a los que son inherentes a su magistratura, dentro de las que se cuentan: la prohibición de ejercer la abogacía, representar en juicio a otras personas, aceptar compromisos, salvo excepciones de naturaleza familiar (arts. 316 y 317 COT); la incompatibilidad de la función judicial con toda otra remunerada con fondos fiscales o municipales, con excepción de los cargos docentes hasta un límite máximo de doce horas semanales; la prohibición de realizar actuaciones en ámbitos de la contingencia política (art. 323 COT).

3. *La independencia interna*

La independencia interna o funcional es la prerrogativa que tienen entre sí los jueces integrantes del Poder Judicial, cualquiera sea su jerarquía, para actuar libre y soberanamente dentro de su competencia.

Esta manifestación de la independencia busca erradicar una serie de conductas reñidas con la ética, tales como: el tráfico de influencias o las presiones de cualquier índole, que puedan surgir entre los miembros del Poder Judicial. Se desacredita la independencia interna cuando un miembro del Poder Judicial ejerce algún tipo de coacción o presión contra otro juez, con el objeto de determinar el contenido de alguna actuación o resolución judicial.

Esta cuestión, que no fue advertida por el legislador decimonónico con toda claridad, ha debido ser tutelada a través de la creación de la Comisión de Ética de la Corte Suprema, cuyo desempeño y resultados al respecto han sido notorios.

II. LA INDEPENDENCIA EN LA JUSTICIA ARBITRAL

1. *La singularidad del problema*

Desde el minuto que los árbitros no forman parte de la estructura ordinaria ni especial del Poder Judicial, no se suscitan los clásicos problemas que promueve la independencia, relativos a fijar cuál es el mecanismo más adecuado para la designación de los jueces, el del gobierno del Poder Judicial, el de las prerrogativas que se les debe reconocer para el desempeño de sus funciones (inamovilidad, inavocabilidad, etc.). Asimismo, al no conformar los árbitros un cuerpo permanente de funcionarios públicos, organizados jerárquicamente, se aleja el riesgo de las injerencias que pueden hacer los otros poderes del Estado. En efecto, no existe aquí ningún campo de acción directo para que el Ejecutivo o el Legislativo influyan en la nominación o promoción de algún juez de carrera.

Sin embargo, la preocupación por la independencia arbitral es una cuestión que se vincula con el origen de la misma voz árbitro. Como lo explica Sánchez de la Torre, "en la raíz *arbi* del vocablo 'Árbitro', 'Arbitraje', aparece la etimología de una autoridad sociopolítica, que por su preeminencia respecto a un grupo dirigido o mandado por ella, o por la confianza que inspira a otros sus iguales, asume la función de realizar justicia pronta y directa entre aquellos que se hallan bajo su dependencia o que, sin depender de él, solicitan su intervención a tal efecto". "El sufijo *ter* indica la peculiar posición de todo aquel que pretenda impartir justicia,

en cualquier caso y bajo cualquier procedimiento, por hallarse *extra y super partes*; resultando así hallarse en situación de 'tercero' frente a los intereses en conflicto"⁵.

El desarrollo y extensión del arbitraje ha demostrado la necesidad de controlar la garantía de la independencia, que es un requisito esencial para el correcto desempeño de cualquier órgano que ejerza jurisdicción o realice una actividad equiparable. En este punto, lamentablemente, el Código Orgánico de Tribunales no se plantea la eventual falta de independencia en la justicia arbitral, existiendo una evidente omisión que se debe salvar.

2. *El origen de las dificultades*

Tratando de sistematizar esta cuestión, el origen de los eventuales problemas de falta de independencia en nuestro sistema arbitral surgen fundamentalmente de las siguientes situaciones, a saber:

a) En la utilización indebida de la cláusula compromisoria

Como se sabe, la referida cláusula es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes someten un asunto litigioso futuro y eventual a la resolución de un árbitro, obligándose a designarlo en un acto posterior. La diferencia fundamental entre compromiso y cláusula compromisoria está en que esta última no contiene la designación del árbitro. En nuestro medio esta forma del convenio arbitral es un aporte de la doctrina, que terminó siendo aceptada explícitamente por la jurisprudencia⁶.

Para el tema que interesa, se podría afectar la independencia si una de las partes establece, en la referida cláusula, las condiciones para que el árbitro que sea designado provenga de un ámbito donde puede ejercer alguna influencia, fundada en relaciones corporativas, profesionales, etc. Por ejemplo, el determinar que el árbitro que conozca del asunto sea un profesor de derecho de una determinada Universidad o Presidente de alguna asociación gremial o profesional, puede ser buscado por una de las partes, a sabiendas de la autoridad que puede desplegar en algún minuto sobre el sujeto nominado.

b) En la figura que la doctrina denomina como "árbitro de parte"

En el arbitraje, especialmente el internacional, se acepta que las partes designen unilateralmente a uno de los árbitros de un tribunal colegiado, de ahí su nombre: "árbitro de parte". Esta figura se ha visto alentada por la concepción contractualista del arbitraje que predomina en otras latitudes, en la que la intervención de estos terceros es una actividad de complemento en la interpretación de un acto o contrato, más que la definición de una controversia a la usanza de un juez.

En el terreno de los principios, se entiende que dicha nominación no debería menoscabar la libertad del árbitro, el que debe mantener siempre su libertad de juicio en la decisión. Sin embargo, en el último tiempo algún sector ha cuestionado el ejercicio de esta facultad, especialmente por los problemas de falta de independencia y neutralidad que ello puede generar. En efecto, esta forma de designación puede desnaturalizar la figura del árbitro, el que más que un tercero llamado a resolver la contienda, puede pasar a convertirse en un mandatario de la parte, desfigurando su misión⁷. Aunque el tema está pendiente de solución en el ámbito teórico, conviene saber que en algunos

⁵ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel, "El origen histórico del arbitraje: una hipótesis", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid: Univ. Complutense, 1988, pp. 374-375.

⁶ Cfr. VARGAS BARROS, Osvaldo, *La cláusula compromisoria*, Memoria de Prueba, 1938.

⁷ Una exposición del problema, cfr. CONSOLO, Claudio, "La ricusazione dell'arbitro", en *Rivista dell'arbitrato*, Milán. Giuffrè, N° 1, 1998, pp. 17-31.

casos esta falta de neutralidad e independencia ha acarreado la pérdida de eficacia del laudo arbitral⁸.

Nuestro Código Orgánico de Tribunales, para el arbitraje interno, no admitió la figura del “árbitro de parte”⁹. Esta omisión se explica porque en dicho cuerpo legal la única fuente del arbitraje es el contrato de compromiso, que tiene como elemento de la esencia el acuerdo de voluntades de las partes para designar nominativamente al árbitro. Nuestro legislador siguió fiel a la tradición del derecho histórico (romano, canónico y castellano), en la que la figura del árbitro es un tercero elegido por las partes, para decidir una controversia. La única manifestación de designación unilateral de un árbitro se da con el partidador nominado por el causante, pero con la peculiaridad que el encargo se hace efectivo una vez abierta la sucesión de la persona que lo nominó.

De un modo tangencial, el problema del “árbitro de parte” en nuestro arbitraje interno se da en algunas leyes especiales, que han reconocido el derecho a la designación unilateral. El ejemplo más claro se recoge en la Ley de Concesiones de Obras Públicas (DS. 900, de 31 de octubre de 1996). El artículo 36 de dicho cuerpo legal establece: “Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevará al conocimiento de una Comisión Conciliadora que estará integrada por un profesional universitario designado por el Ministro de Obras Públicas, un profesional universitario designado por el concesionario y un profesional universitario nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá”. Conforme a este mismo artículo, a petición de una de las partes, esta Comisión puede que se constituya en “Comisión Arbitral”, la que de instalarse actuará de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores¹⁰.

c) En la deficiente regulación o funcionamiento del arbitraje institucional

Este tipo de arbitraje, en términos generales, es aquel confiado a entidades corporativas que administran el arbitraje, mediante la designación de los árbitros, la sujeción del mismo a determinadas reglas de procedimiento, en su caso, y la facilitación, en general de los medios necesarios para llevar a cabo el fin encaminado de dar solución arbitral al asunto¹¹. El arbitraje institucional presenta como ventaja poder obtener una designación ajustada a la idoneidad técnica del conflicto, y además, la existencia de reglas claras sobre el costo del arbitraje, evitando sorpresas en si la fijación se dejara al arbitrio del árbitro¹².

El arbitraje institucional se caracteriza porque la institución de arbitraje designa el nombre del árbitro, y realiza las labores de administración del proceso arbitral, estableciendo, entre otras cuestiones, las pautas de selección del compromisario, los procedimientos aplicables y los honorarios que pueden cobrar los árbitros en la tramitación del juicio. Para lo que nos interesa, la falta de independencia en este ámbito se podría originar, por ejemplo, si el

⁸ La Corte de Apelaciones de Roma, en sentencia de 21 de julio de 1997, no aceptó el cumplimiento de una sentencia arbitral pronunciada por el *engineer*, nominado unilateralmente por una de las partes en un contrato de concesión internacional para construcción de obra. (Un comentario de la sentencia, PATRONI GRIFFI, Ugo, en *Diritto del Commercio Internazionale*, Milán: Giuffrè, 1998, pp. 825-835).

⁹ En nuestro derecho internacional privado admite esta figura la Convención Interamericana Sobre Arbitraje Internacional, art. 2º (publicada en el D.O. de 12 de julio de 1976). En el derecho comparado lo acepta, entre otros el CPC Italiano, y diversos reglamentos de arbitraje institucional.

¹⁰ Otros aspectos procesales de esta Comisión se contienen en el Decreto N° 956 (MOP), Reglamento DFL MOP N° 164 de 1991, D.O. N° 36.319, 20 de marzo de 1999.

¹¹ CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 37.

¹² En nuestro medio este tipo de arbitraje no tiene todavía reconocimiento legal, pero sin embargo se ha establecido *ex lege*. Así, por ejemplo, en 1968 se constituyó la sección chilena de la Comisión Chilena de Arbitraje Comercial (C.C.A.C.), y últimamente enorme difusión están alcanzando el arbitraje institucional del Centro de Arbitrajes y Mediaciones de Santiago, de la Cámara de Comercio (Cfr. Diario Oficial de 22 de junio de 1993, que publicó el reglamento arbitral de esta entidad) y el del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno Norteamericana de Comercio, *AmCham*.

ente que administra el arbitraje, a través de alguno de sus miembros, presiona al árbitro designado para que resuelva el conflicto de una determinada manera. Aunque en esta manifestación arbitral no existe una carrera comparable a la de la judicatura ordinaria, es evidente que las sugerencias o amenazas de no ser nominado nunca más para un arbitraje, pueden coaccionar al árbitro en su recto desempeño. También podrían comprometer la independencia e imparcialidad un deficiente proceso de selección del árbitro por el ente.

En gran parte, estas cuestiones se han resuelto en el arbitraje institucional desarrollando el deber de información y las declaraciones escritas sobre intereses de los árbitros, que pronto explicaremos¹³.

d) En los árbitros funcionarios de la Administración del Estado

Aunque es una situación menos frecuente, también se puede resentir la independencia en la actuación de ciertos entes arbitrales previstos por el legislador. Se trata de casos en los que se encarga la función de árbitro a un funcionario de la administración del Estado. Un claro ejemplo se da con el Superintendente de Isapres, que tiene competencia para resolver como árbitro arbitrador, sin ulterior recurso, las controversias que surjan entre las Instituciones de Salud y sus cotizantes o beneficiarios, sin perjuicio del derecho del afiliado para recurrir a la justicia ordinaria (Art. 3° N° 5 Ley 18.933).

En esta hipótesis, la falta de independencia del juzgador proviene de la calidad de funcionario público del arbitrador; según su Ley Orgánica, lo designa el Presidente de la República, como funcionario de exclusiva confianza (art. 8). A nuestro entender, tal dependencia directa determina que exista un riesgo objetivo, en orden a que sus decisiones sean sintonizadas con los intereses que al gobierno que lo nominó le parezcan más dignos de tutela, resultando el ejercicio de la actividad arbitral una auténtica parodia.

La designación de funcionarios de la administración como árbitros, en nuestra opinión, no es recomendable, por la radical diferencia que existe entre la administración y la jurisdicción. Como se sabe, la Administración en su funcionamiento carece del *desinterés objetivo* que es inherente a la Función Jurisdiccional, y bajo tal prisma, en el funcionario administrativo no se da la calidad de tercero imparcial¹⁴, elemento que por lo demás ha sido distintivo en la delimitación del concepto jurídico de árbitro en nuestro derecho.

En este mismo orden de ideas, sería recomendable que se pusiera término con ciertas habilitaciones legales (por omisión), para que altos cargos de la Administración del Estado puedan asumir como árbitros, aunque se intente justificar esta situación como una actividad privada y de complemento a sus remuneraciones. El caso más notorio es el del Presidente del Consejo de Defensa del Estado. Aunque la ley no le prohíbe aceptar arbitrajes¹⁵, no es recomendable que este personero pueda ser nominado para desempeñar dicho cometido. En efecto, el ejercicio de su cargo le obliga a contar —objetivamente— con la necesaria imparcialidad para enfrentar los negocios que por cualquier motivo se pueden someter a su decisión como árbitro. Ahora, como se sabe, el Estado es un litigante omnipresente, y se deben reducir al máximo los eventuales conflictos de intereses (directos o indirectos), que puedan sembrar dudas en la actuación de personeros de tan alta jerarquía. Vemos como una incongruencia que se prohíba celosamente a los jueces aceptar compromisos¹⁶ y no a otro al funcionario público, que tiene la delicada tarea de asumir la representación del Fisco en los centenares de procesos que se tramitan en los tribunales.

¹³ *Infra* I N°s. 3 y 4.

¹⁴ Sobre el alcance de la imparcialidad, cfr. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "El proceso civil chileno: una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción, de cara a la reforma", en *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994, pp. 54-56.

¹⁵ Conforme al artículo 19 del DFL. N° 1 de 1993 (de Hacienda), al Presidente del Consejo de Defensa del Estado se le prohíbe "ejercer la profesión de abogado en defensa de particulares en juicios que se sigan ante cualquier tribunal".

¹⁶ La prohibición se impuso por la ley de 11 de enero de 1883.

3. *El deber de información como principal mecanismo preventivo*

Dentro de los mecanismos que ayudan a una observancia plena de la independencia e imparcialidad en el arbitraje está el deber de información. Esto se materializa en declaraciones escritas acerca de posibles conflictos de interés, que puestas en conocimiento de las partes determinan el rechazo o la aceptación de la designación del árbitro, al proporcionar los elementos básicos para ejercer su derecho a la recusación.

El deber de información se hace necesario como una exigencia del principio general de buena fe¹⁷. Es lógico que sean las partes del arbitraje las que, debidamente informadas, controlen este tema y no el propio árbitro, que aunque actúe con buena intención puede actuar con conciencia errónea.

En el caso de los abogados-árbitros, el deber de información es una pauta de conducta impuesta dentro de las obligaciones éticas que surgen de la relación con sus clientes¹⁸. Sobre el particular el artículo 3º del Código de Ética Profesional dispone: “el abogado debe obrar con honradez y buena fe...”.

El desarrollo del derecho a la información ha sido un aporte notorio del arbitraje institucional¹⁹, que ha previsto en sus reglamentos diversas fórmulas para conseguir este objetivo. Esto no podía ser de otra forma, puesto que los entes que administran el arbitraje tienen como fin primordial velar por la independencia e imparcialidad del árbitro, a través del proceso de selección. Además, cumpliendo con lo anterior logran potenciar la reputación del centro de arbitraje y evitan las posibles consecuencias indemnizatorias, que podrían resultar de una actuación negligente en la designación, especialmente en las legislaciones que han reconocido expresamente la responsabilidad civil por mala gestión del arbitraje²⁰.

En el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional (Res. 31/98 de 15 de diciembre de 1976), reconoce la garantía que comentamos en su artículo 9º, disponiendo:

“La persona propuesta como árbitro deberá revelar a quienes hagan averiguaciones en relación con su posible nombramiento todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. Una vez nombrado o elegido, el árbitro revelará tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas”. El artículo 10 del Reglamento precisa: 10.1 Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia. 10.2. Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causa de las que haya tenido conocimiento después de la designación”²¹.

Por la trascendencia que ha adquirido en el ámbito del arbitraje internacional es obligatoria la referencia al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI; texto vigente desde el 1 de enero de 1998); en lo que interesa para este tema, a propósito del

¹⁷ Una síntesis sobre este deber en el campo contractual civil, cfr. DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Deber de información y de informarse ante el seguro de desgravamen”, en *Revista Chilena de Derecho*, P. Universidad Católica, vol 25, Nº 1, 1998, pp. 205-215.

¹⁸ En varios códigos de ética profesional se ha impuesto explícitamente este deber. Una síntesis de los problemas que ello involucra, cfr. HAZARD, Geoffrey, “Per L’indipendenza professionale dell’avvocatura”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Processuale*, Milán, Giuffrè, T. LI, 1997, Nº 2, pp. 407-416.

¹⁹ En el derecho arbitral de Francia este deber rige desde la reforma de 1981 (art. 341 CPC).

²⁰ En el caso español ello se recoge en el art. 16.1 de la Ley de Arbitraje, que dispone: “la aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la Corporación o Asociación, a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa. En los arbitrajes encomendados a una Corporación o Asociación el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquella contra los árbitros”.

²¹ En similares términos regula el derecho a recusar el artículo 20 Reglamento del Tribunal Arbitral de Comercio de Bilbao.

Tribunal Arbitral, el art. 7° dispone: “1. Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje”. “2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que estas manifiesten sus comentarios. 3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar que pudieren surgir durante el arbitraje...”.

4. *El deber de información en el derecho chileno*

En nuestra legislación, para tener por constituido el tribunal arbitral basta que el árbitro acepte el cargo y jure desempeñarlo con la debida fidelidad y en el menor tiempo posible (art. 236 COT).

No contempla la ley el deber de información como una cuestión previa a la constitución del tribunal arbitral; este defecto se da tanto en la designación realizada por las partes, como la que toca a la justicia ordinaria.

Solo una vez que el arbitraje está en funcionamiento, muy tardía y precariamente, surge un deber de información en virtud de lo dispuesto en el art. 199 del COT, que dispone: “los jueces (árbitros) que se consideren comprendidos en alguna de las causales legales de impugnación o recusación, deberán tan pronto como tengan noticia de ello, hacerlo constar en el proceso, declarándose inhabilitados para continuar funcionando, o pidiendo se haga esta declaración por el tribunal de que formen parte”. En este punto resulta loable la práctica de ciertos árbitros, que en el primer comparendo suelen informar sobre sus posibles inhabilidades, para que las partes puedan ejercer su derecho a la recusación²².

Anticipemos que este deber de comunicación, por las razones que serán explicadas al examinar el derecho de recusación, es un mecanismo notoriamente insuficiente, ya que las causales legales de inhabilidad no comprenden —a primera vista— todas las situaciones conflictivas que pueden afectar al árbitro.

Desde un punto de vista técnico sería recomendable que antes de constituirse el tribunal arbitral existiera una declaración de independencia del árbitro designado, dejando la instalación del tribunal para un momento posterior; solo una vez agotada una etapa de evaluación de las inhabilidades o, en su caso, de renuncia a las mismas por las partes, correspondería que el árbitro prestara el juramento de fidelidad.

Por otro lado, no es normal que el convenio arbitral (cláusula compromisoria o el compromiso) se ocupen de regular esta cuestión, dejando al descubierto una clara deficiencia de nuestro sistema arbitral. A lo más son de uso común las convenciones que recogen orientaciones positivas acerca de las condiciones que debe tener el árbitro. No son tan frecuentes, en cambio, las pautas negativas que fijen impedimentos y obligaciones del árbitro para evitar situaciones conflictivas, especialmente las que no están previstas claramente como causales de impugnación o recusación.

No existe ningún inconveniente para establecer, en el convenio arbitral o en²⁴ los reglamentos de arbitraje institucional, que el árbitro debe prestar por escrito una declaración de intereses²³, que garantice las condiciones profesionales y morales del compromisario. Dentro

²² Un caso se recoge en la sentencia publicada en *Fallos del Mes* N° 281, de 1982, p. 66.

²³ En el ámbito de la administración pública se recoge el deber en el Decreto N° 99, de 16 de junio de 2000, sobre la declaración de intereses de las autoridades y funcionarios del Estado (D.O. N° 36.699, de 28 de junio de 2000).

²⁴ Por ejemplo, el hecho que el árbitro sea director en una sociedad anónima, que es competidora de una de las partes en el arbitraje, no puede ser un dato irrelevante para juzgar sobre su independencia e imparcialidad.

de las cuestiones que el candidato debería informar se podrían incluir: a) cualquier relación de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las partes; b) las relaciones de negocios o profesionales que tuvo con algunas de las partes; c) las relaciones sociales y profesionales de carácter sustancial que en forma continua puedan surgir entre el árbitro y alguna de las partes; d) cualquier relación de negocios que, directa o indirectamente, tenga con alguna de las empresas competidoras de las partes del arbitraje²⁴; e) cualquier otra circunstancia o hechos que puedan originar dudas justificadas respecto de la independencia o imparcialidad.

Constituye una excepción en nuestro sistema arbitral la regulación del deber de información que consagra el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno Norteamericana de Comercio, *AmCham*. El artículo 10 dispone: "1. Los árbitros que actúen bajo estas reglas, deberán ser imparciales e independientes. Antes de aceptar el nombramiento, el árbitro propuesto informará al Centro de cualquier circunstancia que podría dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Si en cualquier etapa del arbitraje surgen nuevas circunstancias que podrían dar lugar a tales dudas, el árbitro informará a la brevedad dichas circunstancias a las partes y al Centro. Al recibir tal información dada por el árbitro o por una parte, el Centro la comunicará a las otras partes y al tribunal".

5. Arbitraje y contratos de adhesión

Es una realidad que la contratación en masa ha llevado a la utilización de cláusulas generales o tipo²⁵, en las que frecuentemente aparece la imposición del árbitro por una de las partes.

Estimamos que la determinación del árbitro, en un contrato de adhesión, no se puede ver amparada por las razones que la doctrina ha esgrimido para validar las condiciones generales en los contratos²⁶. En efecto, el establecimiento del arbitraje mira a una cuestión accesorio, que no cae dentro del contenido de un contrato; es indudable que resulta abusiva una cláusula²⁷ en la que una parte imponga a la otra el árbitro, cuando concurre sobre este una situación objetiva de falta de imparcialidad o independencia.

Lo anterior no podría ser de otra forma, desde que la sustracción de un asunto litigioso desde la jurisdicción ordinaria al arbitraje es una cuestión que importa a ambas partes. Bajo tal premisa, no tiene justificación conceder a una de ellas el privilegio de generar las condiciones para ser juzgado por un árbitro objetivamente inhabilitado o inclinado a favorecerlo.

El problema anterior hasta ahora tiene un tratamiento legal solo en la legislación especial, circunscrito a la protección de los consumidores. La ley N° 19.496, de 1997, impone límites a la designación de árbitros en los contratos de adhesión regidos por dicha ley, garantizando la imparcialidad e independencia; el artículo 16 establece que si en los contratos de esta clase "se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar

²⁵ Una explicación de estas categorías, cfr. TOMASELLO HART, Leslie, *La contratación*, Valparaíso: Edeval, 1984.

²⁶ En el ámbito de una Unión Europea la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993, de la C.E.E., establece: "las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir en su contenido, en particular en contratos de adhesión". Una síntesis para el derecho europeo, cfr. GIORGETTI, Maria Carla, "La dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive nei contratti dei consumatori", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1999, vol., LIII, pp. 761-791.

²⁷ Sobre la delimitación de este concepto, cfr. BAMBACH SALVATORE, M^a Victoria, "Las cláusulas abusivas", en *Contratos*, Santiago: Editorial Jurídica, coord. E. Barros, 1991, pp. 47-79; HUBNER GUZMÁN, Ana María, "Derecho de la contratación en la Ley de Protección al consumidor", en *Cuaderno de Extensión* N° 3, Univ. de los Andes, 1999, pp. 125-144.

que se nombre a otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de alguno de ellos. Todo de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales”.

En la jurisprudencia se ha resuelto que este derecho del consumidor no está sujeto a las trabas rituarías del Código de Procedimiento Civil, y por ende, no está limitada por la oportunidad en que deben promoverse los incidentes²⁸.

También por la vía de la protección de la libre competencia se ha dejado sin efecto cláusulas arbitrales en las que, con abuso de posición dominante, una parte imponía a la parte más débil el árbitro para la solución de la controversia²⁹.

III. LA GARANTÍA DE LA IMPARCIALIDAD EN EL ARBITRAJE

1. *El contenido esencial de la garantía*

La imparcialidad del juzgador es un elemento esencial del debido proceso, que afecta la actitud del juez con las partes del proceso. No se debe confundir con la independencia, ya que esta última se refiere a una cuestión previa, de organización, a través de la cual se pretende liberar al juez de toda subordinación que no sea la que se debe estrictamente al Derecho. En cambio, la imparcialidad apunta a la forma como ejerce el juez su actividad en los casos concretos que se le someten a su conocimiento³⁰.

La imparcialidad busca que no se desdibuje en el ánimo del juez su carácter de tercero imparcial, evitando que concurra a resolver un asunto si existe la mera sospecha que, por determinadas circunstancias, favorecerá una de las partes, dejándose llevar por sus vínculos de parentesco, amistad, enemistad, interés en el objeto del proceso o estrechez en el trato con uno de los justiciables, sus representantes o sus abogados. De lo que se trata –en explicación de Montero Aroca– es evitar en la declaración del Derecho Objetivo todo designio anticipado o la prevención para no cumplir con rectitud la función jurisdiccional³¹.

La imparcialidad se diferencia asimismo de la independencia por la distinta forma de tutela jurídica que admite una y otra. La independencia se garantiza a través de una adecuada organización política, que permita a los magistrados estar libre de interferencias de los otros poderes o del mismo Poder Judicial; la imparcialidad, en cambio, se cautela excluyendo al juez del caso concreto, por existir en su contra sospechas que no actuará objetivamente en la decisión del conflicto. En palabras de Núñez, “la imparcialidad no es una característica abstracta de los jueces y magistrados, sino que hace referencia concreta a cada caso que se

²⁸ Corte de Ap. de Santiago, 15 de septiembre de 1998, RDJ, t. 95, secc. 2ª, p. 67.

²⁹ Entre otras, cfr. Comisión Preventiva Central, Dictamen N° 895/131, de 20 de enero de 1994, en RDJ t. XCI, secc. 6ª, p. 39 (ordenó la supresión de una cláusula contractual de adhesión, relativa al arbitraje). Otros casos, Comisión Resolutiva Central, Dictamen N° 770/490, de 20 de junio de 1991, RDJ, t. LXXXVIII, secc. 6ª, p. 88 (“los árbitros no deben ser designados por el exportador ni puede estipularse que no procede recurso alguno en contra de sus fallos...”); Comisión Preventiva, 19 de julio de 1995, RDJ, t. XCII, secc. 6ª p. 181.

³⁰ Para el alemán Penski, la distancia objetiva se resume en dos puntos: “Primero.- El Juez no debe ser tocado en particular por el pleito concreto ni en sus intereses propios ni en sus opiniones individuales, especialmente políticas y religiosas. Segundo.- Generalmente ha de estar en condiciones de verificar un examen libre de prejuicios sobre todos los puntos de hecho y de derecho. La imparcialidad no le exime del sometimiento a la Ley y al Derecho. Cuando se cumplen los supuestos de una norma, en opinión del Juez, se estará en el deber de pronunciar las consecuencias jurídicas. El Juez no puede dejarse guiar –en la aplicación de la Ley y del Derecho– por consideraciones parciales, subjetivas y exteriores ni por prejuicios”. (PENSKI, Bernrd, “El juez en la República Federal Alemana: una descripción de la posición, función, independencia e imparcialidad judiciales”, en *Documentación Jurídica*, Madrid: Ministerio de Justicia, t. XI, 42/44, 1984, p. 295).

³¹ Cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, especialmente p. 332.

somete a su decisión. Por ello la ley tiene que establecer una lista cerrada de situaciones objetivas que conviertan a los jueces en sospechosos. La mera concurrencia de una de esas situaciones (...) obliga al juez a abstenerse y permite a la parte recusarlo..."³².

La aludida exclusión opera reconociendo al juez la posibilidad de inhabilitarse, y, además, reconociendo a las partes el derecho a inhabilitar al juzgador, en ambos casos invocando alguna de las causales legales de falta de imparcialidad.

La recusación, como garantía procesal se ha justificado de distintas formas. En el derecho procesal histórico, con singular claridad sintetiza la relevancia de esta materia el Comentario de Manresa, expuesto a propósito de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, pero que no pierde vigencia: "con razón decía el señor Conde de la Cañada, en sus Instituciones prácticas, al tratar de esta materia, que entre todos los medios y modos que los hombres tienen de defender sus facultades y derechos es, sin duda, la recusación uno de los más cumplidos y seguros; pues siendo un remedio preventivo que se anticipa al daño, es, como todos los de esta especie, más ventajoso que los que se buscan para reparar el mal ya sucedido. Preciso es reconocer que si los jueces, como tales, tienen en su favor la presunción de imparcialidad, como hombres pueden verse rodeados de las mismas pasiones que son patrimonio de la humanidad: el interés personal unas veces, sus afecciones o enemistades otras, y en algún caso su amor propio ofendido, pueden contribuir a reavivar las pasiones que como magistrados tenían adormecidas; faltándoles el prestigio que debe rodearles, y cuando esto ocurre, existe una causa de abstención o de recusación"³³.

En la doctrina procesal contemporánea, Satta utiliza un ingenioso paralelo para poner de relieve esta cuestión, señalando: "así como hay una legitimación de la parte establecida en base al interés, también se puede configurar una legitimación del juez, establecida en base al desinterés; y el mejor juez es el que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad"³⁴.

2. *La imparcialidad en materia de arbitraje*

Aunque la garantía de la imparcialidad en los árbitros presenta con la justicia ordinaria una zona común, en este trabajo nos detendremos exclusivamente en las especialidades que surgen a propósito del arbitraje. Tal como se intentará demostrar, la pretensión legal de asegurar la imparcialidad de los árbitros a través de las causales de implicancia y recusación previstas para los jueces ordinarios en muchos casos resulta insuficiente.

El origen de la deficiencia proviene básicamente por tres razones:

Primero. La mayor parte de las incompatibilidades establecidas para los jueces (como consecuencia de la doctrina de separación de poderes), no se aplican a los árbitros. El principal foco de dificultades proviene de la circunstancia que a los abogados nombrados como compromisarios, nos les rige la prohibición que impide a los jueces integrantes del Poder Judicial ejercer la abogacía (art. 316 COT). Ocurre que a través del desempeño profesional del árbitro se suscitan la mayor parte de los conflictos, que ponen en juego muchas veces su imparcialidad e independencia.

Segundo. Por la insuficiencia en el deber de información, que no ha recibido en nuestro derecho de arbitraje un adecuado tratamiento, por las razones ya señaladas³⁵.

³² NÚÑEZ OJEDA, Raúl, "La imparcialidad objetiva del juzgador penal y el principio acusatorio (el caso español)", en RDJ, t. XCV, N° 1, 1998, p. 4.

³³ MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación, 1910, 7ª ed., T. I, p. 653.

³⁴ SATTA, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tr. Fernando de la Rúa (de la 7ª ed. italiana), Buenos Aires: E.J.E.A., 1971, T. I, p. 63.

³⁵ *Supra* I N°s. 3 y 4.

Tercero. También puede dificultar la independencia e imparcialidad, la libertad que tienen los árbitros para participar en la contingencia política, al no aplicárseles la prohibición absoluta que pesa sobre los jueces, en el artículo 323 del COT. En el caso de funcionarios judiciales, le está vedada la actividad política, con el objeto de lograr un arquetipo de juez neutro, apolítico, alejado de las contiendas y eventuales presiones políticas, para asegurar su tranquilidad de juicio al momento de la decisión. El legislador prohíbe expresamente a los jueces la pertenencia a los partidos políticos, impidiendo la afiliación o disponiendo el cese de la misma *ipso iure* si se ingresa a la carrera judicial³⁶.

La actuación de un árbitro en la política activa puede generar más de alguna situación límite, en la que su imparcialidad pueda quedar comprometida por motivaciones ideológicas³⁷.

El cuadro anterior da plena validez a la advertencia de Dittrich, en orden a que "el instituto de la recusación del juez está llamado a operar, en el ámbito del proceso arbitral, un papel estructuralmente distinto y tendencialmente más amplio respecto de aquel que tiene reservado en el ámbito del proceso civil"³⁸.

Todos estos problemas los analizaremos al examinar las causales de implicancia y recusación en materia arbitral.

IV. LA RECUSACIÓN DE LOS ÁRBITROS COMO INSTRUMENTO DE DEFENSA

1. Breve consideración histórica

Es una pauta común que a la hora de recusar a los árbitros se les aplique el mismo estatuto previsto para los jueces. Esta opción tiene una explicación histórica, que resulta de la asimilación que se ha buscado —desde antaño— entre la función de los jueces y la de los árbitros.

En efecto, en un completo estudio sobre el arbitraje en el derecho histórico, Merchán Álvarez sostiene que en el *Liber Iudiciorum* del Derecho visigodo se dio inicio a una tradición, en la que el arbitraje se equiparaba a la función de los jueces ordinarios. Dicho cuerpo legal establecía que los iudices *ex consensu partium* han recibido potestad de juzgar y por ello deberán tener el nombre, los derechos y responsabilidades de los otros jueces (II, 1,27). Esta orientación se recogería luego, sin modificaciones, en el Fuero Juzgo y en algunos fueros municipales³⁹. Solo en el Espéculo (5,2,1 [2]) se excluía expresamente la recusación a los jueces de avenencia (árbitros, en la terminología del derecho histórico), al estimar que por haber sido elegidos por las partes no tienen derecho a "desecharlos por sospecha"⁴⁰.

En las Siete Partidas se reglamentó el régimen de inhabilitación de los árbitros disponiendo: "*Por qué razones pueden vedar a los jueces de avenencia, que no se entremetan de los pleitos que les metieren en mano, maguer ellos los quisieren librar.— Enemistad, es cosa que deven todos recelar. E por ende, quando alguno de los avenidores se descubriese por enemigo de alguna de las partes, después que el pleyto fuesse metido en su mano... Esso mismo dezimos, que deve fazer la parte que oviera sospecha de los avenidores, por precio o por don que dize que la otra le ha dado o prometido...*". (Partida III, 4, 31).

³⁶ Ley N° 18.603, Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos, artículo 18.

³⁷ *Infra* IV N° 8.

³⁸ DITTRICH, Lotario. "L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1995, vol., L, p. 146.

³⁹ Cfr. MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Universidad de Sevilla, 1981, pp. 39.

⁴⁰ Sobre este tema mayores antecedentes cfr. GONZÁLEZ CORONAS, Santos M. "La recusación judicial en el derecho histórico español", en *AHDE*. Madrid, 1982, t. LII, pp. 511 a 615.

Para que haya lugar a la recusación en las Partidas, se establecía como requisitos: “que la causa en que se funde sea legítima y que haya sobrevenido a la celebración del compromiso. Las causas legítimas de recusación tanto para los árbitros como para los arbitradores son: la enemistad con alguna de las partes y el soborno por dádivas o promesas”⁴¹.

La genérica solución del código alfonciano fue sustituida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y su reforma de 1881. En la codificación procesal española se optó por un sistema de causal legal y tasada, para poner fin a los abusos que en la práctica se cometían aplicando el derecho histórico, donde era suficiente para solicitar la inhabilitación invocar la existencia de un motivo grave y verosímil. Dicha regulación tuvo vigencia hasta la promulgación de la Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado, de 1953; en el tema que nos ocupa la ley de 1953 establecía: “no podrán ser nombrados árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se le somete alguna de las relaciones que establece la posibilidad de abstención y recusación de un Juez. Esto no obstante, si las partes conociendo dicha circunstancia, la dispensen expresamente, el laudo no podrá ser impugnado por tal motivo”.

Nuestro legislador siguió por el mismo derrotero hispano. Para garantizar la imparcialidad de los jueces árbitros hizo aplicable el mismo régimen de inhabilitación de los jueces ordinarios, fundado en causales tasadas. Desde el comienzo de la República fue marcada la preocupación por el tema de la imparcialidad⁴²; la Ley Mariana de 2 de febrero de 1837, “Sobre Implicancias i Recusaciones de los Jueces”, reguló minuciosamente esta materia; sin entrar en detalles, dicho cuerpo legal tuvo la misión de realizar un cambio radical en el sistema inhabilitación de los jueces, pasando de un régimen de recusación libre a otro fundado en causal legal y tasada. En este cambio no se excluyó a los árbitros, designados en ese momento como juez práctico, compromisario, o liquidador.

En la Ley de Organización i Atribuciones de 1875, el artículo 191 dispuso que “los árbitros nombrados por las partes no son recusables sino por causas que hayan sobrevenido a su nombramiento”.

“Sin embargo, es también admisible la recusación por causa anterior a su nombramiento, si la parte recusante jura que en aquella sazón no la conocía”.

Al fijarse el texto definitivo del Código Orgánico de Tribunales, mediante la Ley N° 7.421 de 15 de junio de 1943, el único cambio que sufrió esta materia fue que el antiguo artículo 191 pasó a ocupar el numeral 243 del COT.

En la mitad del siglo pasado, con la promulgación de la ley N° 10.271, de 2 de octubre de 1952, se dio una nueva redacción al artículo 243 del COT, cuyo tenor es el siguiente: “los árbitros nombrados por las partes no pueden ser inhabilitados sino por causas de implicancia o recusación que haya sobrevenido a su nombramiento, o que se ignoraban al pactar el compromiso”.

En el caso de los árbitros nombrados por la justicia ordinaria o por un ente que administra un arbitraje institucional, no opera esta renuncia, puesto que las partes ignoran el nombre del árbitro hasta que no les sea notificada la resolución que lo nominó.

El sistema de causal legal y taxativa, implementado para inhabilitar a los árbitros, restringió considerablemente la libertad que tenían las partes en el derecho histórico para manifestar su desconfianza frente a la imparcialidad del juez. Desde el punto de vista del árbitro, esta opción técnica conlleva para el compromisario la obligación de fallar el asunto una vez aceptado el encargo, salvo que se inhabilite por una causal legal que le impida seguir conociendo del juicio. El incumplimiento de este deber podría configurar un ilícito que determine el pago de una indemnización por parte del árbitro o, en su caso, por la entidad que administra el arbitraje institucional⁴³.

⁴¹ MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, ob. cit. p. 113.

⁴² En la Ley de 4 de octubre de 1811, relativa a la Administración de Justicia, se estableció el derecho a la recusación de los jueces “por las mismas causas por que ántes por lei podían los oidores, í los ministros de justicia i apelaciones”.

⁴³ Conviene advertir que para hacer efectiva la responsabilidad civil o penal del árbitro, la Corte Suprema ha entendido que debe solicitarse la declaración previa de admisibilidad, prevista en el artículo 328 del COT (CS. 26 de septiembre de 1984, *Fallos del Mes* N° 317, pp. 103-105).

La sentencia de la Corte Suprema, de 15 de abril de 1982, refleja muy bien el efecto del sistema de inhabilitación fundado en causal legal y taxativa; allí se resolvió que si la recusación del árbitro interpuesta por el demandante no se apoya en causal legal sobrevenidamente, ni originalmente ignorada por quien la impetra, debió bastar al juez árbitro para desestimarla, toda vez que tampoco se configuran en la especie algunas de las situaciones a que alude el artículo 240 del COT⁴⁴.

2. *Sistemas para la recusación de los árbitros*

No existe un modelo único para obtener la inhabilitación de los árbitros. En el derecho comparado se aprecian dos opciones técnicas, que oscilan entre aplicar a los árbitros las mismas causales previstas para los jueces ordinarios, o bien establecer un sistema más flexible, con causales genéricas. Este último es el modelo que viene abriéndose paso en el derecho comparado, por influencia de la Ley modelo UNCITRAL de 1985, a la que pronto aludiremos.

La propuesta de hacer equivalente en este tema a jueces y árbitros no resulta tan ilógica, desde el minuto que la imparcialidad es una cuestión común a la actividad de todo órgano que ejerza jurisdicción o realice una actividad funcionalmente equiparable. Como recién se explicaba, esta modalidad tiene en nuestro derecho una larga tradición histórica. Esta forma de concebir el problema introduce un elemento para reforzar la tesis que asigna al arbitraje naturaleza jurisdiccional (o mixta)⁴⁵, ya que si el problema de la imparcialidad o de la falta de independencia se abordara desde la perspectiva contractualista, la impugnación apuntaría a declarar la ineficacia de la cláusula arbitral o a perseguir la responsabilidad civil del árbitro, al ser inaplicable una categoría procesal como la recusación.

En nuestra jurisprudencia el tratamiento estrictamente procesal de la inhabilitación del árbitro ha sido reconocido por la Corte Suprema, al declarar: "establecida en un convenio la decisión de las partes de someter a arbitraje un asunto litigioso de los que pueden ser fallados por árbitros, la inhabilitación del árbitro que las partes designen no pone término a la estipulación del arbitraje sino solo a la intervención del árbitro que las partes de acuerdo designaron"⁴⁶.

Dentro de las regulaciones que aplican a los árbitros el estatuto de recusación de los jueces se encuentra la legislación española; la Ley Sobre Arbitraje (36/1988), establece en su artículo 12.3: "no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete, alguna de las relaciones que establece la posibilidad de abstención y recusación de un Juez". Repite la misma idea el artículo 17.1, dispone que los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces, con tal que las causas que hayan sobrevenido después de su designación. También podrán serlo por causas anteriores cuando no hubieren sido nombrados directamente por las partes o cuando aquellas fueren conocidas con posterioridad⁴⁷.

⁴⁴ Corte Suprema, 15 de abril de 1982, *Fallos del Mes* N° 281, p. 66.

⁴⁵ Sobre la naturaleza del arbitraje, una síntesis, cfr. CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, ob. cit. pp. 25-33.

⁴⁶ CS. 12 de marzo de 1968, *Fallos del Mes* N° 112, p. 22. Una solución contractualista en este tema se daba en materia de partición de bienes. Hasta antes de la modificación de la Ley N° 10.271 el partidor no era considerado como un auténtico juez árbitro, sino como simple liquidador, al que no le eran aplicables las causales de implicancia o recusación. (Sobre el tema, con anterioridad a la reforma cfr. CLARO SOLAR, Luis, comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de julio de 1921, RDJ t. XVII, secc. 2°, pp. 1-7.)

⁴⁷ Sobre el tema últimamente cfr. PICÓ Y JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona: J.M. Bosch, 1998, p. 169; ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, *La abstención y la recusación de los Jueces y Magistrados*, Madrid: Edersa, 1999.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial española (6/1985), el artículo 219 recoge como causales de abstención (o en su caso de recusación): 1.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado. 2.º El vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el Letrado y el Procurador de cualquiera de las partes que intervengan en el pleito o causa. 3.º Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de estas. 4.º Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta. 5.º Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como letrado o intervenido en él como Fiscal, perito o testigo. 6.º Ser o haber sido denunciante o acusado de cualquiera de las partes. 7.º Tener pleito pendiente con alguna de estas. 8.º Amistad íntima o enemistad manifiesta. 9.º Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa. 10.º Haber actuado como instructor en la causa pena o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia. 11.º Ser una de las partes subordinada del Juez que deba resolver la contienda litigiosa”.

En la misma orientación se encuentra la legislación italiana, que regula el arbitraje en el *Codice di Procedura Civile* de 1940 (Título VIII del Libro IV; arts. 806 al 840), reformado en esta materia parcialmente por la ley N° 25, de enero de 1994. El artículo 815, en relación a las recusaciones de los árbitros dispone que: “*la parte può ricusare l'arbitro, che essa non ha nominato, per i motivi indicati nell'articolo 51*”. La normativa prevista para el arbitraje interno se aplica también en el arbitraje internacional, si las partes no han convenido otra cosa (art. 836 CPC.)⁴⁸.

Las causales de recusación que admite el artículo 51 del CPC italiano son las siguientes: “El juez tiene la obligación de abstenerse: 1.º si tiene interés en el proceso principal o en otro pendiente sobre idéntica cuestión de derecho; 2.º si él mismo o su mujer es pariente hasta el cuarto grado u obligado por vínculo de filiación o es conviviente o convidado habitual de una de las partes o de algún defensor; 3.º si él mismo o su mujer tiene pleito pendiente o grave enemistad o relaciones de crédito o deuda con una de las partes o alguno de sus defensores; 4.º si ha dado consejo o formulado dictamen sobre el pleito o ha declarado en el mismo en calidad de testigo, o bien ha conocido de la causa como magistrado en otra instancia del juicio o como árbitro o ha proporcionado asistencia en el mismo en calidad de perito; 5.º Si es tutor, curador, procurador, agente o patrono de una de las partes; si además, es administrador o gerente de un ente, de una asociación aunque sea no reconocida, de un comité, de una sociedad o establecimiento que tenga interés en la causa.

En el inciso final del artículo 51 se admite una causal genérica, al disponer que en todos los demás casos que existan razones de conveniencia, el juez puede pedir al “jefe del oficio” (*capo dell'ufficio*) la autorización para abstenerse; cuando la abstención afecte al “jefe del oficio”, la autorización se pedirá al “jefe del oficio” superior”.

Sigue una orientación radicalmente distinta el derecho arbitral belga. En su última reforma —que data del 19 de mayo 1998—, se optó por un sistema de recusación sin causal taxativa, siguiendo literalmente la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 sobre la materia. El actual texto del *Code Judiciaire* establece: (1) *Les arbitres peuvent être récusés s'il existe des circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur leur impartialité ou leur indépendance.* (2) *Une partie ne peut récuser un arbitre que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette désignatio*”. Antes de esta reforma, el legislador belga remitía para la recusación de los árbitros a los mismos motivos previstos para los jueces⁴⁹.

⁴⁸ Sobre este tema, entre otros, A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*. Commentario, Milán, 1994; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milán, 1995, DITTRICH, Lotario, “L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale”, art. cit. pp. 144 ss.

⁴⁹ Un estudio de la reforma cfr. RIGHETTI, Enrico, “La riforma dell'arbitrato in Belgio”, en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 2000, N° 4, vol., LIII, pp. 1087-1110.

En la legislación alemana, con la reforma de 1998 se ha producido una profunda reforma al arbitraje, también influenciada por la Ley Modelo UNCITRAL (de 1985). El tema se regula en el Libro Décimo del Código de Proceso Civil ("Zivilgesetzbuch", ZPO), parágrafos 1025-1066. El parágrafo 1036, es idéntico al artículo 12 de la ley modelo, disponiendo que: 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas. 2) Un árbitro solo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación⁵⁰.

En el derecho anglosajón el sistema de recusación de los árbitros no descansa en causales taxativas, utilizándose para tal propósito fórmulas genéricas relativas a la falta de independencia e imparcialidad de las partes⁵¹.

3. *La recusación en el arbitraje institucional*

En el ámbito del arbitraje institucional desarrollado por las Cámaras de Comercio, también se advierte una prolija regulación para asegurar la imparcialidad e independencia del árbitro.

Aunque el organismo que administra el arbitraje debe velar preventivamente por la imparcialidad e independencia del árbitro, también las partes tienen el derecho para recusar, una vez que se ha procedido a su nominación.

Veamos en concreto la regulación en algunos estatutos:

- a) En el reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, se regula esta cuestión en el artículo 18, disponiendo: "los árbitros podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces con las especialidades de los párrafos siguientes: 1. Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas que le hayan sobrevenido después de la designación. 2. Cuando el árbitro haya sido nombrado por la otra parte o por la Corte podrá ser recusado también por causas anteriores al nombramiento o cuando aquellas fueran conocidas con posterioridad. 3. Las personas designadas árbitros están obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan".
- b) En similares términos, el artículo 3 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Valencia admite como causales de recusación las que se indican para los jueces ordinarios en la Ley Orgánica del Poder Judicial. También se contempla la obligación del árbitro de poner de manifiesto a las partes las circunstancias que puedan determinar su recusación tan pronto como las conozcan, y si transcurren diez días hábiles sin manifestación recusatoria, se tendrán por legitimadas. Las causas podrán ser anteriores cuando los árbitros no hubieren sido designados directamente por las partes o fueran conocidas con posterioridad. Fuera de estos supuestos, solo son recusables por causas que hayan sobrevenido después de su designación.

⁵⁰ Sobre la normativa alemana de arbitraje (Libro 10 de la ZPO, §§ 1025-1066), cfr. GERHARD, Walter, "La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1999, vol., LIV, pp. 671-698.

⁵¹ Cfr. L. DITTRICH, "L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale", art. cit., pp. 159-160.

⁵² Texto vigente desde el 1 de enero de 1998.

- c) En el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁵², el tema que está previsto en el artículo 7º, que a propósito de los requisitos del Tribunal Arbitral dispone: “1. Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje. 2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que estas manifiesten sus comentarios. 3. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar que pudieren surgir durante el arbitraje...”.
- d) En el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de la ONU para el Derecho Mercantil Internacional (Res. 31/98 de 15 de diciembre de 1976), el artículo 10 precisa: “Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”. 10.2. “Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causa de las que haya tenido conocimiento después de la designación”⁵³.
- e) En nuestro arbitraje institucional sigue las nuevas orientaciones en esta materia el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno Norteamericana de Comercio, *AmCham*. El artículo 11 dispone: “1. Cualquier parte puede recusar a un árbitro cada vez que existan circunstancias justificadas que pongan en duda su imparcialidad o independencia. La parte que desee recusar a un árbitro deberá notificar tal recusación al Centro dentro de los 15 días siguientes de haber sido notificado del nombramiento del árbitro o dentro de los 15 días siguientes de conocer las circunstancias que motivan la recusación. Para hacer más expedito el sistema de inhabilitación el N° 3 del artículo citado dispone que: “Al recibir tal recusación, el Centro deberá notificar de ellas a las otras partes. Cuando un árbitro ha sido recusado por una de las partes, las otras pueden estar de acuerdo en la aceptación de la recusación y, si existe acuerdo, el árbitro cesará en sus funciones. El árbitro que ha sido recusado puede igualmente cesar en sus funciones en ausencia de tal acuerdo. En ningún caso la cesación en el cargo implica aceptación de la validez de los motivos de la recusación”⁵⁴.
- f) Sigue el modelo clásico en esta materia el Reglamento de Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago. El artículo 10 dispone: “Los árbitros nombrados directamente por las partes podrán ser inhabilitados por causas legales de implicancia o recusación de conformidad a la ley”.

4. *La recusación del árbitro en nuestro ordenamiento*

El artículo 243 del COT establece: “los árbitros nombrados por las partes no pueden ser inhabilitados sino por causas de implicancia o recusación que haya sobrevenido a su nombramiento, o que se ignoraban al pactar el compromiso”.

Nuestra legislación procesal distingue en los artículos 195 y 196 del COT, entre implicancias y recusaciones⁵⁵. Se trata de causales legales que permiten al juez que conoce del asunto inhabilitarse de oficio o a petición de parte.

⁵³ En similares términos se regula el derecho a recusar en el artículo 20 Reglamento del Tribunal Arbitral de Comercio de Bilbao.

⁵⁴ Sobre este centro arbitral, cfr. SATELER, Ricardo “Características principales del Centro de Arbitraje AmCham”, en *Ponencias del Seminario Arbitraje Comercial Internacional*, AmCham Chile, julio 1998, pp. 47-59.

⁵⁵ En otros ordenamientos se les denomina como causales de abstención y de recusación (España); exclusión y recusación (Alemania). La distinción tiene repercusión en materias tales como: la tramitación (la abstención en una cuestión administrativa; la recusación un derecho de la parte); la separación por recusación es eventual (a diferencia del sistema chileno, que conforme al art. 199 del COT, le impone un deber al propio juez); en la sanción procesal aplicable para el evento que el juez falle afectado por una u otra situación (en el caso chileno en ambas situaciones siempre es la nulidad procesal, sin discriminar).

La implicancia configura una auténtica incapacidad para que el juez desempeñe sus funciones; en cambio, la recusación está establecida como un derecho de la parte, en virtud del cual puede solicitar que el juez afectado pueda ser inhabilitado para seguir conociendo del asunto. A raíz de lo anterior, la recusación actúa a petición de parte, y la implicancia está concebida como un deber que pesa sobre el juez, el que debe cesar en el conocimiento del asunto cuando no concurren en su persona las condiciones objetivas de imparcialidad (sin perjuicio del derecho de la parte afectada para alegarla). En el caso que se trate de jueces ordinarios la inhabilitación por implicancia es irrenunciable, puesto que el juez debe declararla de oficio (art. 200 COT), a diferencia de las recusaciones que son renunciables.

El panorama anterior no es aplicable cabalmente en el caso de los árbitros, atendido que surgen algunas diferencias que traducen en los siguientes puntos:

- a) La implicancia pierde su naturaleza de incapacidad del juzgador, al permitir la ley que las partes puedan designar como árbitro a una persona respecto del cual concurre una inhabilitación de esa clase, siempre que de ello hubieran tenido conocimiento al momento de pactar el convenio arbitral.
- b) Las causales de implicancia y de recusación no son de orden público. A través de esta opción técnica se busca dotar a los árbitros de una auténtica inamovilidad convencional. En todo caso, no se debe exagerar con esta diferencia que se constata entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria, toda vez que en esta última la falta de reclamación oportuna implica una auténtica renuncia de la parte a la causal. La preclusión procesal prima sobre la posible sospecha que recaía sobre el juzgador, puesto que la omisión en la alegación oportuna subsana el defecto.

5. *El problema de la renuncia*

En doctrina se ha criticado que las partes puedan renunciar a inhabilitar a un árbitro marcado por una situación de parcialidad conocida, calificando tal situación como una "hipervaloración del principio de la autonomía de la voluntad". Según esta tesis: si el arbitraje pretende ser una alternativa real a la jurisdicción deben preservarse absolutamente todas sus garantías procesales⁵⁶.

El planteamiento anterior se puede objetar por varias razones.

En primer lugar, la renuncia se da en un ámbito absolutamente privado, en el cual la voluntad de las partes juega un rol preponderante. En el arbitraje la autoridad del árbitro proviene del acuerdo de las partes, y, en virtud de ello, es válida la designación de un compromisario sobre el que pesan causales de inhabilitación, con tal que esa situación sea conocida claramente por las partes. La recusación en materia arbitral no mira al interés público, sino que las causales solo protegen el interés individual de las partes.

En segundo lugar, la conocida parcialidad del árbitro puede ser compensada por otras razones. La confianza en el árbitro, su conocido sentido de la justicia, su rectitud y cualificación profesional, pueden ser motivos más que suficientes para que las partes nombren un árbitro afectado por una situación de inhabilitación, aminorando el riesgo que ello implica. En este punto la diferencia con la jurisdicción ordinaria es radical, al extremo que algún autor ha señalado que "la imparcialidad del juez es una condición tan esencial a la actuación jurisdiccional del Derecho, que sin su clara manifestación bien pudiera decirse que no existe proceso o, cuando menos, que este no es jurisdiccional"⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. MONTÓN REDONDO, Alberto, "Reflexiones simples sobre las garantías y efectividad del arbitraje privado", en *Anuario Facultad de Derecho Univ. de Extremadura*, Nº 10, 1992, p. 57.

⁵⁷ ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, *La abstención y la recusación de los Jueces y Magistrados*, ob. cit. p. 31.

Por último, negar a las partes la facultad de designar a un árbitro afectado por alguna causal de inhabilitación es un acto que solo podría justificarse si se es partidario de imponer a los otros mecanismos de solución de conflictos, las exigencias inherentes a la actividad de los órganos jurisdiccionales del Estado. Por cierto, no compartimos una orientación de tales características, puesto que determina la negación de la autonomía de la voluntad, pilar fundamental del arbitraje, dando paso a un estatismo arbitral injustificado.

6. *Sistematización de las causales*

Las causales de inhabilitación se pueden sistematizar considerando que su origen fundamentalmente está en las siguientes razones: matrimonio o parentesco del árbitro con alguna de las partes o su abogados o representantes; relaciones tutelares del árbitro con alguna de las partes o a la inversa; estar o haber sido denunciado o encontrarse querrellado el árbitro por alguna de las partes; haber sido el árbitro abogado de alguna de las partes en el conflicto que se somete a su conocimiento; tener el árbitro juicio pendiente con alguna de las partes; la amistad o enemistad manifiesta del árbitro con las partes; tener el árbitro interés en la causa; ser alguna de las partes subordinada del árbitro; y el haber realizado el árbitro un prejuzgamiento del asunto⁵⁸.

Aquí solo nos ocuparemos de examinar las causales de implicancia y recusación que suscitan los mayores problemas, poniendo especial énfasis en la interpretación que a nuestro juicio se debería dar a estas inhabilitaciones en el arbitraje.

6.1. Actuaciones procesales del árbitro realizadas con anterioridad

El artículo 195 N° 5 COT establece que es causal de implicancia, el haber sido el árbitro abogado o apoderado de alguna de las partes en la causa actualmente sometida a su conocimiento.

En su esencia, esta causal surge de la incompatibilidad que existe entre la actividad jurídica de juez y la de abogado. En efecto, el abogado defiende intereses legítimos de una de las partes, a diferencia de un juez, que es un tercero imparcial llamado a resolver un conflicto determinado.

Se trata de una incompatibilidad funcional, en virtud de la cual se debe evitar que alguien que actuó en el rol de abogado venga a decidir el conflicto. En este tipo de situaciones existe el riesgo objetivo que el árbitro se deje llevar por el amor propio, manteniendo en la sentencia la tesis que con anterioridad defendió para su cliente. Esta inhabilitación evita que el árbitro favorezca a la parte a la que ha prestado asesoría⁵⁹.

La redacción de la causal se presenta restringida para la realidad de la justicia arbitral, ya que se podría llegar al absurdo que el árbitro no haya sido abogado o apoderado en el tema objeto del actual juicio, pero sí en otros asuntos pendientes diversos, situación que evidentemente compromete su independencia e imparcialidad⁶⁰.

De igual forma, en la correcta interpretación de la causal para el arbitraje se deben considerar seriamente las dificultades que surgen con la asesoría que prestan los estudios jurídicos. En efecto, podría ocurrir que el árbitro nominado no le sea literalmente aplicable esta causal, por no estar participando actualmente en el asunto, pero sí podría estar vinculado otro profesional del estudio jurídico al que pertenece o tiene alguna relación con el árbitro.

⁵⁸ En la transcripción de las normas legales que se citan a continuación hemos cambiado la expresión juez por árbitro, para una lectura más acorde a los fines de este trabajo.

⁵⁹ Se ha fallado que "es nula la sentencia pronunciada con la concurrencia de un abogado integrante que patrocinó a una de las partes en el juicio y que, como tal, asistió a una sesión de la prueba en la causa". (CS. 14 de agosto de 1947, RDJ, t. XLV secc. 1°, p. 158).

⁶⁰ En el derecho comparado no se admite el matiz de temporalidad que hace el COT; basta haber sido defensor o representante de las partes para configurar la inhabilitación.

Un problema habitual de interpretación de esta causal surge de las autodesignaciones que como compromisario suelen incorporar algunos abogado al momento de participar profesionalmente en la redacción de un contrato, como asesor de alguna de las partes. Es frecuente que en ese minuto no se cuestione tal intervención, ya que la posibilidad de un conflicto se ve como algo remoto. Este tipo de prácticas contractuales se ve amparada por la rigidez del artículo 243 del COT, que dispone que “los árbitros nombrados por las partes no pueden ser inhabilitados sino por causas de implicancia o recusación que haya sobrevenido a su nombramiento, o que se ignoraban al pactar el compromiso”.

En nuestra opinión, debe considerarse como causal de la inhabilidad la actuación profesional del árbitro como redactor del contrato. A nuestro entender allí surge una situación de prejujuamiento que compromete anticipadamente la decisión final. No se aprecia, por ejemplo, cómo podría el árbitro declarar la ineficacia jurídica de un contrato que redactó por encargo profesional, y cuyo defecto se debe a su poco rigor profesional (v.gr. cuantificar la existencia de una lesión enorme, constatar la capacidad de las partes, obtener la autorización judicial para un incapaz, etc.).

Un intento por superar este grave desequilibrio se aprecia en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 3 de julio de 1995: aunque la recurrente no lo alegó formalmente, la sentencia de protección estimó que se infringía la garantía del debido proceso, por el hecho que el arbitrador que conoció del juicio había actuado como redactor del contrato, actuando como abogado de una de las partes. Sin embargo, dicha decisión fue revocada por la Corte Suprema, al entender que existía una incorrecta utilización de la acción constitucional de protección⁶¹.

6.2 El prejujuamiento del árbitro

El prejujuamiento del árbitro configura una causal de inhabilidad, que en el COT se recoge como una implicancia, en los siguientes términos: Haber el juez árbitro manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia (art. 195 N° 8).

Es importante considerar que en materia de juicios arbitrales no son infrecuentes los acercamientos que el árbitro va realizando entre las partes, a través de diversas audiencias. Para que evitar que en dichas actuaciones se configure esta causal, la intervención del árbitro se debe dar dentro de una audiencia de conciliación, puesto que en tal caso las opiniones que emita no le inhabilitan, en virtud de lo dispuesto en el artículo 263 del CPC.

En la interpretación de esta causal surge la duda si las sentencias anteriores, que pudiera haber pronunciado el árbitro sobre un tema idéntico, pueden considerarse dentro de este motivo de inhabilitación. A nuestro juicio esta cuestión habrá que apreciarla prudencialmente, determinando el grado de prejujuamiento que puede existir en la decisión anterior⁶².

La jurisprudencia ha sido bastante restrictiva en este tema. La Corte Suprema resolvió que: “la circunstancia de que el árbitro que intervino en la redacción del contrato de arrendamiento celebrado entre las partes, no significa en modo alguno que haya manifestado en forma determinada su dictamen sobre la cuestión pendiente, con conocimiento de ella”⁶³.

⁶¹ Cfr. *Fallos del Mes*, N° 441, 1995, pp. 952-960.

⁶² Comentando esta misma duda en relación a la judicatura ordinaria, Montero Aroca advierte que “el dictamen no puede referirse a haber expresado una opinión doctrinal sobre una cuestión jurídica generalmente por medio de una publicación, ni tampoco a haber dictado sentencia en otro proceso en el que se hubiera suscitado la misma cuestión jurídica. La causa de abstención y de recusación atiende a haber emitido dictamen u opinión como letrado respecto de la cuestión fáctica o jurídica suscitado precisamente en un proceso determinado”. MONTERO AROCA, Juan, *Sobre la imparcialidad...*, ob. cit. pp. 234-235; en igual orientación, cfr. ARIAS DOMÍNGUEZ, ob. cit. p. 126.

En nuestra jurisprudencia, antiguos fallos han resuelto que: “no es causal de recusación el haber fallado el juez de la causa un pleito análogo” (*Gaceta* 1878, Sent. N° 2939; en igual sentido, *Gaceta* 1897 Sent. 799 y *Gaceta* 1896, Sent. N° 4981).

⁶³ *Fallos del Mes*, N° 401, 1992, pp. 98-100.

También admite la inhabilidad por prejuzgamiento el artículo 196 N° 10 del COT, al contemplar la siguiente causal de recusación: “Haber el árbitro manifestado de cualquier modo su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella”.

Se trata de una situación que puede surgir antes que el árbitro tenga todos los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia. Para su configuración basta que el árbitro haya dado su opinión o anticipado el juicio que se formó sobre una cosa o materia.

Dentro de esta causal se deben contemplar los informes en derecho que el árbitro haya emitido sobre el tema, en cuanto signifiquen anticipar un pronunciamiento sobre el tema debatido. En la práctica, podría ocurrir que tales informes se encarguen por alguno de los futuros litigantes en el arbitraje, convirtiéndose la opinión profesional en un verdadero proyecto de sentencia.

Aunque no se refiera directamente al tema, avala la interpretación que se propone una sentencia de la Corte Suprema, de 9 de octubre de 1959, que aceptó la inhabilitación por la anticipación de opinión en una cuestión premilinar a un pronunciamiento de fondo; concretamente, allí se resolvió que “cae dentro de esta causal el juez que en la oportunidad procesal correspondiente se pronunció acerca del discernimiento del reo, y que más tarde concurre con su voto a la dictación de una sentencia condenatoria en su contra”⁶⁴.

La asesoría profesional preparatoria para el litigio que luego se le encarga juzgar como árbitro, también debe ser un motivo que se debe incluir en esta causal del art. 196 N° 10 del COT.

Un antecedente de enorme utilidad en esta labor interpretativa proporciona el Comentario de la *Lei de Organización de los Tribunales*, de don Manuel Egidio Ballesteros. Allí se puntualiza que a instancias del comisionado Tocornal se solicitó como precisión en la causal antes referida la siguiente: “El dictamen se entiende dado con conocimiento de causa aun cuando sea en consulta verbal de algunos de los interesados en el pleito”. Según Ballesteros, “con esta disposición se procuraba evitar que se repitiera el caso que había ocurrido, de que un juez que había absuelto una consulta sobre un juicio, fuera obligado a fallarlo por cuanto no lo había hecho con conocimiento de causa, es decir, después de leer los autos de la material”⁶⁵.

6.3. Interés del árbitro en el objeto del proceso

El objeto del proceso alude a lo que en él se discute, esto es, la materia o la cosa sobre la cual el proceso versa. Dentro de las causales de inhabilidad de los árbitros, en su vinculación con el objeto del proceso, se admite como implicancia: ser el árbitro parte en el pleito o tener en él interés personal, salvo que el juicio diga relación con una sociedad anónima abierta en que el árbitro sea accionista (art. 195 N° 1 del COT).

Esta última excepción de tipo comercial no opera si el árbitro tiene pendiente con alguna de las partes pleito civil o criminal, con su consorte o con algunos de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales, dentro del segundo grado. Tampoco se aplica dicha excepción si el árbitro por sí solo o en conjunto con alguno de sus parientes recién indicados fuere dueño de más del diez por ciento del capital social (art. 196 N° 18 COT).

La prohibición que el árbitro sea parte en el pleito descansa en la necesaria separación que debe existir entre las partes y el juez. Esta situación se funda en el aforismo “nadie puede ser juez en su propia causa” o “nadie puede ser juez y parte” (*nemo iudex in causa propria*), recogido expresamente en el artículo 226 del COT, que impide que puedan ser nombrados árbitros para la resolución de un asunto “las personas que litigan como partes en él”... Se trata de un impedimento que tiene su origen en el Derecho Romano (Digesto, Ley IX, 2).

⁶⁴ CS. 9 de octubre de 1959, RDJ, t. LVI, secc. 4ª, p. 231.

⁶⁵ BALLESTEROS, Manuel E. *La Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales de Chile*, Santiago de Chile: Imprenta Nacional, 1890, T. II, p. 338.

La doctrina coincide en señalar que existe esta inhabilidad cuando el juez (árbitro) sea titular de una relación jurídica material en la que su decisión va a influir directa o indirectamente (V. gr. el árbitro es codeudor solidario de una de las partes; el árbitro es acreedor del demandado, y al admitir la demanda pondrá en riesgo su crédito, etc.)⁶⁶.

7. *Los conflictos de interés en el arbitraje*

Para la correcta interpretación de las causales antes desarrolladas se hace necesario reflexionar sobre los conflictos de interés en materia arbitral. En efecto, no se puede desconocer que en la ejecución de un arbitraje pueden surgir una serie de situaciones que ponen en riesgo la rectitud del árbitro, especialmente en el caso de intereses que provienen de ventajas económicas, materiales o de intereses profesionales que se podrían obtener o amparar torticeramente con el arbitraje.

Aunque la casuística en este punto es prácticamente imposible de abarcar, los problemas más evidentes, a nuestro juicio, son los siguientes:

- a) Un caso manifiesto proviene de los árbitros que ocupan cargos de directores en sociedades anónimas o que participan en la gestión de sociedades de personas, que son competidoras de una o de ambas partes en el arbitraje. En esta hipótesis, el juicio arbitral podría servir de instrumento para beneficiar a la sociedad de la cual el árbitro es director, gestor o asesor, obteniendo información privilegiada acerca de aspectos operativos o financieros de las partes.
- b) Un segundo grupo de dificultades se deriva de los conflictos de interés por la pertenencia del árbitro a una sociedad profesional o estudio jurídico. Es un hecho notorio que en los últimos decenios en el desempeño de la abogacía han proliferado formas de organización que pueden incidir en el correcto desempeño del arbitraje.

Parece razonable que se solicite la inhabilitación del árbitro, por tener interés personal en el pleito, si dicha situación se vincula con el estudio jurídico al que pertenece de alguna forma el árbitro. Esta inhabilitación se dará cuando el árbitro sea portador de un interés profesional que resulte incompatible con la función de decidir el caso concreto que se somete a su juzgamiento. Tales conflictos surgirán, por ejemplo, cuando su actuación implique la defensa de un interés económico que como socio o miembro de un estudio está defendiendo directa o indirectamente, en el arbitraje. Es indudable que la forma de sentenciar un conflicto en algunos casos puede estar encaminado a sentar un determinado precedente con fines ajenos al arbitraje⁶⁷.

En un caso concreto, si cierta persona natural o jurídica utiliza los servicios profesionales de un determinado estudio jurídico, es obvio que si se designa a uno de sus abogados como árbitro, de alguna forma queda comprometida la continuidad de la relación profesional corporativa. No sería extraño que el pronunciamiento de un laudo desfavorable determine el cese las prestaciones profesionales encargadas en algún momento. Ahora, si la relación profesional constituye la principal fuente de ingresos del estudio profesional, no es temerario pensar que en el arbitraje está en juego ni más ni menos que la estabilidad patrimonial de la oficina a la que pertenece el compromisario designado.

Es inconcuso que el abogado que es nominado como árbitro para resolver un determinado tema, en el que su oficina tiene interés, hace surgir un derecho crédito para su sociedad, que lo inhabilita para desempeñar el cargo por riesgo de parcialidad; el abogado asociado a una

⁶⁶ Por todos, cfr. MONTERO AROCA, Juan, *Sobre la imparcialidad del Juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, ob. cit. p. 232.

⁶⁷ Esta situación que se vislumbra para una oficina de abogados no es del todo ajena a nuestra regulación legal, que recoge expresamente el mismo principio en materia de parientes.

oficina, aunque no sea socio, no está emocionalmente apto para actuar con la ecuanimidad y ponderación que requiere el juicio jurisdiccional. Es difícil concebir cómo podría fallar contra los intereses del estudio jurídico al que pertenece, sin arriesgar su permanencia en esa oficina. Este tipo de conflictos deben proyectarse a las denominadas “comunidades de techo”, que es una forma asociativa de menor compromiso, pero que también puede originar problemas de falta de independencia e imparcialidad para los árbitros.

Como se puede apreciar de todo lo anterior, la existencia de conflictos de interés entre el árbitro y su estudio jurídico lleva aparejado el peligro de utilizar el arbitraje con la finalidad de satisfacer un tema extraarbitral, en perjuicio de una de las partes (V. gr. obtención de clientela, facilitar una determinada operación comercial que depende del contenido del laudo, obtener ventajas para un competidor de las partes en el arbitraje, etc.).

Aunque nadie ponga en duda que la independencia del árbitro no se debería ver mermada, ni siquiera en el caso que su vínculo con el estudio jurídico sea el contrato de trabajo⁶⁸, es inconcuso que en la práctica surgen dificultades.

Recapitulando: la interpretación de la causal relativa a tener interés, en el arbitraje no puede quedarse en una simple lectura del tenor literal de la norma. Es obligatorio, para su recta aplicación, considerar —en sentido lato— los intereses generados por la actividad profesional del árbitro. Es un error exegético cuantificar la inhabilidad de un árbitro partiendo de la errada base que su actividad es similar a la del juez ordinario, sin advertir que las prohibiciones e inhabilidades de este último no se aplican con todo vigor en el campo arbitral, sobre todo cuando el árbitro ejerce su actividad profesional a través de alguna forma asociativa (estudio jurídico, comunidad de techo, sociedad profesional, etc.).

En el fondo, la interpretación extensiva a esta causal de recusación en materia arbitral busca conseguir el ideal, que en palabras de Roca Aymar se resume en lo que sigue: “el árbitro debe tener un alto grado de integridad intelectual, ética y moral. Su deber, semejante al del juez, le obliga a evitar relaciones comerciales, familiares o personales que pueden afectar su imparcialidad, o que parezca razonablemente que dejará de ser objetivo”⁶⁹.

8. *El problema de la recusación por motivo ideológico*

Otro tema vinculado con el objeto de esta investigación dice relación con una posible inhabilitación del árbitro por motivos ideológicos. El problema también tiene su causa en la circunstancia que a los árbitros no se les aplican las prohibiciones, que rigen para los jueces, en torno a la abstención de participar en la política contingente.

Aunque el tema supera el objetivo de este trabajo, no se puede dejar de mencionar que existe esta dificultad. En ningún caso es una cuestión fácil de resolver, puesto que la naturaleza accidental de los árbitros debe llevar a descartar, por excesiva e injustificada, que se les puede aplicar las limitaciones que en este orden rigen para los miembros del Poder Judicial. Aclarado lo anterior, se debe reconocer que es perfectamente posible que un compromisario pierda la imparcialidad o le falte la independencia, por causa de la propia ideología en la que milita.

Para reconocer que la dificultad existe, basta considerar qué pensarían sobre la imparcialidad la parte y su abogado de nacionalidad judía, cuando deben constituir un arbitraje frente a un compromisario que ostenta su admiración por el régimen de Hitler; incluso más, a su espalda tiene en su despacho una foto de líder nacionalsocialista.

⁶⁸ El profesional nunca quedará liberado de las normas éticas propias de su profesión, que se deben mirar como parte integrante de la relación laboral, pero en esta materia de lo que se trata es de evitar situaciones de riesgo objetivo. (Sobre la naturaleza jurídica de los servicios profesionales de la abogada cfr. SERRA RODRÍGUEZ, Adela, *La relación de servicios del abogado*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999, especialmente pp. 61-195).

⁶⁹ ROCA AYMAR, José Luis, *El arbitraje en la contratación internacional*, Madrid: Esic, 1994, p. 104.

En la doctrina italiana, cuyo derecho positivo admite la participación política de los jueces, se ha planteado este problema. En un trabajo de Romboli se concluye que no se debe aceptar una recusación por motivos ideológicos, básicamente por lo siguiente: a) se está dejando a otro juez calificar la cuestión, imponiendo en definitiva su convicción; b) por el necesario pluralismo que debe existir en un Poder Judicial democrático; c) los derechos a tener ideales políticos caen dentro de la libertad de conciencia que garantizan las constituciones⁷⁰.

Aunque no exista contemplada en nuestro ordenamiento una causal de inhabilitación por motivo ideológico, el tema se puede controlar indirectamente por la vía del ejercicio de los medios de impugnación, que corrijan las injusticias que el cegamiento ideológico le llevó al árbitro a fallar en un determinado sentido.

V. ASPECTOS PROCEDIMENTALES Y CONSECUENCIAS DE LA INHABILITACIÓN

1. *La solicitud de inhabilitación*

La inhabilitación de los árbitros por implicancia o recusación está regulada como un incidente especial en el Código de Procedimiento Civil, título XII, Libro I, arts. 113 al 128.

Como se ha explicado, la inhabilitación se debe solicitar invocando alguna causal legal que haya sobrevenido al nombramiento del árbitro, o que se ignoraban al pactar el compromiso.

El sujeto legitimado es la parte que figura en la causa y que esté afectada por la situación de inhabilitación.

El momento para solicitarla la determina el artículo 114 del CPC. "La declaración de implicancia o de recusación cuando haya de fundarse en causa legal, deberá pedirse antes de toda gestión que atañe al fondo del negocio, o antes de que comience a actuar la persona contra quien se dirige, siempre que la causal exista ya y sea conocida de la parte"⁷¹.

"Si la causa es posterior o no ha llegado a conocimiento de la parte, deberá ponerla tan pronto como tenga noticia de ella. No justificándose esta última circunstancia, será desechada la solicitud, a menos que se trate de una implicancia (...)".

En cuanto al tribunal competente, el artículo 204 del COT, prescribe que la recusación de un árbitro será conocida por el juez del lugar donde se sigue el juicio. Se deberá intentar una vez que el árbitro haya aceptado y jurado el cargo, no siendo necesario que estén las partes citadas al primer comparendo.

En cambio, de la implicancia conoce el mismo árbitro si actúa como tribunal unipersonal (art. 202 COT). Si se trata de un tribunal arbitral colegiado la implicancia será resuelta con exclusión del miembro o miembros de cuya implicancia se trata (art. 203 COT).

La solución legislativa dada para la recusación nos parece correcta, ya que parece lógico que no sea el propio árbitro el que califique su propia situación. A esta opción se llega reconociendo que la circunstancia que la función del árbitro sea remunerada, puede hacer surgir en él un notorio interés en la mantención del juicio arbitral. No es una exageración sostener que el estipendio puede, en más de alguna ocasión, arrastrar al compromisario a "defender su arbitraje".

⁷⁰ Cfr. ROMBOLI, Roberto, "L'interesse político come motivo di ricasazione", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova: Cedam, 1982, vol., XXXVII, pp. 454-480; otro aporte, cfr. LACASTA ZABALA, José, "Decisión judicial e incidente de recusación por motivos ideológicos", en *Anuario de Filosofía*, Madrid, 1984, T. I, pp. 109-127.

⁷¹ La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 15 de septiembre de 1998, resolvió que no existe este límite temporal para la inhabilitación de los árbitros nombrados en un contrato de adhesión, regido por la Ley de Protección al Consumidor (RDJ, t. 95, secc. 2º, p. 67).

Como un mecanismo alternativo y más simplificado que el sistema antes descrito, la parte afectada por una inhabilidad pueden intentar la “recusación amistosa”, prevista en el art. 124 del CPC, de la siguiente forma: “Antes de pedir la recusación de un juez al tribunal que debe conocer del incidente, podrá el recusante ocurrir al mismo recusado, si funciona solo, o al tribunal de que forme parte, exponiéndole la causa en que la recusación se funda y pidiéndole la declare sin más trámite”⁷².

Esta modalidad simplificada no constituye una vía de escape para que el árbitro quiera cesar en sus funciones, atendido que el sistema de inhabilitación descansa en la existencia de causal legal y tasada. En este sentido, se ha resuelto que los jueces que aceptan la recusación basada en un hecho que no constituye una causal legal, incurren en una falta que debe ser enmendada por la vía de la queja⁷³.

2. Efectos de la inhabilitación

El efecto normal de la recusación y de la implicancia, si prosperan, es la separación del juez recusado o implicado del conocimiento del litigio. El artículo 194 del COT establece, como consecuencia de la admisión de una inhabilidad, la pérdida de la competencia del juzgador⁷⁴.

La ley guarda completo silencio sobre el efecto que tiene en los juicios arbitrales esta declaración de incompetencia. Este problema no se presenta en el caso que la pérdida de competencia se dé en un juez ordinario, ya que operan las normas sobre subrogación previstas por la ley, donde se sustituye a un juez por otro del mismo grado, que dé continuidad a la actividad jurisdiccional (art. 121 CPC).

En cambio, si el inhabilitado es un árbitro no existe otro juez competente, a menos que las partes hubieren previsto en la cláusula arbitral una solución para este tema, designando al sustituto. Por este mismo motivo se debe mirar esta situación como una causal de término del arbitraje.

Un tema conexo con lo anterior es la suerte del procedimiento seguido ante el árbitro que cesa en su cargo por implicancia o recusación. Nuestro legislador tampoco solucionó expresamente este relevante tema. Frente a la imprevisión contractual de las partes debería entenderse que el nuevo árbitro constituye un arbitraje distinto, que debe comenzar con un nuevo procedimiento. Pensamos que esta es la solución más adecuada para una inhabilitación por falta de imparcialidad arbitral, ya que de alguna manera podrían haberse contaminado las actuaciones del árbitro legalmente cesado en su cargo, salvo que las partes acuerden otra cosa.

El vacío legal está suplido en el ámbito del arbitraje institucional, en los reglamentos de arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago y del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno Norteamericana de Comercio, AmCham, que contemplan normas sobre el reemplazo o sustitución del árbitro y la práctica de nuevas diligencias⁷⁵.

3. El control por la vía disciplinaria

En el control de las garantías de imparcialidad e independencia, no se puede dejar de mencionar el campo de acción que se puede obtener por la vía del ejercicio de la jurisdicción disciplinaria.

⁷² Se ha resuelto que la recusación amistosa no constituye un incidente. (CS. 4 de junio de 1940, RDJ, t. XXXVIII, secc. 1ª, p. 101).

⁷³ CS. 16 de julio de 1936, RDJ, t. XXXIII, secc. 1ª, p. 395.

⁷⁴ En el derecho histórico la causal de recusación (en sentido lato) daba lugar a otras soluciones, como era designar a un juez accidental que concurriera a la decisión.

⁷⁵ Cfr. respectivamente arts. 11 (Cámara de Comercio), 12 y 13 (AMCHAM).

La Corte Suprema, en ejercicio de la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica, ha aplicado sanciones a los árbitros; un reciente caso se dio con un árbitro que siguió conociendo de un proceso una vez expirado el cargo. Acogiendo la queja, en virtud de lo dispuesto en el artículo 540 del COT, nuestro máximo Tribunal le impuso una medida disciplinaria de amonestación privada, instruyendo al árbitro de abstenerse de toda actividad jurisdiccional, con la declaración de ineficacia para todos los actos que desplegó con posterioridad al vencimiento de dicho término⁷⁶. Aunque la sentencia referida no dice relación directamente con un tema de falta de independencia o de imparcialidad, es lógico estimar que por esta vía se pueden controlar también el correcto funcionamiento de las garantías que nos ocupan.

La posibilidad de ejercer contra los árbitros la jurisdicción disciplinaria no puede significar una completa homologación con la judicatura ordinaria o especial, ya que existen límites intrínsecos que provienen de la naturaleza accidental del arbitraje. En efecto, la jurisdicción disciplinaria, en la estructura del Poder Judicial, está prevista como un instrumento de corrección, que solo puede actuar cuando los jueces no cumplen sus obligaciones como funcionarios. Dicho de otra forma, "la responsabilidad personal del Juez nace asociada a un sistema de carrera judicial, como principal mecanismo de control de contrapeso a la independencia y a la inamovilidad"⁷⁷. Como los árbitros no tiene los deberes inherentes a la función del juez (asistencia, residencia, abstención política, etc.), el sentido natural de la potestad disciplinaria no les puede alcanzar, pero sí podría extenderse al examen de la imparcialidad e independencia en el desempeño arbitral⁷⁸.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1º) Nos parece que en el sistema de inhabilitación de los árbitros el legislador no puso todo el énfasis necesario para asegurar la independencia e imparcialidad. El sistema de causal legal y taxativa ha favorecido una interpretación jurisprudencial restrictiva, que en ocasiones no es acorde con la naturaleza del arbitraje y los posibles conflictos de interés que atentan contra la independencia e imparcialidad, provenientes de las nuevas formas de ejercicio profesional de la abogacía.

2º) Dentro de las medidas que se debieran adoptar para perfeccionar el sistema arbitral chileno, está la incorporación de una declaración escrita sobre la independencia e imparcialidad, antes que el árbitro acepte el cargo. En este acto el árbitro debería otorgar a las partes toda la información necesaria que asegure su neutralidad. Si se procede de esta forma será la voluntad de las partes la que en definitiva decidirá si el árbitro les merece o no la confianza necesaria para decidir el conflicto; dejar este tema, como ocurre hoy, en el

⁷⁶ CS. 19 de abril de 2001, AD 16.831, recurso de queja deducido contra Rosa Bobenrieth A.

Aunque los árbitros no tienen una "hoja de servicios", donde se puedan registrar las sanciones que se adopten en su contra, la Corte Suprema ha dado una interpretación extensiva al art. 552 del COT, con el objeto de lograr algún efecto en el arbitraje. En tal sentido, en la queja de la referencia se ordenó comunicar a las Cortes de Apelaciones la aplicación de una medida disciplinaria adoptada contra el árbitro, con el objeto que ellas la comuniquen a los juzgados civiles de su respectivo territorio jurisdiccional. (El artículo 552 del COT establece: "las resoluciones que impongan una medida disciplinaria, tan pronto como queden ejecutoriadas, deberán ser transcritas al Ministerio de Justicia, a la Corte Suprema y a las Cortes de Apelaciones").

⁷⁷ GONZÁLEZ GRANDA, Piedad, *Independencia del juez y control de su actividad*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1993, p. 170.

⁷⁸ A nuestro entender, el único campo de acción que parece viable en el ejercicio de esta potestad es aplicar al árbitro una amonestación privada, una censura por escrito o el pago de una multa (art. 537 COT). No resulta claro que la Corte Suprema o una Corte de Apelaciones puedan ordenar la suspensión de funciones del árbitro ni que se pueda incoar un juicio de remoción contra un árbitro, ya que tales medidas son propias de los funcionarios de carrera.

fuero interno del árbitro no ofrece las garantías procesales que un ámbito tan sensible como el arbitraje demanda. Solo a nivel del arbitraje institucional se encuentra consagrado este derecho.

3º) En todo caso, el reforzamiento del derecho a la recusación no puede permitir que se dilate abusivamente la constitución ni el funcionamiento del arbitraje. En este sentido se debe reglamentar el reemplazo o sustitución de los árbitros y los efectos de los actos del procedimiento efectuados por el compromisario que es inhabilitado.