



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Comercial

Arbitraje Concursal

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales.

José Tomás Baeza Rebolledo

Profesor guía: Patricio Jamarne Banduc

Santiago de Chile

2023

*Para mis tremendos padres; y, en especial, para mi hermano
Martín.*

Índice

<i>Introducción</i>	6
<i>Capítulo I: El Arbitraje interno en Chile</i>	8
I.1. Historia	8
I.2. Naturaleza jurídica del arbitraje	14
I.2.1. Tesis Contractualista	14
I.2.2. Tesis Jurisdiccionalista	16
I.2.3. Tesis Mixta	17
I.2.4. Tesis Autónoma	18
I.2.5. Postura del autor.....	19
I.3. Clases de árbitros	22
I.3.1. Árbitros de Derecho	22
I.3.2. Árbitro arbitrador o amigable componedor	23
I.3.3. Árbitro mixto	25
I.4. Clases de arbitraje	25
I.4.1. Arbitraje prohibido.....	26
I.4.2. Arbitraje forzoso	27
I.4.3. Arbitraje voluntario	29
I.4.3.1. Acuerdo de arbitraje	30
I.5. Quiénes pueden ser árbitros	32
I.5.1. Requisitos de capacidad	32
I.5.2. Prohibiciones e inhabilidades	36
I.5.3. Mecanismos para reclamar de la incapacidad/inhabilidad y posibles sanciones	37
I.5.4. Implicancias y recusaciones en el arbitraje	39
I.6. Nombramiento e instalación del tribunal arbitral	41
I.6.1. Nombramiento	42
I.6.1.1. Nombramiento por las partes	42
I.6.1.2. Nombramiento por la Justicia ordinaria	43
I.6.2. Aceptación	48

I.6.3. Juramento.....	51
I.7. Resoluciones del árbitro	53
I.7.1. Naturaleza	53
I.7.2. Efectos	55
I.8. Recurribilidad de las resoluciones arbitrales.....	56
I.8.1. Recurso de apelación.....	57
I.8.2. Recurso de queja	59
I.9. Arbitraje institucional	61
<i>Capítulo II: Situación histórica del Arbitraje Concursal en Chile</i>	<i>65</i>
II.1. Ley N.º 20.073.....	65
II.1.1. Cláusula arbitral en convenios judiciales preventivos	67
II.1.2. Proposiciones de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros	69
II.1.2.1. Designación del árbitro	70
II.1.2.2. Carácter del árbitro.....	71
II.1.2.3. Competencia del árbitro	72
II.1.2.4. Posibilidad de someter a arbitraje las proposiciones de convenio de cualquier deudor.....	73
II.1.3. Facultades especiales del árbitro	73
<i>Capítulo III: Arbitraje en la Ley N.º 20.720.....</i>	<i>76</i>
III.1. Arbitraje Concursal.....	76
III.2. Trasfondo de la regulación	78
III.3. Árbitros concursales	80
III.4. Naturaleza del arbitraje	82
III.5. Facultades especiales del árbitro	84
III.5.1. Medios de prueba.....	84
III.5.2. Iniciativa probatoria del árbitro	87
III.5.3. Sistema de apreciación de la prueba	90

III.5.3.1 Marco de análisis	91
III.5.3.2 Deber de fundamentación	93
III.6. Formas de constitución del arbitraje	95
III.6.1 Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial	95
III.6.1.1 Acuerdo de reorganización judicial alzatorio	99
III.6.1.2. Acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado	102
III.1.6.2. Procedimiento Concursal de Liquidación	103
III.1.6.2.1 Unilateralidad del sometimiento a arbitraje	105
III.7. Competencia del árbitro concursal	106
III.8. Ejemplificación de materias posibles de conocer/no conocer por el árbitro concursal.....	110
III.8.1. En el Procedimiento Concursal de Reorganización judicial	110
III.8.1.1. Declaración de postergación de pago por infracción a la protección financiera concursal.....	110
III.8.1.2. No presentación de la propuesta de acuerdo de reorganización judicial	111
III.8.1.3. Audiencia sobre la determinación de honorarios del veedor.	112
III.8.1.4. Prórroga de la Protección Financiera Concursal	112
III.8.1.5. Determinación del pasivo	114
III.8.1.6. Retiro de la propuesta de acuerdo.....	116
III.8.1.7. Ausencia del deudor en la junta de acreedores llamada a pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo de reorganización judicial	117
III.8.1.8. Impugnación del acuerdo de reorganización judicial	117
III.8.1.9. Autenticación del acuerdo	119
III.8.1.10. Nulidad e incumplimiento del acuerdo	120
III.8.1.11. Declaración de un bien como no esencial para la continuidad de giro de la empresa deudora. Acción subrogatoria y de reembolso.....	122
III.8.2. En el Procedimiento Concursal de Liquidación.....	123
III.8.2.1. Medidas conservativas	124
III.8.2.2. Resolución de controversias entre partes	124
III.8.2.3. Determinación de cuota de frutos de bienes en caso de usufructo legal.....	125
III.8.2.4 Acumulación de juicios.....	125

III.8.2.5. Determinación del pasivo	129
III.8.2.6. Audiencia de determinación del derecho a voto.....	131
III.8.2.7. Solicitud de citación a junta extraordinaria de acreedores	131
III.8.2.8. Objeciones a las bases de remate en la realización simplificada.....	131
III.8.2.9. Solicitud de rectificación del valor asignado a los bienes hipotecados, prendados o retenidos, en la venta como unidad económica; además de formalidades de aquella	132
III.8.2.10. Gastos de conservación, custodia y/o bodegaje de bienes objeto de leasing	132
III.8.2.11. Reparto de fondos	132
III.8.2.12. Cuenta final de administración y término del procedimiento	133
III.8.2.13. Acciones revocatorias concursales	135
III.9. Cláusula arbitral en acuerdos de reorganización	136
 <i>Capítulo IV: Aplicación del Arbitraje Concursal.....</i>	<i>139</i>
IV.1. Causas de la inutilización del arbitraje concursal	141
IV.2. Ventajas de la utilización del arbitraje concursal.....	146
 <i>Capítulo V: Arbitraje y Concurso en el Derecho Comparado.....</i>	<i>152</i>
V.1. Antecedentes	152
V.2. Argentina.....	152
V.3. Perú.....	153
V.4. España.....	154
V.5. Uruguay	155
V.6. Brasil.....	156
V.7. México	157
 <i>Conclusiones</i>	<i>158</i>
 <i>Bibliografía</i>	<i>166</i>

Introducción

Desde antiguo el arbitraje ha sido un método de solución de conflictos entre las personas, entendido por algunos como un mecanismo “alternativo” o, mejor dicho, “adecuado”, de resolución de conflictos. Para decir verdad, se podría señalar que en ciertos casos pareciera serlo, como cuando la ley faculta a las partes para acudir a él; pero, en otros casos, en que la ley obliga someter ciertas materias al mismo, nada tiene de las características antes señaladas. Lo anterior nos llevará a referirnos a la naturaleza jurídica de la institución arbitral misma, relacionándola con la jurisdicción estatal, a la luz de nuestra antigua legislación y los desarrollos doctrinarios acerca de aquello.

Compete en este trabajo referirse a un arbitraje especial, calificado por la materia: el **arbitraje concursal**, esto es, el que puede tener lugar en los procedimientos concursales de liquidación y reorganización. Digo “puede”, porque se trata de una de las hipótesis de arbitraje facultativo establecidas por el legislador; lo es, cree quien escribe, por la naturaleza de la materia objeto del mismo, en que se ve envuelto el orden público económico, principalmente por la importancia de la misma para el sistema del crédito en general. Por lo demás, por la razón anterior es que, a pesar de poder someterse estos procesos a arbitraje, la apertura de los mismos, es decir, la dictación de la correspondiente resolución de liquidación o reorganización en su caso, queda entregada a los tribunales ordinarios de justicia; esta circunstancia será de vital importancia para poder comprender la institución en particular, especialmente el cómo creemos que la comprendió el legislador.

Por otra parte, haremos mención a ciertos casos en que el arbitraje tiene relaciones con la ley N.º 20.720, pero no como arbitraje concursal propiamente tal, que es el objeto de este escrito, sino que en la acumulación de juicios como reflejo de la llamada *vis atractiva* del proceso concursal y en la cláusula compromisoria que se puede pactar en los acuerdos de reorganización.

Cabrá además plantearse, qué llevó al legislador a instituir el arbitraje como una forma de encauzar los procedimientos concursales. Para esto, será necesario remitirse antes a la regulación que tuvo el mismo en la antigua ley de quiebras, como un antecedente inmediato

de la actual legislación. En relación con lo anterior, veremos cómo en este punto la ley abre mayores espacios de libertad en relación con la materia y nos preocuparemos de abordar el motivo de aquello; por ejemplo, refiriéndose al gran poder que se les entrega a los acreedores en el procedimiento concursal de liquidación, para que ellos decidan, soberanamente, en la junta constitutiva o una posterior, someter el proceso a arbitraje, lo que conlleva considerarlos como los verdaderos “dueños” del proceso.

De una importancia trascendental será el preguntarnos qué tan útil ha sido este mecanismo hasta la fecha, para lo que consultaremos acerca de esto por los canales institucionales establecidos. Sin embargo, parece ser que la institución, al día de hoy, ha cobrado nula trascendencia; por lo mismo trataremos de encontrar las causas de esta situación y realizar un análisis de sus ventajas y desventajas.

Para ir finalizando, nos adentraremos en el derecho comparado con el objeto de averiguar si el arbitraje concursal propiamente tal se encuentra incorporado en la legislación concursal de otros países, o si solo son referencias al arbitraje en general, pero no como forma de encuadrar los procedimientos concursales propiamente tales.

En consecuencia, el objetivo de este estudio será obtener una visión de la institución del arbitraje en general, su regulación legal vigente en nuestro país, los principios que la orientan, del arbitraje en la antigua ley de quiebras, del nuevo arbitraje concursal, de la aplicación práctica de este último, del estado de la cuestión en otras latitudes, entre otras materias.

Con este marco, podremos llegar a diversas conclusiones, las cuales vendrán a ser no un resumen de todo lo que señalemos en el cuerpo de este escrito; sino que, mediante una mirada práctica, se indicarán y desarrollarán brevemente, ciertas perspectivas de cambio que consideramos necesarias de tener en consideración para poder proyectar la institución estudiada, so pena de consolidarse como letra muerta en nuestra ley concursal.

Capítulo I: El Arbitraje interno en Chile

I.1. Historia

Corresponde en este punto referirse a la historia del instituto arbitral en nuestro territorio, para lo que consideraremos como punto de partida únicamente la vida independiente de nuestro país, dejando de lado, por tanto, la situación colonial.

En los albores de la república, muchos de quienes fueron ideólogos de la independencia, estaban fuertemente influenciados por las ideas de la revolución francesa, la que ocurrió solo 31 años antes, por lo que sus postulados estaban aún muy latentes. En Francia, a fines del siglo XVIII, se consideraba al arbitraje como un medio de solución de conflictos muy efectivo, mirándolo principalmente desde la noción de libertad y el sentido republicano. En este sentido, Jean Robert señala que, *“la revolución gustaba de este modo de justicia al margen de los poderes constituidos, en reacción a los abusos de algunas justicias reales. Así, en ese momento se vivió un florecimiento de disposiciones legales favorables al arbitraje haciéndolo obligatorio en infinidad de materias. El artículo 1º del decreto del 16-24 de agosto de 1790 lo demuestra: El arbitraje es el medio más razonable de terminar los litigios entre ciudadanos, los legisladores no podrán expedir disposiciones que tiendan a disminuir las ventajas y eficacia del compromiso”*.¹ Cabe mencionar que la última regla fue elevada al carácter de constitucional, en el artículo 159 de la Constitución Francesa de 1791.

Ahora bien, el razonamiento citado precedentemente puede ser enlazado con la realidad nacional. A este respecto, don Patricio Aylwin señala, *“fue así como entre las grandes reformas patrocinadas por el Congreso Nacional en los meses de septiembre y octubre de 1811, se contó un acuerdo para pedir al Tribunal Supremo, de reciente creación, que propusiera los reglamentos necesarios para implantar entre nosotros los tribunales de arbitraje encargados de arreglar amistosamente los litigios antes de recurrir a los tribunales, para evitar con soluciones de prudencia y equidad los largos pleitos que*

¹ Jean Robert, *L'arbitrage*, 5ª edición (París: Dalloz, 1983), 323.

devoraban las fortunas y envenenaban la vida colonial. Don Augusto Orrego Luco observa que nuestros hábitos y el interés de los que medraban en esos pleitos hicieron fracasar tales propósitos”². Se puede desprender de lo anterior, que se entendía al arbitraje no como un sistema de solución de conflictos paralelo a la jurisdicción estatal, sino que, más bien, como amigables componedores, por la razón de que debían resolver “amistosamente” y de acuerdo a su prudencia y la equidad. Así las cosas, la institución del arbitraje no contaba con un grado de desarrollo como el actual, pues enfatizaba sólo en la faceta “conciliadora” de esta especie de árbitros.

Posteriormente, tras el surgimiento de nuestras primeras Constituciones, algunos creen encontrar el origen del arbitraje en nuestro país, principalmente mediante la figura de los llamados “jueces de paz”, muy similar a lo señalado en el párrafo anterior.

Así, por ejemplo, en la Constitución de 1818, que rigió hasta el 30 de octubre de 1822, en el artículo 25, del capítulo tercero, del título quinto, se establecía que, “*deberá establecerse un juzgado de paz, y en el ínterin lo será todo juez de primera instancia, que antes de darle curso, llamará a las partes, y tratará de reducirlas a una transacción, o compromiso extrajudicial; y poniéndose constancia de no haber tenido efecto esta diligencia, sólo correrá la demanda*”. Como podemos ver, aquí incluso se mezclan otras figuras que, más bien, constituyen métodos autocompositivos bilaterales de solución de conflictos, como lo es la transacción. Por su parte, consideramos que, con “compromiso extrajudicial”, la norma se refiere a algo análogo; es por ello que, a juicio de quien escribe, no podemos encontrar aquí el origen del arbitraje propiamente tal, porque se está refiriendo a otros mecanismos, considerando a este “juez de paz” más bien como un tercero que trata de conciliar a las partes, más no como un árbitro. Por su parte, la Constitución de 1822 mantiene la figura de los jueces de paz.

Poco tiempo después, la Constitución de 1823, seguiría un camino de principios muy similares al anterior, a pesar de derogar la figura de los jueces de paz, para establecer a los llamados “jueces de conciliación”, en sus artículos 167 a 175, inclusive. El artículo 167

² Patricio Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 5.^a ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 73.

establecía que, *“ninguno puede presentarse a los Tribunales ordinarios con demanda judicial, sin haber ocurrido a los de conciliación”*; en este sentido, el principio es el mismo, actúan como una especie de ante juicio o pre instancia. Luego, el artículo 168 establecía, *“debe llamarse a conciliación toda demanda civil, y las criminales que admitan transacción sin perjuicio de la causa pública. Pueden llamarse también las eclesiásticas sobre derechos personales y acciones civiles”*. Como puede apreciarse, esta norma está fijando el ámbito de competencia de estos jueces, que es más bien amplio, probablemente por el hecho de que la estructura judicial del país en ese momento era aún reducida; además, por razones de eficiencia, convenía que ciertos asuntos pudieran pasar por este “filtro” -algo de esto último podemos ver en el arbitraje hasta el día de hoy-. Estos jueces estaban llamados a la misma función de los jueces de paz, es decir, tratar de encontrar a las partes en ciertos puntos, para poder llegar a un acuerdo extrajudicial; y, en caso de no ser esto posible, señala el artículo 170 en su primera parte que, *“si ambas partes se resisten, se les da un boletín para que ocurran a los Tribunales”*.

Por otra parte, esta Constitución vendría a establecer en su artículo 149 N.º 8, dentro de los asuntos que la Suprema Corte de Justicia conocería en única instancia, que, *“en los negocios contenciosos que puedan ocasionar escandalosas disensiones y ruinas a las familias ó al Estado, puede obligar a las partes á compromisos presenciados por un Ministro”*. De alguna manera se ha entendido que aquí se encontraría el primer caso de arbitraje forzoso en nuestra historia, cuestión sostenida, por ejemplo, por Aylwin³. Lo anterior, atendidos los términos imperativos utilizados en el artículo, además de la palabra “compromisos”. Sin embargo, no hay consenso en la doctrina respecto a ello, porque habla de que estos compromisos debían ser presenciados por un ministro, lo que suena extraño en lo que a un proceso arbitral respecta; por lo que tal vez la norma trataba de referirse, más bien, a una transacción u otro arreglo análogo.

Por último, la Constitución de 1823 estableció los “juicios prácticos” en su título XVI. Establecía el artículo 176 que, *“cuando se disputan deslindes, direcciones, localidades, giros de aguas, internaciones, pertenencias de minas y demás objetos que esencialmente*

³ Ver Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 74.

exigen conocimientos locales, se procederá por Jueces que reconozcan el objeto disputado, y resuelvan prontamente por este examen justificado"; luego, el artículo 177 señalaba, *"estos Jueces deben ser una o dos personas que nombren a su satisfacción las mismas partes ante el Juez Conciliador ó un Tribunal ordinario: á lo que serán necesariamente compelidas en un término perentorio"*. Pareciera ser que aquí, de manera más clara, podrían encontrarse los cimientos del arbitraje en nuestra legislación; principalmente por el hecho de que, en el fondo, se trata de jueces que son nombrados por las partes del conflicto, diferentes de los tribunales del Estado, pero contemplados por la ley, al tratarse del ejercicio de una función pública como lo es la jurisdicción. Asimismo, se trata de materias bastante específicas, lo que de alguna manera guarda relación con la actual regulación, como veremos más adelante.

El artículo 178 rezaba que, *"si se nombran como arbitradores, su sentencia es inapelable. Si proceden ordinariamente, se verificará la apelación ante uno ó dos Jueces nombrados en la misma forma"*. Finalmente, el artículo 179 cerraba diciendo, *"ellos mismos harán cumplir sus sentencias auxiliadas por el jefe político"*. Así las cosas, esta normas permiten apreciar ciertos principios que aún se mantienen o son muy parecidos a los actuales, que revisaremos más abajo.

La Constitución de 1828 eliminó los jueces de conciliación y los juicios prácticos, sin embargo, su artículo 100 señalaba que, *"habrá juzgados de paz para conciliar los pleitos en la forma que designe una lei especial"*. Se restablecen así, entonces, los jueces de paz, que habían sido derogados por la Constitución de 1823.

En la Constitución Portaliana, si bien no se realizó un desarrollo de figuras como las revisadas anteriormente, sí sentó ciertas bases acerca de la jurisdicción y su ejercicio. Relacionándolo con un hito que revisaremos más adelante, es importante a estos efectos el artículo 114 de esta Constitución, al señalar que, *"una lei especial determinará la organización y atribuciones de todos los tribunales y juzgados que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República"*.

Cabe mencionar que el Código Civil Chileno de 1855, contempló normas relativas al arbitraje. Expresión de esto fue el título X del libro III, titulado “*De la partición de los bienes*”, vigente hasta el día de hoy.

En virtud del mandato del artículo 114 de la Constitución de 1833, el 15 de octubre de 1875, se dictó la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, que vendría a ser la antecesora del actual Código Orgánico de Tribunales. Ella fue el primer cuerpo legal que se encargó de regular el arbitraje propiamente tal en nuestro país, lo que claramente fue un paso muy importante para la institución arbitral. El título XI, que comprendía los artículos 172 a 191 inclusive, llevaba por título “*De los jueces árbitros*”, tal como hoy en día se denomina el título que trata del mismo tópico en el Código Orgánico de Tribunales; de hecho, sus normas son muy similares a las de este último.

A modo de ejemplo, el artículo 172 declaraba, “*se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litijioso*”; tal como lo señala el actual artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales. Desde luego, el tratamiento del arbitraje en esta ley, que se refería al Derecho Procesal Orgánico, además de la catalogación de los árbitros como jueces, es desde ese entonces clave para poder comprender el rol del arbitraje en relación con la jurisdicción estatal, y en consecuencia, la naturaleza jurídica del mismo.

El Código de Procedimiento Civil, en adelante “CdePC”, de 28 de agosto de 1902, se encargaría de regular el procedimiento arbitral, en el título IX del libro III. Actualmente, éste código sigue regulando aquella materia, pero ahora en el título VIII del mismo libro tercero, titulado “*Del juicio arbitral*”, que comprende los artículos 628 a 644, inclusive.

Trascendente al ser ley vigente en nuestro país, fue la promulgación del Código Orgánico de Tribunales, cuyo texto definitivo fue fijado por la ley N.º 7.421 de 15 de junio de 1943. Este cuerpo legal vino a refundir la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 y todas sus complementaciones y modificaciones posteriores. Su título IX, llamado “*de los jueces árbitros*”, regula en sus artículos 222 a 243, inclusive, los elementos esenciales del

arbitraje, que revisaremos más adentrados en este trabajo, y lo hace de una manera muy similar a la ya antigua ley de 1875.

Una breve pero necesaria mención se requiere a propósito del arbitraje privado internacional⁴. En nuestro país, hasta principios de este siglo, no existían normas que trataran de este tipo de arbitraje, por lo que se aplicaban las normas domésticas antes señaladas, lo que lógicamente hacía que muchas veces surgieran inconvenientes, producto del diferente contexto de ambos arbitrajes.

No obstante lo anterior, Chile suscribió, a lo largo del siglo XIX, distintas convenciones internacionales sobre la materia. Sin duda la más importante de ellas es la Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, ratificada por Chile el año 1975. También el Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965, que daría lugar al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, “CIADI”; además de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

El paso de los años, la ya instalada globalización, el gigantesco comercio internacional, entre otros factores; hicieron que fuese necesario estar actualizado respecto al resto del mundo, sobre todo en relación a nuestros principales aliados comerciales y las grandes potencias mundiales. Fue así que el 29 de septiembre del año 2004, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N.º 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, que vino a regular específicamente esta clase de arbitraje, para así dejar de lado la regulación general del arbitraje doméstico y tener una normativa acorde a los principios que rigen en este arbitraje en específico. La tramitación de esta norma fue muy rápida; de hecho, fue propuesta el año 2003, por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, el Colegio de Abogados de Chile y la Cámara Chilena Norteamericana de Comercio. El fugaz trámite se debió en gran medida a que la norma recoge prácticamente de manera íntegra, la

⁴ Sobre el particular ver Elina Mereminskaya, “Arbitraje Doméstico e internacional en Chile: En búsqueda de la armonía” en *Arbitraje y Mediación en las Américas* (2005).

ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés), de 1985.

Así las cosas, todo lo anteriormente expresado corresponde al panorama histórico general del arbitraje en Chile, clave para poder comprender mejor la institución arbitral y sus vicisitudes, que veremos luego.

I.2. Naturaleza jurídica del arbitraje

Propio es, al tratar de cualquier institución jurídica, el referirse a la naturaleza jurídica de la misma. Pocos se han preguntado qué significa la naturaleza jurídica de un objeto de estudio, algo así como la “naturaleza jurídica de la naturaleza jurídica”, sin embargo esto es algo que excede a lo que aquí se pretende exponer.

Creemos nosotros que ella se refiere a la esencia de una cosa, aquello que la hace diferente de otra u otras, o bien, análoga a una o más. En este sentido, Santo Tomás señala que, “la esencia es lo que constituye la cosa desde el punto de vista de su género propio o de su especie y lo que designamos mediante de esta cosa, respondiendo a la interrogante : ¿Qué es esto?”⁵ Entonces, corresponde en esta sección, el intentar responder de la manera más completa posible, la siguiente pregunta: ¿cuál es la esencia del arbitraje? Lo anterior, para efectos de poder comprender ante qué nos encontramos y de ello derivar una serie de importantes consecuencias.

I.2.1. Tesis Contractualista

Tal como su nombre lo indica, esta doctrina considera al arbitraje como una institución que encuentra su fundamento en la voluntad de las partes, que se materializaría en un pacto o convenio arbitral. De esta manera, el arbitraje así concebido se separaría de la jurisdicción estatal y los tribunales por medio de los cuales ella se ejerce, pasando a ser una institución “accidental”, que nace a la vida del derecho por la manifestación de la voluntad conjunta de quienes se encuentran envueltos en una controversia, con el objeto de que la persona o

⁵ José Lois Estévez, “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho* (1956): 163.

personas que ellos instituyen como árbitros resuelvan la misma, como consecuencia de el poder del que las partes lo (s) invisten.

Al respecto señala Aylwin, “pero también anotamos, como los otros caracteres distintivos de la institución en estudio, su origen generalmente contractual y la investidura privada de los árbitros. Estos aspectos obran para que se conciba al arbitraje como una forma extrajudicial y puramente convencional de terminar las dificultades entre particulares, no por el ejercicio de una jurisdicción, sino por el solo acuerdo de los interesados; sería una institución contractual”⁶. En el mismo sentido, Vásquez señala que, "desde la perspectiva del objeto, el árbitro sólo tiene competencia hasta donde alcanza la libertad de las partes que es su fundamento y motor. El árbitro y el arbitraje existen porque las partes interesadas así lo quieren, se sostiene al arbitraje como una institución material que entiende que la jurisdicción es función exclusiva de la soberanía, de forma que el laudo no es un acto jurisdiccional, y el árbitro no es, desde luego, un funcionario de Estado. Por otra parte, esta tesis señala que la emisión del laudo es el cumplimiento de la misión asumida al aceptar el cargo e impone una responsabilidad contractual en caso de no cumplirse”⁷.

Un gran punto a favor suma esta idea en las materias de “arbitraje voluntario”, que veremos más adelante, producto de que, a grandes rasgos, en ellas son las partes quienes libremente pueden decidir someter su controversia a arbitraje. Sin embargo creemos que tiene otros puntos en contra, sobre todo el hecho de que estamos tratando de adentrarnos en la esencia del arbitraje en general y no de un tipo de arbitraje en específico; pero las razones por lo que señalamos esto serán tratadas próximamente.

⁶ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 31.

⁷ María Fernanda Vásquez, *Tratado de Arbitraje en Chile: arbitraje interno e internacional* (Santiago: Thomson Reuters, 2018), 118.

I.2.2. Tesis Jurisdiccionalista

También conocida como “procesalista”, esta corriente doctrinal concibe al arbitraje como un órgano más del andamiaje de la jurisdicción estatal, y, consecuentemente con ello, al árbitro como un sujeto privado que ejerce la función pública de la jurisdicción en un caso concreto. Lo anterior, por el hecho de que es la propia ley la que señala a los “jueces árbitros” como parte de los “tribunales” a los que les corresponde el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el territorio de la república, en los términos del artículo 5 del Código Orgánico de Tribunales.

Entonces, sería la ley quien instituye al arbitraje como un tribunal, y, por ello, le correspondería ejercer jurisdicción, por ser esta la función que califica a tal órgano. En cuanto al pacto arbitral de las partes, ya sea un compromiso o cláusula compromisoria, vendría solamente a materializar este tribunal que en abstracto está establecido por el legislador, a darle vida, a constituirlo, pero solamente en razón de que la ley así lo permite.

Porque, si los árbitros conforme a esta doctrina ejercen jurisdicción, ¿cómo podrían los particulares en virtud de la manifestación de su voluntad otorgarles esta facultad? ¿No es acaso ella una función pública, una manifestación de la soberanía? Podríamos decir que de alguna manera estas preguntas, y sus respuestas correlativas, son la base de esta doctrina.

Los particulares, en cuanto sujetos no provistos de poder público alguno, no podrían otorgar o investir a otros particulares de un poder/deber público, como lo es la jurisdicción; en otras palabras, no podrían constituir tribunales. Lo anterior, se puede derivar de manera clara de dos preceptos de nuestra Constitución vigente, los artículos 7 inciso 2º y 76. Por otra parte, se concibe a la función jurisdiccional desde el constitucionalismo clásico, como una de las tres típicas funciones o poderes del estado, por lo tanto, es una manifestación de la soberanía, y conforme al artículo 5 de la actual Constitución, ningún sector del pueblo o individuo alguno puede arrogarse para sí el ejercicio de la misma. Así, Aylwin señala, “más aún; en nuestra opinión, la facultad de resolver un litigio declarando el derecho o la justicia con decisión obligatoria para los contendientes importa precisamente un poder

jurisdiccional que no puede derivarse en ningún caso de la simple voluntad de las partes, porque ellas no lo tienen, sino que sólo del Estado a través de la ley”⁸.

Una de las principales críticas que se le hace a esta posición, es el hecho de que los árbitros no gozan de la facultad de imperio, que se entiende integrada en la función jurisdiccional, particularmente en el momento de “hacer ejecutar lo juzgado”, en los términos del artículo 76 de la Constitución. Ello se encuentra consagrado legalmente en el artículo 635 del CdePC, el que en su inciso final señala que, “sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto”. De lo anterior se desprende que los árbitros pueden hacer ejecutar lo juzgado, pero en las circunstancias que allí se mencionan -que es cuando se hace necesaria la facultad de imperio- no podrán.

I.2.3. Tesis Mixta

Como sucede prácticamente respecto de toda institución jurídica en torno a la cual existen puntos de vista diametralmente opuestos, hay también en lo que al arbitraje respecta, una mirada mixta, ecléctica, intermedia, o como prefiera llamársele.

Surge esta doctrina de la mezcla de las dos revisadas anteriormente, visualizando al arbitraje como un medio de solución de conflictos que tiene elementos contractuales/privados y también jurisdiccionales/públicos. Así, se entiende que, si bien el arbitraje se encuentra establecido por el legislador, esto solo se refiere a la posibilidad -o la obligación en ciertos casos- de que los conflictos puedan ser solucionados por medio del mismo; pero la específica constitución de este mecanismo, su composición, sus funciones, su especificación, queda entregada a la voluntad de las partes, las que por medio de un pacto arbitral -previo o posterior al conflicto- le darán vida a este instituto.

⁸ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 41.

Al respecto Jequier señala, “para la tesis mixta o ecléctica entonces, actualmente mayoritaria, nadie podría desconocer el origen contractual del compromiso arbitral –con la excepción ya apuntada del arbitraje testamentario– ni el carácter privado del vínculo que surge entre las partes y el árbitro; pero tampoco podría negarse la concurrencia simultánea de institutos de naturaleza esencialmente jurisdiccional, como la eficacia del laudo, su ejecución y el efecto de cosa juzgada que surge del mismo”⁹.

De esta manera, no se desconocería el hecho de que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales; en esencia, el conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado -lo último salvo en los casos en que se requieran medidas de apremio- en los asuntos que son sometidos a su conocimiento; pero también reafirmando la circunstancia de que su nacimiento tiene lugar producto de la manifestación de voluntad de las partes.

I.2.4. Tesis Autónoma

Se basa esta doctrina, en mirar al arbitraje como una institución autónoma, desmarcándose de las categorías antes señaladas, y, por consiguiente, también de la mezcla de las mismas. Así entonces, el arbitraje no sería algo que podamos insertarlo en un compartimento conocido, sino que él en sí mismo conformaría uno.

Correspondería entonces remarcar características que harían al arbitraje una institución *sui generis*, como por ejemplo: la autonomía de la voluntad en la base del mismo, la autonomía del pacto arbitral, la autonomía de los árbitros respecto a los tribunales estatales (salvo algunas relaciones), entre otras.¹⁰

Expresa al respecto Jequier, “en otros términos, y como señala Barona, la pregunta clásica de “¿qué es esencial en el arbitraje: la libertad de las partes, la libertad de someterse a arbitraje sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el ordenamiento jurídico un cauce –el proceso– para su ejercicio?”, recibe

⁹ Eduardo Jequier Lehuédé, “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho chileno sobre arbitraje interno: algunas propuestas”, *Estudios Constitucionales*, núm. 2 (2013): 182-183.

¹⁰ Sobre el particular ver Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 150-169.

una sola respuesta: no puede concebirse un arbitraje sin la concurrencia de todas las partes o piezas antes mencionadas. “Esto nos lleva a concluir –continúa la autora mencionada– que “el arbitraje es el arbitraje”, y esa es su naturaleza jurídica (...) En consecuencia, puede afirmarse que el arbitraje es una categoría autónoma”¹¹.

Finalmente, Vásquez, quien adhiere a esta tesis y la desarrolla en extenso en la doctrina nacional, señala que, "la lógica empleada reside en el reconocimiento de una naturaleza particular de este instituto que presenta rasgos y características propias no circunscribibles a las clásicas formulaciones que pretendían explicar el arbitraje desde un estadio conocido: contractual, jurisdiccional, entre otros ya analizados. El arbitraje, emerge, de esta manera, como una institución con características particulares, la mayoría de las cuales se encuentran en la actualidad reconocidas por las modernas legislaciones arbitrales, comenzando por la Ley Modelo Uncitral —incorporada mediante la LACI en la legislación chilena— que en variadas disposiciones establece cada uno de los principios antes reseñados”¹².

I.2.5. Postura del autor

Para poder adentrarse en la esencia del arbitraje, estimo que hay que partir de la base de su resultado: el laudo arbitral; el cual, una vez que se encuentre firme o ejecutoriado, producirá el efecto de cosa juzgada.

Desde luego, creo que es complejo el hecho de desmarcar la labor del arbitraje, de la jurisdicción estatal, como lo hacen algunos al señalar que sería un mecanismo “extrajurisdiccional” o que corre en paralelo a la jurisdicción estatal¹³.

Quien escribe considera que los árbitros, en cualquier caso, ejercen jurisdicción. Esto, por la razón de que ellos se encargan de conocer un asunto sometido a su órbita de atribuciones, resolverlo, y hacer ejecutar lo resuelto. Podrá llamar la atención la última afirmación realizada, porque, como ya mencionamos más arriba, una de las principales críticas que se le

¹¹ Jequier, “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho chileno sobre arbitraje interno: algunas propuestas”, 184-185.

¹² Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 156.

¹³ Sobre el particular, Ver. Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 148-149.

realiza a esta concepción, es que los árbitros no tienen facultad de imperio, no tienen *potestas*. Sin embargo, estimamos que la correcta lectura que debe realizarse, implica el reconocer que los árbitros **sí pueden ejecutar lo por ellos juzgado**, pero de una manera **atenuada**, porque siguiendo el artículo 635 del CdePC habrá que recurrir a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto, en los casos en que se requiera procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso; pero en el resto de los casos, no existe inconveniente con que se recurra ante el tribunal arbitral. Lo anterior, por el hecho de que el árbitro es un sujeto privado que ejerce una función pública -la jurisdicción- de manera temporal, en un caso concreto; y estando ya revestido de este importante poder, no sería razonable que el Estado le entregue, además, la facultad de impartir órdenes directas a la fuerza pública, a este simple particular.

Por otra parte, pretender desmarcar al arbitraje de la jurisdicción estatal, realizando una interpretación marcadamente literalista del título del capítulo sexto de la Constitución -“Poder Judicial”- nos parece bastante poco prolijo. Así, Vásquez señala, “el raciocinio anteriormente dibujado entronca con la norma constitucional que atribuye un carácter exclusivo a la jurisdicción en el art. 76 de la Carta Política al señalar que *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley...”*. Esta norma es la primera del Capítulo VI denominado “Poder Judicial”, dato que no es menor si se considera que la primera vez que se incorporó este precepto a la cultura jurídica chilena fue con la CP de 1833 en su art. 108, sin embargo, ésta se ubicaba en el Título VIII intitulado “De la administración de justicia”. Vemos en ello un matiz diferenciador en la comprensión de ambas normativas, pues —pese a estar redactadas en idénticos términos—, podría comprenderse que en la CP actual reduce el ámbito de aplicación de esta norma sólo al Poder Judicial, a diferencia de lo que hacía la de 1833. Si se considera el hecho que la justicia arbitral es ajena a este poder, el citado precepto no podría vulnerarse de modo alguno, por cuanto está dirigido a tribunales específicos pertenecientes a aquél y no a los arbitrales, de manera que estos últimos no deben entenderse como una proyección de este mandato jurisdiccional. Desde esta óptica, si los tribunales arbitrales no forman parte del Poder Judicial y no les son aplicables, por tanto, las normas en comento, habrá que decantarse por la idea que en la legislación chilena la facultad

de "juzgar" no es exclusiva del Estado. Por el contrario, de seguir sosteniendo —a pesar de las evidencias descritas anteriormente— que los árbitros ejercen dicha jurisdicción, habría que afirmar que éstos forman parte del Poder Judicial lo que es ciertamente falaz”¹⁴.

Ante este razonamiento, nos surge la siguiente pregunta, ¿qué pasa con el resto de los tribunales especiales que no forman parte del poder judicial? Como por ejemplo, los Juzgados de Policía Local, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, los Tribunales Tributarios y Aduaneros, los Tribunales Ambientales, el Tribunal de Cuentas, entre otros. ¿No forman acaso parte del aparataje de la jurisdicción estatal por no formar parte del Poder Judicial? ¿No son acaso, Tribunales estatales? ¿En relación con su existencia, se podría afirmar que la facultad de “juzgar” no es exclusiva del estado? Estimamos que aquí se incurre en un grave error, por la sencilla razón de que la jurisdicción del Estado no solo se manifiesta en normas de carácter constitucional, sino que también en normas de carácter legal, como por ejemplo el Código Orgánico de Tribunales y todas las leyes que establecen Tribunales especiales. Siguiendo esa línea, nada impide considerar al arbitraje como una de las formas en que se puede manifestar la jurisdicción del Estado, partiendo de la base de que es siempre la ley la que establece la posibilidad/obligación/prohibición de que ciertos asuntos se sometan al juicio de árbitros. No creemos que los particulares puedan “instituir una jurisdicción casual propia para la resolución de determinados asuntos, confiándose a terceros árbitros sus disputas”¹⁵; de partida, estimamos que los privados no podemos instituir una jurisdicción propia, no podemos crear tribunales, que esto única y exclusivamente le corresponde al Estado, por tratarse del desarrollo de una función pública, por lo demás esencial para el mantenimiento del Estado de Derecho.

Por otra parte, creemos que no se puede negar el rol que le cabe a las partes en la configuración del arbitraje. En virtud de la posibilidad/obligación que el legislador establece de someter sus conflictos a arbitraje, son ellas las que finalmente deben materializar este tribunal, que la ley solo se encarga de establecerlo en abstracto. Ello se realiza mediante un

¹⁴ Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 144-145.

¹⁵ Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 144.

pacto o convenio arbitral, como manifestación de la autonomía de la voluntad como base del nacimiento de este mecanismo de solución de conflictos, desde la letra de la ley, a la realidad.

Así las cosas, quien escribe estima que el arbitraje tiene una naturaleza predominantemente jurisdiccional/procesal, digo predominantemente, por el hecho de que la voluntad de quienes concurren a él, es indispensable para que pueda finalmente tener lugar. Sería así un enfoque cercano a la tesis mixta anteriormente revisada, pero con un énfasis en la circunstancia de que los árbitros ejercen jurisdicción, y lo hacen porque la ley los establece como uno más de los tribunales que existen en nuestro territorio, y es consustancial a la idea de tribunal el hecho de ejercer jurisdicción. Solamente teniendo primeramente presente lo anterior, podemos entrar a considerar los elementos “privados” que envuelve el arbitraje, pero como una consecuencia de la forma en la que es establecido y regulado por la ley.

I.3. Clases de árbitros

Es del caso referirse en este apartado a los diferentes “tipos” de árbitros que establece nuestra ley procesal, comprendiendo que por estos tipos, nos referimos a la forma en que los árbitros ejercen sus atribuciones, en que desarrollan su competencia; ya sea que la calidad respectiva se la otorguen las partes, o bien, la ley.

I.3.1. Árbitros de Derecho

Corresponde a esta clase de árbitros, en virtud de lo dispuesto por los artículos 223 inciso 2° del Código Orgánico de Tribunales y 628 inciso 1° del CdePC, tramitar y fallar de acuerdo a las normas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida. Es decir, ellos tienen el deber de cumplir estrictamente la ley, tanto procesal como sustantiva, en el transcurso y desenlace de su función. De manera muy clara, Aylwin expresa, “en buenas cuentas, en el arbitraje ante árbitros de derecho lo único que varía, en relación a cualquier otro juicio, es la clase de tribunal, pero no se altera la manera de hacer justicia, ni en cuanto al fondo ni en lo que atañe a la forma”¹⁶.

¹⁶ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 152.

Por otra parte, es del caso tener presente, que esta especie de árbitro constituye la regla general y supletoria en nuestra legislación, porque en caso de que las partes no señalen la calidad con la que es nombrado el árbitro, se entenderá que lo es como árbitro de derecho, en virtud del artículo 235 del Código Orgánico de Tribunales. Además, el nombramiento de un árbitro en esta calidad, solamente puede recaer en una persona que sea abogado, lo que es de toda lógica.

I.3.2. Árbitro arbitrador o amigable componedor

Conforme a lo expuesto en los artículos 223 inciso 3º del Código Orgánico de Tribunales y 636 del CdePC, corresponde a esta clase de árbitros, sustanciar el procedimiento de acuerdo a las reglas que las partes señalen, en el acto constitutivo del compromiso, o en su defecto, por las reglas de los artículos 636 a 644 del CdePC; y dictar el laudo conforme a lo que su prudencia y la equidad le dictaren.

Es decir, aquí se da una especie de “renuncia” del Derecho estatal por las partes, quienes asumen que el árbitro pueda resolver la controversia conforme a razones de prudencia y equidad, lo que claramente es excepcional en nuestro sistema, porque solamente en el caso de que no exista una norma que resuelva la contienda, los jueces deberán fallar conforme a la equidad, en virtud del principio de inexcusabilidad. Lo califico como una “especie” de renuncia, porque si uno interpreta la norma, ¿qué impediría que la prudencia del árbitro y la equidad en general, lo lleven a aplicar el derecho sustantivo estatal? Creemos que no hay razón para impedirlo.

Por otro lado, el hecho de que el arbitrador se pueda desligar de las leyes, tanto en el procedimiento como en la resolución misma del asunto, no es tan categórico, si no que existen límites. Así se ha expresado por ejemplo que, “las normas de orden público son, por su naturaleza, imperativas e irrenunciables; el legislador las establece en interés general de la sociedad y si los particulares no pueden apartarse de ellas ni mediante mutuo acuerdo, tampoco puede admitirse que al convenir un arbitraje de arbitradores faculden a éstos para

vulnerarlas”¹⁷. Por ejemplo, las normas sobre objeto contenidas en el Código Civil, tienen este carácter; así, no podría un arbitrador -en un caso burdo e hipotético- estimar válido un contrato en que una persona vende un riñón a otra.

En el mismo sentido, los arbitradores tendrían como límites las normas establecidas en nuestra Constitución, en virtud de lo señalado por los artículos 6 y 7 de la misma. Por ejemplo, se ha expresado que, “así, en términos aforísticos, podría decirse que: *los árbitros arbitradores y mixtos son árbitros de derecho frente a la Constitución*. De este modo la afirmación según la cual los árbitros arbitradores no pueden en sus fallos incurrir en infracción de ley adolece de una imprecisión, que impide mantenerla en esos mismos términos, no al menos por lo que concierne a las disposiciones constitucionales, y no tampoco, además, por lo que atañe a las normas *decisoriae* y *ordenatoriae litis* de orden público, de rango simplemente legal, a las que también deben obediencia los compromisarios mixtos y de equidad [.....]”¹⁸.

En un interesante -y razonable a nuestro juicio- análisis, el autor recién citado expresa que las partes no podrían establecer cualquier regla de procedimiento para los árbitros arbitradores o mixtos, porque siempre debe respetarse las normas mínimas del debido proceso, que de acuerdo a la Constitución, corresponde al legislador siempre establecer (Art. 19 N.º 3 inciso 5º). Así, él estima que con la entrada en vigor de la actual Constitución, habrían quedado tácitamente derogadas las normas del CdePC y del Código Orgánico de Tribunales, que permiten el fijar las reglas de procedimiento a los arbitradores o árbitros mixtos, en el sentido siguiente, "de este modo, y siendo rigurosos, la consecuencia que trae consigo la derogación no consiste en prohibir a las partes pactar reglas de procedimiento, sino sólo impedir que el estatuto ritual prevalente y hasta incluso excluyente de todo otro aplicable en la justicia a cargo de los compromisarios de equidad sea el convenido por las partes, burlando por esa vía la previsión constitucional según la cual las garantías del procedimiento racional y justo deben siempre tener su origen en la ley. Tales garantías están

¹⁷ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 154.

¹⁸ Lionel González González, “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas “*decisoriae*” y “*ordinatariae litis*” vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XL, núm. 1 (2013): 541.

hoy representadas en el artículo 637 CPC., que establece las reglas mínimas de procedimiento aplicables al juicio seguido ante los amigables compondores; disposición que, según veremos más adelante, presenta la generalidad suficiente para permitir a las partes escoger el modo más apropiado para desarrollar convencionalmente las garantías procesales en él contenidas, con lo cual el arbitraje conserva el carácter flexible que lo caracteriza sin que por ello prescinda de las garantías del debido proceso”¹⁹.

Creemos que el fragmento antes citado se basta a sí mismo, y por razones de extensión, para no exceder los márgenes de este trabajo, no podemos seguir abordándolo por muy interesante que nos parezca, si no que solo exponer de manera general el ámbito de acción de los arbitradores y ciertas implicancias como la antes vista.

I.3.3. Árbitro mixto

Como su nombre bien lo indica, nos encontramos aquí frente a una mezcla de las dos categorías revisadas anteriormente. En virtud de lo señalado por los artículos 223 inciso 4° del Código Orgánico de Tribunales y 628 inciso 2° del CdePC; árbitro mixto es aquel al cual se le conceden facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, teniendo que fallar con estricto apego a la ley -como si fuese de Derecho-. Así, éste árbitro tramitará de acuerdo a las normas que las partes le señalen, o en su defecto, las reglas mínimas establecidas en los artículos 636 a 644 del CdePC; pero tiene la obligación de fallar conforme a Derecho.

I.4. Clases de arbitraje

Con esta expresión, nos referimos no ya al tipo de árbitro, si no que a un concepto más “macro”, a la especie de arbitraje. Las distintas clases de arbitraje -prohibido, forzoso, permitido- son categorizaciones que se establecen en virtud de la materia, particularmente, de la naturaleza de la materia de que trata el conflicto entre partes. En virtud de ello, habrá asuntos que en ningún caso podrán ser sometidos a arbitraje; otros que solamente pueden ser conocidos por árbitros; y, finalmente, casos en que son las partes quienes libremente pueden

¹⁹ González, “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas “decisoriae” y “ordinatoriae litis” vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”, 555-556.

tomar la decisión de someter el asunto a arbitraje. A continuación revisaremos -de manera general- cada una de estas situaciones.

I.4.1. Arbitraje prohibido

Corresponde esta clase de arbitraje, a ciertos asuntos que nunca pueden ser sometidos a este medio de solución de conflictos, en razón de su especial naturaleza. Así, se ha expresado que, “se trata de negocios que, generalmente, versan sobre derechos irrenunciables; o bien, de litigios en que pueden estar comprometidos derechos de terceros y que, de permitirse resolverlos mediante árbitro o de común acuerdo, pudieran ventilarse en la penumbra sin la garantía del contradictorio; y, a veces, de asuntos en que su naturaleza misma repugna con la noción de la justicia arbitral, como es el caso de los procesos penales en que la acción punitiva les corresponde privativamente a los órganos del Estado”²⁰.

A él se refieren los artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales, que señalan cuáles son las materias que no pueden someterse a arbitraje, siendo las siguientes: a) las cuestiones que versen sobre alimentos, o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer; b) las causas criminales; c) las causas de policía local; d) los problemas que se susciten entre un representante legal y su representado; e) aquellas causas en que debe ser oído el fiscal judicial. También se debe comprender como materia de arbitraje prohibido, aunque no se señale en aquellos artículos, los asuntos laborales, por el hecho de que el artículo quinto del Código del Trabajo, señala que los derechos que establecen las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo.

A fin de cuentas, se trata de situaciones en donde está envuelto el orden público, más allá de los meros intereses particulares de las partes; circunstancias en las cuales la comunidad toda se puede ver potencialmente afectada. Por ejemplo, nada tendría de razonable que una víctima de delito acordara con su victimario, el someter aquella situación delictiva al juicio de árbitros; aunque en nuestra justicia penal existen hoy en día espacios para la “negociación”, poco tienen que ver con la justicia arbitral, porque estos acuerdos se dan

²⁰ Mario Casarino, *Manual de Derecho Procesal Derecho Procesal Orgánico Tomo II*, 5ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 19.

dentro del marco del proceso penal, ante los órganos del estado, aunque se podría decir que obedecen a principios similares, pero aquello escapa a los objetivos de este trabajo.

I.4.2. Arbitraje forzoso

También conocido como arbitraje “necesario”, “obligatorio”, o “forzado”; se trata de ciertos asuntos que deben ser sometidos a arbitraje por expreso mandato del legislador. Es decir, en aquellos casos, existe competencia privativa de los jueces árbitros para conocer del conflicto, siendo el resto de los tribunales absolutamente incompetentes, en virtud del elemento materia. En el mismo sentido, la Excelentísima Corte Suprema ha expresado, “que, de esta forma, en relación a la materia, tratándose de un arbitraje forzoso los árbitros solo pueden conocer de aquellas entregadas a estos efectos por la ley; si conocen de otras cuestiones para las que no tiene competencia, tal resolución y procedimiento será nulo. Más aún, si el árbitro resulta ser incompetente en cuanto a la materia para pronunciarse sobre un determinado asunto, éste tendrá un carácter absoluto y, en consecuencia, de orden público e irrenunciable, incompetencia absoluta que, en dicho caso, debe ser declarada de oficio por el juez árbitro, y que las partes pueden alegar en cualquier momento”²¹.

En cuanto al por qué ciertas materias deben ser sometidas a arbitraje, como también al fundamento de este sometimiento, se ha dicho que, “hay, en efecto, negocios judiciales que, por la conveniencia que existe de terminarlos prontamente y evitar en ellos todo estrépito, escándalo y enojosa disputa que pueda ocasionar graves perjuicios, o por su carácter preferentemente de hecho que exige un largo y complicado estudio de antecedentes más o menos técnicos, o por la participación activa que en su solución debe caber a la voluntad de las partes, es preferible someter a jueces de toda la confianza de los interesados, que ni estén sujetos rigurosamente a la publicidad y demás formalidades del aparato judicial y que tengan capacidad técnica y tiempo suficiente para ventilar el asunto”²².

El artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales señala expresamente cuales son los asuntos que deben ser resueltos por árbitros, siendo los siguientes: a) la liquidación de una

²¹ Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 6365-2018 (Civil), Casación forma y fondo, Considerando cuarto.

²² Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 81.

sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; b) la partición de bienes; c) las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; d) las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; e) Los demás que determinen las leyes. Entre los demás casos que las leyes señalan, tenemos, a modo de ejemplo: a) diferencias que ocurran entre accionistas, los accionistas y la sociedad o sus administradores o liquidadores, y la sociedad y sus administradores y liquidadores, en sociedades por acciones; b) en materia laboral, en los casos en que se encuentre prohibida la huelga, y cuando se determine la reanudación de faenas en el caso del artículo 363 del Código del Trabajo; c) caso del artículo 244 del Código de Aguas.

Señala además, el mismo Art. 227, que, los involucrados en el asunto lo pueden solucionar directamente, si es que tienen la libre administración de sus bienes y concurren al acto. Por otra parte, en el caso de la liquidación de la sociedad conyugal; el juez que esté conociendo del procedimiento de separación judicial, nulidad matrimonial o divorcio, puede liquidar la sociedad conyugal o el régimen de participación en los gananciales, si es que las partes así lo solicitan.

Es del caso mencionar que esta institución ha sido cuestionada por variadas razones. Desde luego, porque atentaría contra el fundamento mismo del arbitraje, la autonomía de la voluntad de las partes -para algunos, como vimos en el apartado relativo a la naturaleza jurídica de la institución- al ser la ley la que viene a imponer este mecanismo de solución de conflictos, que justamente tiene como una de sus características fundamentales, el que las partes libremente acuerden someter su controversia al mismo. Así, por ejemplo, se ha entendido que esta figura sería incluso contraria a nuestra actual Constitución, que consagra como principios básicos la igualdad, dignidad, libertad, propiedad privada; anteponiendo la persona al Estado y relegando a este último a funciones más bien organizativas; en ese sentido se ha dicho, "por lo anterior entonces, y extrapolando lo recién expuesto al ámbito preciso del arbitraje interno en la legislación chilena vigente, resulta inevitable concluir que la

imposición del arbitraje como medio heterocompositivo de controversias, que atañen no obstante a asuntos en que se involucra únicamente el interés particular de las partes en conflicto, constituye un atentado directo contra la dignidad, la libertad y la autonomía de la voluntad que la Constitución Política de 1980 le reconoce a las personas en cuanto valores, principios y fines que configuran las bases de la institucionalidad chilena”²³.

Por lo demás, cabe tener presente los costos que implica el arbitraje para las partes, lo que a nuestro juicio, hace poco razonable que la ley obligue a utilizarlo en determinados casos, porque podría darse la situación -muy a menudo- de que una persona sencillamente no pueda costearlo, con lo que, al ser éste el único medio de solución de conflictos posible para el caso concreto, se le estaría negando abiertamente su derecho de acceso a la justicia, y la ley no la estaría protegiendo de igual manera que a todas las personas en el ejercicio de sus derechos, en los términos del artículo 19 N.º 3 de la Constitución. Recordemos además, que la gratuidad es una de las bases del correcto ejercicio de la jurisdicción²⁴, reflejada en distintas normas legales, como las que tratan del privilegio de pobreza, las que regulan la defensoría penal pública y la corporación de asistencia judicial; además de normas constitucionales como los incisos 2º y 3º del artículo 19 N.º 3.

Por último, cabe mencionar que, en el marco de la Convención Constitucional ya disuelta, en la propuesta de nueva Constitución de ella emanada, se eliminaba la figura del arbitraje forzoso, señalando el artículo 320 N.º 2 que, “La justicia arbitral será siempre voluntaria. La ley no podrá establecer arbitrajes forzosos”. Es muy probable que se haya tomado en cuenta los reparos anteriormente expuestos, sin embargo, no podemos aquí referirnos más en profundidad a este asunto.

I.4.3. Arbitraje voluntario

Corresponde a todos aquellos casos en que el arbitraje no se encuentra prohibido por el legislador, ni tampoco mandatado por éste, tratándose de asuntos que se encuentran bajo la

²³ Jequier, “El arbitraje forzoso en Chile (un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”, 468-469.

²⁴ Ver Roberto Dávila Díaz, “Bases del ejercicio de la jurisdicción”, *Actualidad Jurídica*, núm. 2 (2000): 99-116.

órbita de atribuciones de los tribunales ordinarios o especiales establecidos permanentemente por la ley, respecto de los cuales las partes acuerdan libremente sustraerlos de la competencia de los mismos, otorgándoles la facultad de conocerlos y resolverlos a un tribunal arbitral.

Tal como vimos en lo relativo al arbitraje forzoso, principalmente en cuanto a las críticas que se le realizan al mismo, es pacífico en doctrina el hecho de que el arbitraje voluntario responde al objetivo mismo del arbitraje como institución, que es brindar a las partes la oportunidad de someter su controversia a un tribunal distinto a los establecidos de manera permanente por la ley, por los motivos que ellas estimen pertinentes -confianza en el árbitro, eficiencia, celeridad, especificidad de la materia, entre otros posibles-, conservando la necesidad de las mismas de resolver el asunto de manera definitiva, al emanar del laudo arbitral el efecto de cosa juzgada propio de una sentencia firme y ejecutoriada dictada por cualquier tribunal de los que serían naturalmente competentes para conocer de estos asuntos.

Al respecto se ha señalado que “el arbitraje se concibe, por tanto, como un sistema voluntario, alternativo y excluyente al que regula el Estado, destinado básicamente a resolver conflictos jurídicos entre particulares y que se concibe como un mecanismo más eficaz que el anterior”²⁵. En el presente párrafo se vuelve a plantear el tópico -ya revisado- de la naturaleza jurídica del arbitraje, que, como ya mencionamos, para nosotros, la institución en comento por ningún motivo es excluyente ni paralela a la jurisdicción estatal, ni extrajurisdiccional, por lo cual nos remitimos a lo ya señalado en el punto pertinente.

I.4.3.1. Acuerdo de arbitraje

No es posible dejar de lado, al tratar del arbitraje voluntario, la forma en que este mecanismo nace a la vida jurídica, materializando la alternativa que otorga la ley; nos referimos al pacto de arbitraje. Así se ha expresado que “el acuerdo arbitral es un contrato en virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, presente o futura, se resuelva mediante arbitraje”²⁶. Por su parte, Aylwin señala que “la fuente del arbitraje voluntario es una

²⁵ María Fernanda Vásquez, *Arbitraje en Chile Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencia* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 16.

²⁶ Francisco González de Cossio, *Arbitraje*, 4ª edición (DF México: Editorial Porrúa, 2014), 181.

convención de arbitraje. Llamamos con esta denominación genérica al acuerdo de voluntades que, en todo arbitraje voluntario, debe producirse previamente entre las partes, acuerdo por el cual sustraen determinado asunto contencioso a la jurisdicciones ordinarias y determinan a su respecto la competencia de jueces árbitros”²⁷.

Respecto a la regulación legal de este pacto arbitral, la ley, particularmente el CdePC y el Código Orgánico de Tribunales, en múltiples artículos utilizan la palabra “compromiso”, o la frase “acto constitutivo del compromiso”; sin embargo, en ningún lugar se encarga de definir qué vendría siendo aquel; es por ello que lo anterior ha quedado entregado más que nada a lo que señale la doctrina y la jurisprudencia, quienes han entendido que realmente existirían dos tipos de convenios de arbitraje, el compromiso y la cláusula compromisoria.

Se ha señalado que “el compromiso es una convención por la cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan”²⁸. No obstante lo expresado, en el sentido de que esta convención no se ha definido por la ley, se entiende que su concepto se desprende del artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales, el cual regula el “nombramiento de árbitro”, que debe realizarse por escrito y contener los siguientes requisitos: i) nombre y apellido de las partes litigantes; ii) el nombre y apellido del árbitro nombrado; iii) el asunto sometido al juicio arbitral; iv) las facultades que se confieren al árbitro, y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones; en caso de que faltara la expresión de alguna de las menciones i), ii) o iii), el acto no tendrá valor.

En cuanto a la cláusula compromisoria, “se la define como una estipulación en virtud de la cual las partes sustraen determinado asunto litigioso del conocimiento de la justicia ordinaria y lo someten a juicio arbitral, pero reservándose el derecho de designar árbitro en acto posterior”²⁹.

²⁷ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 81.

²⁸ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 213.

²⁹ Casarino, *Manual de Derecho Procesal Orgánico*, 16

Como podemos darnos cuenta, la única diferencia existente entre ambas convenciones, es la circunstancia de que en el compromiso se designa de manera específica el (los) árbitro (s) que conocerá (n) del asunto sometido a su decisión; en cambio, en la cláusula compromisoria simplemente se acuerda el propósito general de someter un determinado asunto a juicio arbitral, no designando de forma específica la persona del árbitro o árbitros, pero siendo ello necesario con posterioridad, para que efectivamente pueda constituirse el tribunal arbitral; se podría decir entonces que el compromiso está un paso más adelante que la cláusula compromisoria, porque en el caso de que exista esta última, habrá que realizar un acto adicional.

Por último, cabe mencionar que, tanto el compromiso como la cláusula compromisoria, deben cumplir con los requisitos de validez de todo acto jurídico, esto es: i) partes capaces; ii) consentimiento libre y espontáneo (exento de vicios); iii) objeto lícito; iv) causa lícita; v) formalidades.

I.5. Quiénes pueden ser árbitros

Es pertinente realizar una revisión, respecto a las particulares características que deben concurrir en la persona del árbitro o árbitros, para poder ejercer eficazmente -ante el Derecho- su labor. De esta manera, veremos los requisitos que es menester que existan, para que un árbitro sea **capaz** de ejercer las funciones para las cuales es designado; además de las **prohibiciones o inhabilidades** que establece la ley en ciertos casos. También, se tratará el cómo reclamar de las posibles incapacidades o inhabilidades y cuál sería la sanción ante ellas.

I.5.1. Requisitos de capacidad

Conforme a lo expresado por el artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales, se desprenden los siguientes requisitos legales para poder ejercer las labores de árbitro: a) ser persona natural; b) mayoría de edad, con la excepción del abogado; c) que la persona nombrada tenga la libre disposición de sus bienes; d) que el compromisario sepa leer y escribir; e) profesión de abogado, si es nombrado en calidad de árbitro de Derecho. A continuación, pasaremos a revisar cada uno de ellos.

A) Ser persona natural: estimamos que el presente requisito de capacidad es patente y por ello no requiere demasiado análisis, sin embargo, suele ser igualmente tratado en doctrina. Por ejemplo, tratándose del requisito siguiente -mayoría de edad- es claro que él no podría concurrir en una persona jurídica u otra clase de entidad. Por razones de este tipo es que creemos lo señalado al comienzo. Asunto aparte es el relativo al llamado “arbitraje institucional”, que veremos al término de este capítulo.

Respecto a este requisito -y la posibilidad de modificación- se ha expresado que, “Si bien *de lege lata* tal requisito nos parece lógico, lo cierto es que *de lege ferenda* la cuestión es más discutible. En efecto, algunos ordenamientos jurídicos ya contemplan esta posibilidad y un sector doctrinal no menor aboga por afianzar y expandir tal realidad a otros sistemas. El razonamiento que subyace a este planteamiento expresa la idea de que si bien la actividad arbitral propiamente tal sólo puede ser desarrollada por personas físicas, la acción de juzgar y fallar también podría ser entregada a una persona jurídica en tanto es capaz de lograr consensos en su seno a partir de las personas que la conforman, sobre todo si atendemos al hecho análogo de que un tribunal arbitral colegiado se comporta de la misma forma, es decir, sus decisiones emanan de la entidad en bloque, no de sus integrantes de manera individual. En tal sentido, la propuesta intenta que la persona jurídica se constituya para dichos fines y se vuelva un órgano deliberante especializado en distintas materias a la que de manera profesional pueda encomendarse la resolución de una determinada controversia”³⁰.

Como señala la citada autora, es discutible el hecho de expandir la posibilidad de desarrollar la función de árbitro, a entidades distintas de las personas naturales. De partida, ello implicaría desarrollar normativa para efectos de regular a aquellos entes, que podrían llegar a ser vistos como verdaderos “centros de justicia” privados, lo que en nuestra opinión sería bastante poco adecuado. En fin, muchos pueden ser los reparos que merezca esta posibilidad, y que no es del caso -desafortunadamente- seguir tratando aquí.

³⁰ Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 188.

B) Mayoría de edad, con la excepción del abogado: conforme a lo señalado por el artículo 26 del Código Civil, se alcanza en Chile la mayoría de edad al cumplir 18 años. Sin embargo, en caso de que la persona llamada a ejercer las funciones de árbitro posea la profesión de abogado, este requisito podrá ser obviado; respecto a esta excepción, “se ha pensado, con razón, que la capacidad y versación propias de quien es abogado en ejercicio suplen la falta de experiencia proveniente de los cortos años”³¹. De todas formas, muy extraño será el caso en que actúe como árbitro alguien menor de 18 años, que, a su vez, sea abogado.

C) Que la persona nombrada tenga la libre disposición de sus bienes: tradicionalmente se ha entendido, que este requisito corresponde a que la persona nombrada árbitro sea plenamente capaz, civilmente hablando. De esta forma, no cabría distinguir entre libre “administración” de sus bienes y libre “disposición” de sus bienes, si no que mirar ambas frases como sinónimas. Así se ha expresado que, “En realidad, nos parece prudente pensar que para nuestra Ley ambas expresiones tienen una acepción genérica, equivalente a plena capacidad civil, de goce y de ejercicio”³². De este modo, simplemente habría que seguir la regla general consagrada en el artículo 1446 de nuestro Código Civil, la que establece la capacidad de todas las personas en general; las excepciones a esta regla se encuentran en el artículo 1447, el cual establece incapacidades generales, esto es, señala quiénes son incapaces de celebrar cualquier tipo de acto jurídico, y además -en su inciso final- expresa que existen otras incapacidades especiales, las cuales consisten en la prohibición que la ley establece para ciertas personas para la celebración de determinados actos jurídicos³³.

Sin embargo, también se ha entendido que la frase “libre disposición de sus bienes” puede inducir a equívocos, lo que nosotros también compartimos; así, por ejemplo, Vásquez señala que, “Si bien la doctrina se ha ocupado de aclarar que con esta

³¹ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 163.

³² Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 163.

³³ Gonzalo Figueroa, *Curso de Derecho Civil Tomo II*, 5ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 107.

expresión se alude a la capacidad general, consideramos que la expresión "libre disposición de los bienes" no es acertada y mueve a confusión, por cuanto en realidad no se requiere que el árbitro disponga de ninguno de sus bienes al ejercer su función arbitral. Frente a ello debemos hacer hincapié en la necesidad de enmendar la norma [...]”³⁴. En este sentido, una buena forma de plantear normativamente este requisito, podría ser como lo efectúa la ley 60/2003 española -de arbitraje- que en su artículo 13 se refiere a la “capacidad para ser árbitro”, señalando que, “pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles [...]”, siendo aquello mucho más claro, a nuestro juicio.

- D) Que el compromisario sepa leer y escribir: constituye este un requisito lógico -al igual que los demás- para poder ejercer funciones de árbitro. De partida, el árbitro, a lo largo del proceso, deberá conocer y apreciar todos los antecedentes que las partes le presenten, entre los que habrá documentos, para lo cual debe saber leer. Además, en su rol de sentenciador, deberá redactar resoluciones, para lo cual deberá saber escribir. Por otra parte, no se exige que el árbitro tenga el sentido de visión, por lo que perfectamente alguien ciego podría ser árbitro, siempre que pueda leer y escribir.
- E) Profesión de abogado, si es nombrado en calidad de árbitro de Derecho: corresponde a nuestro juicio, a un requisito *sine qua non*, en virtud de la forma en que un árbitro de Derecho tramita y falla. ¿Podría -de manera segura y efectiva- alguien que no es abogado, ejercer labores como árbitro de Derecho? Estimamos firmemente que no, no por el hecho de que todos los abogados tengan un vasto conocimiento de la ley procedimental y de fondo, sino, por la sencilla razón de que por lo menos tienen -o deberían tener- un mínimo conocimiento de ella, lo que los convierte en aptos para poder interpretarla y aplicarla en un caso concreto. La misma razón vale para los árbitros mixtos, que tramitan como arbitradores, pero deben fallar en conformidad a la ley³⁵, por el hecho de que el 223 del COT señala que ellos son árbitros de Derecho, a los que se les conceden facultades de arbitrador en lo procedimental.

³⁴ Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 190.

³⁵ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 167.

I.5.2. Prohibiciones e inhabilidades

De partida, no pueden ejercer funciones de árbitro, las partes del asunto llamado a ser conocido y resuelto por este. Aquello resulta de toda lógica, toda vez que el arbitraje es una manifestación de la heterocomposición, la que “en su forma más evolucionada se define como la intervención de un tercero ajeno e imparcial en la solución del conflicto”³⁶. El árbitro ejerce funciones de juez, por lo que claramente no puede ser él una parte del conflicto, esto, por lo demás, constituye un principio general del Derecho, recogido en el adagio latino *nemo esse iudex in sua causa potest*.

Por otra parte, como revisamos en alguna parte de este trabajo, el proceso arbitral debe cumplir con las garantías de un justo y racional procedimiento, al ser aquello un derecho constitucional; siendo una de las manifestaciones más claras del debido proceso, el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial. Estimamos que aquí más bien estamos refiriéndonos a la imparcialidad, porque “La independencia se refiere a un aspecto o faceta más estática u orgánica frente a lo funcional o procesal que implica la imparcialidad. Dicho de otro modo, la independencia se relaciona con la doctrina de la separación de poderes y con la autonomía para juzgar de todo juez dentro de la estructura judicial interna. **La imparcialidad a su vez dice relación con posibles relaciones del juez con las partes de la causa o con el objeto litigioso**”³⁷. La única excepción a esta inhabilidad, conforme al artículo 226 del Código Orgánico de Tribunales, viene dada por la institución del arbitraje testamentario, regulado en los artículos 1323 a 1325 del Código Civil, que no revisaremos aquí por motivos de focalización.

En segundo lugar, tienen prohibido actuar como árbitros, los jueces letrados y los ministros de los Tribunales superiores de justicia, salvo el caso de que exista algún vínculo de parentesco de aquellos que autorizan la implicancia o recusación, con quien los nombra; lo

³⁶ Hugo Ítalo Morales, “La conciliación laboral”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2, núm. 3 (2011): 200.

³⁷ Andrés Bordalí Salamanca, “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33, núm. 2 (2009): 281.

anterior, en virtud de la interpretación sistemática de los artículos 226 y 317 del Código Orgánico de Tribunales.

En tercer lugar, no pueden ejercer labores de árbitro los fiscales judiciales, salvo el caso de que exista algún vínculo de parentesco de aquellos que autorizan la impugnación o recusación, con quien los nombra. Además, los notarios no pueden actuar como árbitro en caso alguno, sin excepciones. Lo anterior, conforme al artículo 480 del Código Orgánico de Tribunales.

Por último, en cuanto a la oportunidad en que la persona nombrada como árbitro debe reunir los requisitos de capacidad y no adolecer de alguna o algunas de las prohibiciones antes revisadas, se ha entendido que es al momento de la aceptación del cargo, “[...] pues es aquí donde se genera el vínculo con las partes y comienza el juicio arbitral. Antes de ello, su nombramiento no representa más que la voluntad de las partes, que le es del todo inoponible a este tercero”³⁸.

I.5.3. Mecanismos para reclamar de la incapacidad/inhabilidad y posibles sanciones

En relación a la sanción frente a la existencia de un árbitro incapaz y/o que adolece de alguna inhabilidad, se han suscitado en doctrina diversas opiniones, que van desde la nulidad relativa, pasando por la absoluta, finalizando en una mera nulidad procesal. Por nuestra parte, creemos que hay que realizar diversas distinciones.

En primer lugar, respecto a los requisitos de capacidad para ser árbitro, es necesario desentrañar qué naturaleza tienen, porque en gran parte, de ello dependerá la sanción frente a su incumplimiento. Don Patricio Aylwin, estima al respecto que, “los requisitos de capacidad del árbitro no están establecidos bajo pena de nulidad, ni la ley asigna a su omisión ningún otro castigo. El nombramiento de una persona incapaz no afecta en consecuencia a la validez del compromiso”³⁹. Nosotros somos de la opinión de que la redacción del artículo 226 del Código Orgánico de Tribunales no es la más feliz, porque no utiliza un lenguaje en sentido imperativo, caso en el cual no quedarían dudas respecto a que

³⁸ Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 200.

³⁹ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 173.

lo que en él se expresa son requisitos que los árbitros **deben** cumplir para ejercer como tales; sin embargo, al utilizar expresiones como “puede” y “pueden”, utilizando la herramienta interpretativa del argumento a contrario, se puede llegar a la conclusión de que en todo el resto de los casos no expresados en la norma, **no se puede** ser árbitro. Así las cosas, estimamos que los requisitos de capacidad, leídos en el sentido antes expresado, serían de aquellos que la ley establece para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a su naturaleza, por lo que su incumplimiento acarrearía nulidad absoluta.

En segundo lugar, creemos que hay que atender al instrumento en que se realiza el nombramiento del árbitro, porque de ello dependerá la forma de accionar frente a la inhabilidad. Así, podría tratarse del compromiso, caso en que el nombramiento es parte de este mismo acto; o bien, tratarse de nombramiento en acto separado, como sería, por ejemplo, en caso de que existiese una cláusula compromisoria, o en caso de que éste se haya realizado por la justicia.

Realizadas estas disquisiciones, somos de la opinión de que la sanción frente al incumplimiento de los requisitos de capacidad del árbitro, es la nulidad absoluta, por los motivos señalados anteriormente. Pero teniendo en consideración, la circunstancia de que para llegar a esta conclusión, realizamos una interpretación conjunta del artículo 226 del Código Orgánico de tribunales -que se refiere a los requisitos de capacidad- con el 234 del mismo código, que trata de los requisitos del nombramiento. Porque, si en el nombramiento del árbitro debe individualizarse claramente a este, además de señalar sus facultades, entre otras cosas, ¿no debe acaso ser nombrado árbitro una persona que cumpla con los requisitos de capacidad que la ley establece? Creemos que este es el centro de la cuestión, interpretar la ley como un conjunto, llegando a la conclusión de que si se nombra a alguien como árbitro, en este nombramiento se debe cumplir con los requisitos establecidos por la ley para que alguien pueda ejercer estas funciones; entonces, si no se cumple con ellos, el nombramiento adolecería de nulidad absoluta, por estar estos requisitos consagrados para el valor del mismo acto, en atención a su naturaleza⁴⁰.

⁴⁰ En un sentido similar, ver. Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 222.

Pero, por otro lado, somos plenamente conscientes de lo que implica en cuanto a tiempos de tramitación el plantear una acción de nulidad. Por lo anterior -aunque con existencia absolutamente independiente- estimamos que nada obsta a que se pueda accionar por vía de la nulidad procesal en estos casos, para lo que nos remitimos a las normas que la regulan. De partida, ello es muchísimo más sencillo, porque se reclama por mecanismos intraprocesales, como por ejemplo, un incidente de nulidad, una excepción, un recurso de casación en la forma (incluso casación de oficio), o también podría declararse de oficio por él o los árbitros. Por ello, creemos que no hay dudas de que lo anterior es por lejos lo más eficiente en estos casos.

Respecto a las inhabilidades, adherimos plenamente a la opinión de Aylwin, quien expresa que, “Las “inhabilidades” para ser árbitro, tanto por la forma externa que el legislador emplea para establecerlas, como por su espíritu y contenido, importan auténticas prohibiciones; quien designa árbitro a una persona inhábil efectúa un acto prohibido por la ley que, en consecuencia, adolece de nulidad absoluta (CC, arts. 10, 1466 y 1682). El acto nulo es en este caso el nombramiento mismo, que puede impugnarse según las reglas de las convenciones; su nulidad declarada acarrea consigo la del arbitraje que le sigue”⁴¹. Aunque también creemos que aquí queda a salvo la herramienta de la nulidad procesal.

I.5.4. Implicancias y recusaciones en el arbitraje

Por último, muy importante es referirse -aunque brevemente- a las implicancias y recusaciones, en relación con los jueces árbitros. Expresa el artículo 243 del Código Orgánico de tribunales que, “Los árbitros nombrados por las partes no pueden ser inhabilitados sino por causas de implicancia o recusación que hayan sobrevenido a su nombramiento, o que se ignoraban al pactar el compromiso”.

“Las implicancias y recusaciones son causales que inhabilitan a un juez o funcionario naturalmente competente para conocer o participar, en un asunto determinado, por considerarse que existe un interés presente que le hace perder la imparcialidad requerida en

⁴¹ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 173.

la función que desempeña. Esta inhabilidad debe ser declarada judicialmente y fundada en una causa legal”⁴². No debemos olvidar un punto importantísimo, que es el relativo a la distinta naturaleza que presentan estas causales. Porque las primeras, se refieren a ciertas situaciones en que la imparcialidad del juez se ve comprometida de una manera grave, y en virtud de ello “las causales de implicancia son irrenunciables; son verdaderas prohibiciones que establece la ley, en virtud de las cuales los jueces están inhabilitados para conocer de determinados asuntos, sin que la parte afectada pueda desestimarlas”⁴³. Por su parte, las segundas, se refieren a situaciones en que la imparcialidad del juez o jueces se ve afectada de una manera más leve, y por ello “las recusaciones, no son de orden público y están establecidas en el interés de las partes (tienen gravedad relativa)”⁴⁴; se refieren a una especie de arbitrio de las partes, algo así como el “derecho” a recusar.

Sin embargo, distinto al marco general referido, es el panorama en el arbitraje. De partida, se ha entendido que en virtud de lo dispuesto por el artículo citado al comienzo de este apartado -que señala que solo se puede reclamar respecto de una causal que sea posterior al nombramiento o que no se haya conocido al momento del compromiso-, la diferenciación entre causales de implicancia y recusación en cuanto a su renunciabilidad, perdería todo sentido. 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 inhabilidad de esa clase, siempre que de ello hubieran tenido conocimiento al momento de pactar el convenio arbitral⁴⁵. Así, las causales de implicancia perderían su naturaleza de prohibiciones de orden público, siendo renunciables por las partes, al poder instituir como árbitro a alguien que adolezca -con conocimiento de ellos- de la existencia de alguna de estas causales. Respecto a las causales de recusación, simplemente habría que aplicar el razonamiento general, en cuanto a que ellas son por naturaleza, renunciables.

⁴² Eric Chávez, *Derecho Procesal Orgánico y Funcional*, 8ª edición (Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas, 2021), 203.

⁴³ Carlos Stoeckel, *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*, 6ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010), 175.

⁴⁴ Eric Chávez, *Normas comunes a todo procedimiento*, 3ª edición (Santiago, Tofulex Ediciones Jurídicas, 2020), 381.

⁴⁵ Alejandro Romero Seguel, “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”, *Revista Chilena de Derecho* 28, núm. 3 (2001): 526.

Un patente inconveniente de la circunstancia antes expresada, es cómo saber a ciencia cierta, que las partes -perjudicadas eventualmente por la existencia de la causal- tenían conocimiento de ella al momento de pactar el compromiso, en cuyo caso no podrían reclamar de esta. Esto, debe ser conjugado con la obligación que pesa sobre los jueces, de hacer saber a las partes, que son objeto de una causal de implicancia o recusación, y en tal sentido declararse inhabilitados o pedir la declaración de inhabilitación correspondiente, en virtud del artículo 199 del Código Orgánico de Tribunales; estimando nosotros que este deber también se aplica a los árbitros. Sin embargo, la referida obligación tendrá lugar a partir del momento en que la persona ya se desempeña como árbitro, es decir, desde que acepta la designación; por tanto, el problema se suscita en que este deber no tiene lugar “al momento de pactar el compromiso”, que es cuando es vital el conocimiento de estas circunstancias en la justicia arbitral, so pena de luego no poder reclamar de ellas. Así, Vásquez, de manera muy clara señala que, “No se trata por tanto de cuestionar la posibilidad de renuncia, que, en líneas generales, es pertinente en materia arbitral, sino en la necesidad de contar con los resguardos necesarios que permitan asumir una renuncia con garantías, donde se torna crucial la necesidad de una declaración formal de parte del árbitro, previo a asumir sus funciones [.....]”⁴⁶. Por ello, somos de la opinión de que debería existir un deber legal sobre las personas que se designan como árbitros, en el sentido de que antes de que acepten la designación, deban señalar de manera detallada a las partes, si es que se consideran comprendidos dentro de alguna o algunas de las causas legales de implicancia y/o recusación; no obstante la circunstancia de que las partes puedan establecer este deber de manera convencional.

I.6. Nombramiento e instalación del tribunal arbitral

Habiéndose ya referido a los requisitos que deben concurrir en una persona para poder ejercer como árbitro -y ciertos asuntos relacionados con ello- estimamos que el orden lógico consiste -en general- en tratar el cómo estas personas son efectivamente nombradas para el ejercicio del cargo y qué actuaciones deben realizar las mismas para poder entrar, eficazmente, en pleno funcionamiento.

⁴⁶ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 207.

I.6.1. Nombramiento

Como ya mencionamos en alguna parte de este trabajo, conforme a la definición de árbitro que realiza el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales, se llega a la conclusión de que el nombramiento de los mismos se realiza por las partes, o, en subsidio, por la justicia. A lo anterior, hay que agregar ciertos casos en que la misma ley señala el árbitro; además de los casos en que el causante nombra al partidario. Nosotros nos avocaremos a las dos primeras situaciones, por ser las de mayor ocurrencia.

El nombramiento de árbitros procede en consecuencia, como acto independiente, cada vez que la ley o una cláusula compromisoria hacen forzoso para las partes el arbitraje, imponiéndoles la obligación de designar árbitros. Y debe llevarse a efecto tantas veces cuantas sean necesarias para que el arbitraje se verifique, a menos que las partes, de común acuerdo, convengan en resolver por sí mismas el objeto del arbitraje o deroguen la cláusula compromisoria⁴⁷.

I.6.1.1. Nombramiento por las partes

Aquel, en virtud de lo dispuesto por el artículo 232 del Código Orgánico de Tribunales, debe realizarse con el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio; aquello obedece a la razón de que el acto del nombramiento se realiza en consideración a la persona del árbitro, por razones -no exclusivamente- de confianza, por ello, es menester que todas las partes estén de acuerdo en quien va a ocuparse de solucionar su problema.

Este nombramiento puede hacerse extrajudicialmente o bien ante el juez en el comparendo que se cite al efecto a pedido de alguno de los interesados⁴⁸; es decir, de forma puramente convencional; o, de manera convencional, pero con el auxilio o por intermedio de la justicia.

Respecto al nombramiento netamente convencional, éste deberá realizarse en un instrumento independiente -con la excepción ya revisada del compromiso, porque en él directamente se

⁴⁷ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 327.

⁴⁸ Rafael Eyzaguirre, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981), 45.

nombra él o los árbitros- cumpliendo necesariamente con los requisitos del artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales, ya expuestos en relación al compromiso. Normalmente esto se materializará en un instrumento público o privado que otorguen las partes, por ejemplo, una escritura pública en que se cumplan los requisitos referidos.

Pero también puede ocurrir, que las partes no logren ponerse de acuerdo en la persona del árbitro a nombrar, en cuyo caso, el nombramiento debe realizarse por la justicia ordinaria, aplicándose las normas que el CdePC establece para la designación de peritos. Conforme a lo expuesto por el artículo 414 del código antes señalado, en aquella situación, el tribunal citará a las partes a una audiencia, previa solicitud de cualquiera de ellas, que tendrá lugar con las partes que asistan, teniendo por objeto el nombramiento del árbitro.

Es en esta audiencia, en donde, antes que todo, se les dará a las partes la posibilidad de concordar en una persona o personas determinadas para ejercer las funciones de árbitro; en cuyo caso, si logran acordar, el juez dictará una resolución en tal sentido -más adelante nos referiremos en detalle a las aristas de esta gestión judicial-, que también debe cumplir con los requisitos generales del nombramiento de árbitro. Somos de la opinión, de que, a pesar de que aquí existe un acto de la justicia, debe atenderse a la base de este nombramiento, que reside en la voluntad de las partes, por ello creemos que es “en esencia” convencional, pero con el auxilio de la justicia. En un sentido parecido, aunque independizando más aún esta situación, Vásquez señala que, “en otras palabras, la designación podrá ser directa o indirecta, pero siempre serán las partes quienes deban realizarla. El acto del nombramiento es un acto personalísimo y común que tiene su lógica en el hecho de que los árbitros reciben su competencia de manos de las partes. Se trata de un acto crucial en el desarrollo y éxito del arbitraje, que presenta como elemento de la esencia su carácter privado y transitorio”⁴⁹.

I.6.1.2. Nombramiento por la Justicia ordinaria

Como ya señalamos, si es que en un primer acercamiento las partes no logran acordar en la persona del árbitro, cualquiera de ellas está facultada para acudir ante la justicia ordinaria y

⁴⁹ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 215.

solicitar que se cite a una audiencia para efectos de que se designe árbitro. Puede que, como vimos, en esta gestión exista acuerdo de las partes; pero también puede ocurrir que no, ya sea cuando no se alcance la unanimidad, o bien, cuando no concurren todas las partes legalmente citadas a la audiencia, en los términos del artículo 415 del CdePC.

Importante es referirse a la naturaleza de esta gestión judicial de nombramiento de árbitro, para lo que estimamos que la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia puede arrojar luz. Son numerosos⁵⁰ los fallos de la Excelentísima Corte Suprema, referidos a los recursos de casación en la forma y/o fondo, en que se trata de impugnar resoluciones en que se designó árbitro.

Por ejemplo, el referido máximo tribunal, ha expresado:

“Primero: Que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó dar cuenta del recurso de casación en el fondo deducido por los demandados en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó la de primera instancia que designó árbitro liquidador de la sociedad conyugal existente entre don Jorge Poblete Grez y doña Claire Geraghty Kearney.

Segundo: Que conforme lo dispone el artículo 767 del Código de Procedimiento Civil, El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencias definitivas inapelables e interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas, en lo que interesa, por Cortes de Apelaciones, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley, y aquella haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia.

Tercero: Que el recurso formulado persigue la invalidación de la sentencia que designó al juez partidor de los bienes quedados al fallecimiento de don Jorge Poblete Grez, decisión

⁵⁰ A modo de referencia. Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 52981-2021. Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 71874-2020.

cuya naturaleza jurídica no corresponde a ninguna de las descritas en el fundamento anterior, por lo que se debe declarar improcedente en esta etapa procesal. Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 767 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se declara inadmisibile el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la resolución de veintiuno de noviembre de dos mil diecinueve.

Acordado con el voto en contra de la Ministra señora Repetto, quien fue del parecer de revisar los demás aspectos relacionados con la admisibilidad del recurso para los efectos del artículo 782 inciso segundo del Código de Procedimiento Civil, por considerar que la gestión de nombramiento de árbitro ha concluido mediante una sentencia que pone fin a la instancia, y, aun cuando se considerara que en la especie se trata de una gestión no contenciosa, tendría aplicación lo dispuesto en el artículo 822 del mismo cuerpo legal, según el cual, contra las resoluciones dictadas podrán entablarse los recursos de apelación y casación de acuerdo con las reglas generales”⁵¹.

A pesar de ser la cita algo extensa, este fallo nos entrega elementos trascendentes.

En primer lugar, del voto disidente -existente en términos muy similares en fallos relativos a este asunto- se deriva la circunstancia de que se estima que la gestión de nombramiento de árbitros es de naturaleza contenciosa, porque él señala, “y, aun cuando se considerara que en la especie se trata de una gestión no contenciosa”, dando a entender que lo que se entiende - en la generalidad de los casos- es lo contrario. Respecto a ello, Aylwin, que estima que en caso de no existir oposición, será una gestión de naturaleza no contenciosa, señala que, “sin embargo, en la práctica no se ha entendido así y se considera que el nombramiento judicial de árbitros es la primera gestión del juicio arbitral y, en consecuencia, un incidente de éste y un acto de naturaleza contenciosa”⁵².

En nuestra opinión, a pesar de ser aquel el entendimiento generalizado de esta gestión, estimamos que dista de ser técnicamente correcto; porque, ¿es el nombramiento de árbitro

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 21255-2020 (Civil), Casación fondo.

⁵² Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 332.

una cuestión accesoria a un proceso determinado? Sin duda que no lo es, por la sencilla razón de que no se ha iniciado juicio alguno, y justamente lo que se está buscando es que se nombre a una o más personas, para que ejerzan funciones de árbitro en un proceso que luego podrá o no comenzar, mediante alguna presentación de parte ante él o los nombrados. No decimos nosotros que eventualmente aquello no pueda ser una gestión de carácter contencioso, porque nada obsta a que alguna parte se oponga, sino que no compartimos la visión, en cuanto a considerarlo un “incidente” de un juicio que aún no se ha iniciado, que es inexistente.

En segundo lugar, habiendo expresado cómo se entiende esta actuación, podemos señalar que, si se refiere a un incidente, la resolución que sobre él recaiga corresponde a una sentencia interlocutoria. En el citado caso, se apeló de una resolución de esta naturaleza, confirmando la respectiva Corte de Apelaciones el fallo del tribunal de primera instancia, y luego se dedujo un recurso de casación en el fondo en contra de esta última resolución. La Corte declaró inadmisibile el recurso, por estimar que la resolución recurrida no era de aquellas que habilitan para interponerlo, a saber: sentencias definitivas inapelables, e interlocutorias inapelables cuando ponen término al juicio o hacen imposible su continuación, dictadas por Cortes de Apelaciones, siempre que se hayan pronunciado con infracción de ley, que haya influido substancialmente en lo dispositivo de la sentencia. Es decir, para la Corte, de partida no corresponde a una sentencia definitiva -ni siquiera apelable, porque ya había existido segunda instancia-, lo que confirma el hecho de que se trata de un incidente; por otra parte, no es una interlocutoria inapelable -porque ya existió segunda instancia- de las que ponen término al juicio o hacen imposible su prosecución, por la sencilla razón de que con ella, más bien -en el entendido clásico- se abre el juicio arbitral, constituyendo su primera gestión, entonces, no podría terminar este juicio, ni impedir que prosiguiese.

Por otra parte, el hecho de que este asunto se trate como contencioso, implica que existe o puede existir controversia, por tanto, puede haber oposición. Desde luego, en el mismo comparendo al que se cita a las partes, alguna o algunas de ellas se pueden oponer al nombramiento. Podría darse el caso, por ejemplo, de que alguna parte estime que no es

procedente nombrar árbitro, porque no existe algún fundamento para que se constituya un tribunal arbitral; también, que no hay ninguna relación jurídica que lo ligue con la otra parte; que el asunto ya fue resuelto; entre otras muchísimas opciones. “En todo caso la oposición, cualquiera que sea el fundamento que se le dé y la forma como se plantee, importa precisamente el rechazo de la obligación de nombrar árbitros, sea desconociendo de modo absoluto su existencia o eficacia, sea negando su exigibilidad en el caso concreto o en el momento actual, sea sosteniendo que está cumplida o caducada”⁵³. Existen diversas opiniones respecto a la manera en que deben ser tramitadas estas oposiciones -que dependerán respecto a si se entiende que se refieren a asuntos que requieren un conocimiento somero u extenso por parte del juez-; ya sea en el mismo incidente, en juicio ordinario, en juicio sumario, pero no podemos entrar aquí a revisar cada una de ellas⁵⁴.

Ahora bien, en caso de que ya esté despejada la controversia acerca de sí efectivamente debe proceder el nombramiento de árbitro, o si no se suscitó este inconveniente pero aun existe desacuerdo, corresponderá al juez realizarlo. En él, se deben cumplir los requisitos comunes a todo nombramiento – artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales- además de que pueden existir requerimientos especiales que las mismas partes hayan convenido. “Las exigencias convencionales, por su parte, son aquellas que las partes han previsto como requisitos particulares para efectuar la designación del tribunal arbitral y que deben ser respetadas tanto por éstas, como por la justicia ordinaria o el tercero al que se confía la designación. Así, las partes pueden establecer que el árbitro tenga la calidad de arbitrador o de derecho, que tenga 10 años de profesión, etc., y ellas serán respetadas en cuanto no contraríen expresas disposiciones legales”⁵⁵. Además, en caso de que las partes nada hubiesen expresado, deberán ser aplicadas las reglas generales y supletorias, en cuanto a las características del árbitro y del arbitraje, del artículo 235 del Código Orgánico de Tribunales.

Por último, el referido nombramiento se manifestará en una resolución judicial, que, como revisamos, se entiende de manera general que es una sentencia interlocutoria, y contra ella,

⁵³ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 344.

⁵⁴ Al respecto, Ver. Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 344-348.

⁵⁵ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 223.

podrán entablarse todos los recursos que la ley franquea, mientras se cumplan los requisitos -no solo objetivos- para poder recurrir.

I.6.2. Aceptación

Para efectos de que realmente la persona nombrada árbitro pueda considerarse tal, no es suficiente el mero hecho de su designación mediante cualquiera de las formas revisadas; sino que aquello corresponde a un acto realizado por terceros, en que solo se nombra a cierta persona, pero donde su voluntad no se encuentra manifestada de ninguna manera, por lo que, como es la regla general en Derecho, no podría encontrarse obligado. Entonces, será necesario que esta persona (s) realice (n) una declaración de voluntad, en el sentido de aceptar el nombramiento como árbitro, conforme al artículo 236 del Código Orgánico de Tribunales.

De aquí surgirá el llamado “contrato de compromisario”, que, “es aquel por el cual una persona se obliga a desempeñar las funciones de árbitro entre otras que litigan, y éstas, generalmente, a remunerarle sus servicios con un honorario”⁵⁶; en que el nombramiento de las partes vendría a ser la oferta de celebrar el contrato; siendo la aceptación, la declaración del árbitro en términos de aceptar el nombramiento; perfeccionándose así el mismo. Este contrato no se encuentra regulado en nuestro Derecho, a diferencia, por ejemplo, de Argentina, en que el artículo 1662 del Código Civil y de Comercio, señala expresamente que “el árbitro que acepta el cargo celebra un contrato con cada una de las partes”. En nuestro país, se le ha tratado como un mandato, también como arrendamiento de servicios inmateriales; por nuestra parte, estimamos que es un contrato atípico, lo que no obsta a que se le puedan aplicar, en ciertas situaciones, reglas de contratos nominados⁵⁷.

“La importancia de la aceptación podría resumirse en el hecho que con ella surge una relación obligacional recíproca entre las partes del convenio y él o los árbitros nombrados. Con la aceptación, el árbitro se obliga cumplir su encargo dentro del plazo y formas estipuladas por las partes o la ley en subsidio, y para las partes, nace el deber de remunerar estas funciones.

⁵⁶ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 352.

⁵⁷ En un sentido similar y útil, Ver. María Graciela Brantt Zumarán y Claudia Mejías Alonzo, “El Derecho Supletorio del Contrato de Servicios en el Código Civil Chileno. Insuficiencia de las Reglas del Mandato y del Arrendamiento”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (2016): 71-103.

Ambas obligaciones presentan una diferencia radical, pues mientras la primera resulta ser de la esencia de esta convención, la segunda podría renunciarse por el interesado de modo que es sólo un requisito de naturaleza”⁵⁸.

En lo relativo al momento de la aceptación, esta podrá ser en cualquier momento posterior al nombramiento, aunque solo sea un instante. Respecto a la forma, aquello no está regulado por la ley; puede ser realizada en el compromiso; en el mismo documento del nombramiento; por instrumento separado; también, por declaración en tal sentido ante el juez o un ministro de fe que le notifique el hecho de haber sido designado árbitro.

En cuanto a las obligaciones del árbitro, los artículos 236 y 240 del Código Orgánico de Tribunales hablan del “encargo”. Precisamente, el segundo artículo referido, señala que el árbitro que aceptó el encargo, queda obligado a desempeñarlo. Entonces, la obligación principal para el árbitro, y de la esencia de este contrato, es aquella. Abeliuk ha señalado que este encargo corresponde a “atender el juicio como juez, y finalmente si llega a esa etapa, dictar la sentencia respectiva”⁵⁹.

Respecto a ello, estimamos que este encargo se refiere, en esencia, a desarrollar labores de juez -con todo lo que ello implica- en el conflicto que se someta a su decisión, pero que por ningún motivo, si es que las partes no le imponen al árbitro obligaciones que son propias del desarrollo de la labor de juez, significa que los árbitros no las puedan desarrollar, “Los poderes innominados se derivan de la ley porque son funcionales al desenvolvimiento del procedimiento y a la adopción de un laudo válido y ejecutable. Se trata, justamente, de prerrogativas instrumentales a la función ejercitada”.⁶⁰ Lo anterior no obsta al hecho de que las partes puedan determinar ciertos asuntos respecto a la persona del árbitro o al desenvolvimiento del proceso, pero las obligaciones y derechos de carácter judicial “no

⁵⁸ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 227.

⁵⁹ René Abeliuk Manasevich, “El arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”, en *Estudios de Arbitraje en Homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, ed. Eduardo Picand Albónico, 2.ª ed. (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 15.

⁶⁰ Enrico Del Pratto, “Los poderes innominados de los árbitros”, *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 80 (2018): 167.

arrancan del contrato, sino de la función [.....]”.⁶¹ Finalmente, al consistir en una obligación de hacer, tiene lógica y necesaria aplicación el artículo 1553 del Código Civil, en caso de que exista incumplimiento contractual por parte del árbitro.

Por su parte, la principal obligación de las partes, corresponde a pagar al árbitro los honorarios correspondientes al ejercicio de sus funciones. Nuestro máximo tribunal, ha expresado al respecto, en Escobar C. Jorge contra Heresi Z. Kemal y otros, fallo del 8/07/1981, considerando cuarto, “que todas las partes de un juicio arbitral adeudan honorarios al árbitro como quiera que se trata de una función naturalmente remunerada, realizada en beneficios de ellas”.⁶² Es decir, el entendimiento general, es que los honorarios del árbitro son una obligación de la naturaleza de este contrato, por lo que se entienden incorporados en él sin necesidad de estipulación especial, en consecuencia, en caso de que no se quiera remunerar al árbitro, aquello debería pactarse expresamente. Sin embargo, por razones de certeza y prueba, lo más recomendable es que se pacte el pago de honorarios, además de la forma en que estos se determinarían.

Se ha generado en doctrina cierta discusión respecto a la naturaleza de estos honorarios, particularmente, respecto a su relación con las costas del proceso. Una forma de verlo, ha sido entender que corresponden a costas del proceso, precisamente, costas personales⁶³; lo que implicaría que el mismo árbitro realiza la condenación en costas. Otra forma, a la que adherimos, es realizar una lectura detallada del artículo 139 del CdePC, en que se señala que son costas personales, las de los abogados y demás personas que hayan intervenido en el negocio, además de las de los defensores públicos en el caso del artículo 367 del Código Orgánico de Tribunales; por lo que no se menciona a los jueces árbitros, lo que es de toda lógica, porque la gratuidad constituye una base del correcto ejercicio de la jurisdicción, en el entendido de que la gran mayoría de los asuntos se someten en nuestro país, al conocimiento y fallo de los tribunales permanentes establecidos por la ley y no al juicio de árbitros; entenderlo de otra forma, equivaldría a sostener que el árbitro es juez y parte de su propia

⁶¹ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 361.

⁶² Raúl Tavorari, *Jurisprudencias Esenciales Derecho Civil Tomo II* (Santiago: Thomson Reuters, 2010), 661.

⁶³ En este sentido Ver. Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 365-366.

remuneración⁶⁴. Finalmente, en caso de que exista incumplimiento de esta obligación por todas o alguna de las partes, se aplican las reglas generales respecto al cumplimiento de las obligaciones de dar.

Por último, la persona nombrada árbitro puede rechazar su designación sin ninguna consecuencia adversa, salvo el caso del partidador⁶⁵. No obstante, en el caso de que el árbitro hubiese sido nombrado en un compromiso, aquel quedará sin efecto, porque es de su esencia el hecho que las partes convienen en determinada persona, por lo que ya no tendría sentido su subsistencia. En el caso de la cláusula compromisoria, subsistirá la obligación de las partes de designar nuevo árbitro, a menos que exista un sustituto.

I.6.3. Juramento

En este punto, nos encontramos en una situación tal, que la persona o personas designadas árbitro lo son propiamente tal, pero, no mediando el requisito del juramento, prescrito en el ya referido artículo 236 del Código Orgánico de Tribunales, no podrán entrar -eficazmente- a ejercer tal cargo. Resulta ser que, para que los magistrados permanentes puedan estar legalmente instalados, deben prestar juramento -jurar o prometer- de respetar la Constitución y las leyes en el ejercicio de su cargo; de lo contrario, no podrán ejercer válidamente sus funciones. De lo anterior, se deriva que el ya referido juramento, es requisito necesario para que los jueces árbitros estén legalmente instalados.

La ley, al igual que en el caso de la aceptación, no se refirió al modo en que debe realizarse este juramento. Sólo se limitó a señalar que el objeto del juramento es desempeñar el cargo de manera fiel y en el menor tiempo posible. “La norma no indica cuándo debe jurar el árbitro, por lo que la aceptación y el juramento podrían perfectamente darse en períodos distintos, ya que cada acto tiene una finalidad particular, tampoco se señala ante quién debe prestarse el juramento y si debe quedar constancia del mismo. En la práctica, los árbitros juran ante un ministro de fe (notarios públicos y secretarios de tribunales ordinarios), que así

⁶⁴ María Fernanda Vásquez Palma, “Determinación de los honorarios del Árbitro desde la óptica obligacional: problematización del estadio actual y propuesta de soluciones”, *Revista Ius et Praxis* (2009): 332.

⁶⁵ Al respecto Ver artículos 971, 1277 y 1327, todos del Código Civil.

lo hacen constar, ya sea en la escritura o el proceso respectivo”⁶⁶. En este sentido, es importante tener claridad, en cuanto a que el juramento no tiene incidencia en la relación contractual existente entre las partes y él o los árbitros; ni tampoco en el convenio arbitral, de existir este; se refiere únicamente a una formalidad de carácter procesal. Al tener este último carácter, la forma de reclamar de la falta de juramento -y, por tanto, de la incompetencia del tribunal- sería alegar la nulidad procesal, por los distintos medios que ello puede hacerse y que revisamos en relación a otro punto de este trabajo.

Sin embargo, a pesar de ser lo anterior doctrina mayoritaria, a la que además adherimos, otros han entendido en un sentido diverso el juramento, así, por ejemplo, Alarcón señala que, “El juramento, como indicamos, tiene un cariz diverso, pues este requisito normativo no provoca ni el perfeccionamiento del contrato de compromisario, ni es relevante en la consolidación de la jurisdicción en árbitro, quien puede ejercer la función a partir de la aceptación, siendo plenamente competente, pudiendo jurar en cualquier momento antes de dictar sentencia definitiva. En este sentido, el juramento no es un requisito de existencia del proceso arbitral, sino una garantía del árbitro en favor de las partes en el sentido de desempeñar fielmente su función exento de todo elemento que pudiera afectar la independencia e imparcialidad del árbitro, razón por la cual, frente a la infracción normativa señalada, dictando el árbitro la sentencia definitiva sin jurar, las partes pueden reclamar necesariamente dentro del proceso arbitral, pues una vez que la sentencia definitiva se encuentre firme, el vicio procesal señalado se sana”⁶⁷.

Nosotros somos de la opinión, de que la aceptación, por una parte, es requisito de existencia del proceso arbitral, porque solo así podrá existir un tribunal que conozca del futuro proceso -antes simplemente existe una persona que fue nombrada para desempeñar funciones de árbitro, pero respecto de la cual no ha concurrido su voluntad- siendo la existencia del tribunal, un requisito de existencia de todo proceso. Por otra parte, el juramento lo entendemos como un requisito de validez del proceso, ya que todo proceso debe contar con

⁶⁶ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 228.

⁶⁷ Carlos Andrés Alarcón Machuca. “El juramento en el proceso de arbitraje interno en Chile: reflexiones sobre la entidad de este requisito formal, analizado desde sus fuentes históricas directas”. *Revista Ius et Praxis*, núm. 1 (2019): 510.

un tribunal competente; y, si bien, al aceptar el árbitro existirá tribunal, si aquel no jura, no podrá desempeñar válidamente el cargo, al ser incompetente, pero no carente de jurisdicción.

I.7. Resoluciones del árbitro

Claro está, que para que él o los árbitros puedan desarrollar su “encargo”, deberán ir dictando a lo largo del proceso, una serie de resoluciones, conforme las presentaciones de las partes lo hagan necesario, en virtud del principio de pasividad. No revisaremos en este trabajo el cómo se llega a aquellos actos de juicio -con todo lo que ello implica- materias netamente procedimentales que harían extensa en extremo nuestra labor, sino que nos referiremos principalmente a revisar qué naturaleza tienen estas resoluciones -en relación con las de los jueces estatales permanentes- además de asuntos relacionados con sus efectos y ejecutabilidad.

Antes que todo, debemos recordar que los árbitros son nombrados para efectos de que conozcan, resuelvan y ejecuten -esto último, no en todas las ocasiones- un determinado asunto que se les plantea por las partes; es decir, para que ejerzan funciones de juez, en el marco de un proceso jurisdiccional, que, “se define generalmente como un conjunto de actos procesales unidos por la relación procesal y que, normados por un procedimiento, tiene por objeto la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada”⁶⁸. Lo anterior es de suma importancia, ya que el proceso es una institución teleológica, su fin es resolver la cuestión o asunto que es objeto del mismo, mediante un acto de juicio, con efecto de cosa juzgada. En virtud de ello, nos avocaremos principalmente a la sentencia arbitral o laudo arbitral, porque sin duda que es el principal acto jurisdiccional del proceso arbitral, su fin mismo.

I.7.1. Naturaleza

En lo relativo a la naturaleza de las resoluciones arbitrales, creemos que es útil recordar lo ya tratado en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje en sí mismo, además del fin para el cuál son nombrados los árbitros y la obligación esencial que ellos asumen al celebrar el

⁶⁸ Juan Colombo, *Los Actos Procesales Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), 121.

contrato de compromisario. De esta manera, llegaremos a la conclusión -generalmente aceptada- de que los árbitros, si bien no son funcionarios públicos como los jueces estatales permanentes, si ejercen una función pública como lo es la jurisdicción; por lo que, en consecuencia, les corresponde ejercer funciones de juez de una manera muy similar -en esencia- a la de los magistrados propiamente estatales. “Lo que hasta aquí hemos dicho del arbitraje hace en nuestro concepto evidente, por lo menos en la legislación chilena, que las decisiones de los árbitros, sean éstos de derecho, arbitradores o mixtos, son resoluciones judiciales de la misma clase y naturaleza jurídica que las de los jueces permanentes”⁶⁹.

A nuestro juicio, es claro el hecho de que los actos de juicio de los árbitros, tienen la misma naturaleza jurídica que los de los tribunales estatales permanentes, de lo contrario, habría que pensar que ellos requieren alguna especie de homologación, algo así como un exequátur o una especie de gestión preparatoria de la vía ejecutiva; pero no, en la generalidad de los casos, la sentencia o laudo arbitral no requiere de ninguna autorización o algo por el estilo, siendo válida y eficaz por sí misma.

Decimos “en la generalidad de los casos”, porque existen en nuestro Derecho, dos situaciones en que el laudo arbitral requiere aprobación por parte de la justicia ordinaria. La primera de ellas se contiene en el artículo 400 del Código Civil, refiriéndose al arbitraje que fue configurado por un tutor o curador en representación del pupilo, sobre derechos del mismo evaluados en más de un centavo y/o sus bienes raíces. La segunda, deriva del artículo 1342 del mismo código, que señala, que en los casos en que en tengan interés en la partición de bienes, personas ausentes que no hayan nombrado apoderados, o personas bajo tutela o curatela, será necesario someter la misma, al momento de su terminación, a aprobación judicial; “De aquí se desprende que no es exacto decir que la partición necesita aprobación judicial cuando existan incapaces interesados en la partición. Ello no es así; la aprobación judicial no se exige siempre que existan incapaces [...]. La ley se refiere únicamente a los ausentes y a las personas sujetas a tutela o curaduría”⁷⁰.

⁶⁹ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 490.

⁷⁰ Manuel Somarriva, *Derecho Sucesorio Tomo II*, 7ª edición, ed. René Abeliuk (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 632.

De ello, emana el hecho de que aquellas corresponden a situaciones de excepción, por las particulares características de las personas que se ven involucradas, en que el legislador estima necesario que se realice una revisión del proceso arbitral en sí mismo, en resguardo de los derechos de estas personas; en estos casos el laudo arbitral queda en una situación algo extraña, en que solamente luego de su aprobación, podrá producir sus efectos normales; lo que hace que nos cuestionemos el calificarla como idéntica a una resolución de los tribunales estatales permanentes, sin embargo, no es pertinente entrar aquí a analizar esta vicisitud, por muy interesante que nos parezca.

I.7.2. Efectos

Merece algunas notas también, el asunto relativo a los efectos de las resoluciones arbitrales y su ejecutabilidad. Desde luego, en mérito de lo expuesto en los cuatro anteriores párrafos, podemos concluir que una vez ejecutoriadas -solo en el caso de las sentencias interlocutorias y definitivas- conforme al artículo 174 del CdePC, de ellas emanará cosa juzgada, cuyos efectos, a saber, los de acción y excepción de cosa juzgada, “son las consecuencias jurídicas que producen las resoluciones judiciales que adquieren ese atributo”⁷¹.

En virtud del efecto de acción de cosa juzgada, la parte que obtuvo en el proceso, podrá exigir el cumplimiento de lo resuelto. Algo revisamos ya respecto a la ejecución de las sentencias arbitrales, en relación a la naturaleza jurídica del arbitraje, porque justamente, el hecho de que los árbitros no puedan impartir órdenes directas a la fuerza pública, para efectos de forzar el cumplimiento de lo resuelto, ha sido uno de los argumentos principales para aducir que ellos no ejercen jurisdicción propiamente tal.

En el caso de la sentencia definitiva, la parte gananciosa podrá acudir ante el árbitro o árbitros que la dictaron, si es que no está vencido el plazo por el cual fue nombrado; o bien, al tribunal ordinario correspondiente, a elección suya; por este último tribunal, se refiere la ley, al que le hubiese correspondido naturalmente conocer del asunto, si es que el mismo no se hubiese sometido a juicio de árbitros. Respecto al resto de las resoluciones que dicte el tribunal

⁷¹ Alejandro Romero, *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), 41.

arbitral -no sentencias definitivas- corresponde al árbitro ordenar su ejecución. No obstante lo anterior, en circunstancias tales que cualquier tipo de resolución dictada por el árbitro, requiera para su ejecución procedimientos de apremio u otras medidas compulsivas, o cuando produzca efectos respecto de terceros que no fuesen parte en el compromiso, solo la justicia ordinaria podrá hacer ejecutar lo resuelto.

Por último, también produce el efecto de excepción de cosa juzgada, basado en la “triple identidad de cosa juzgada”; consistente aquel, en que en el caso de que alguien interponga una acción, en que las partes sean las mismas que en el juicio arbitral; lo pedido sea también lo mismo que en aquel juicio; y el fundamento por el cual se pide sea, a su vez, el mismo; quien haya obtenido en juicio, o todo aquel a quien el fallo le sea útil, podrá excepcionarse en aquel nuevo proceso, aduciendo que ya existe sentencia firme y ejecutoriada respecto al mismo.

I.8. Recurribilidad de las resoluciones arbitrales

Control. En torno a aquel concepto se construye el sistema recursivo en general, y, el del arbitraje en particular. Conforme a lo expuesto respecto a la naturaleza de las resoluciones arbitrales, se podría concluir -a grandes rasgos, con ciertas precisiones que realizaremos en este apartado- que ellas son susceptibles de la generalidad de los recursos que proceden contra las resoluciones de los tribunales estatales permanentes. Generalmente se estima -a nivel nacional e internacional- que la exageración de las posibilidades de control, por parte de los tribunales ordinarios, es perjudicial para la institución del arbitraje; así, se ha señalado que, “Es necesario hallar una solución que armonice la existencia de un control judicial suficiente con la no menos importante necesidad de que el arbitraje sea una herramienta efectiva para la solución de los conflictos”⁷².

Pero antes, deberíamos preguntarnos el porqué de aquel control; que, para nosotros, no viene a ser más que una consecuencia necesaria de la función que los árbitros realizan, y, valga la redundancia, de las consecuencias que aquella labor genera, no solo respecto de las partes,

⁷² Roque Caivano, *Control judicial en el Arbitraje* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011), XXV.

sino que de la sociedad en su conjunto. “El control se ejerce porque el laudo declara derechos subjetivos y tiene efecto de cosa juzgada y, por ello, debe estar sometido a control en el propio interés de las partes y de la seguridad jurídica”⁷³.

Esta materia se trata -en su núcleo- en el artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales. Para poder comprenderlo de adecuada manera, tenemos que contar, por un lado, con los árbitros de derecho y mixtos; y, por otro, con los árbitros arbitradores.

Contra las sentencias de los primeros, proceden los recursos de apelación y de casación de acuerdo a las reglas generales, para ante el tribunal que hubiese conocido de ellos, si es que el proceso no se hubiese seguido por vía arbitral; o, ante otro tribunal de carácter arbitral que las partes hayan acordado en el compromiso o en acto posterior; o bien, es posible que las mismas, mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hubiesen renunciado tales recursos.

Por su parte, respecto de las sentencias de los arbitradores, se limitan las posibilidades de impugnación. Por su naturaleza propia, no es procedente el recurso de casación en el fondo, al proceder aquel cuando se ha incurrido -en las resoluciones que lo hacen procedente- en una infracción de ley, que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo. En cuanto a la apelación, sólo procederá en caso de que las partes -en el compromiso- se reserven tal recurso, para ante otros árbitros también arbitradores, que designan en aquel instrumento; de no realizarse la declaración en tal sentido, él o los arbitradores conocerán en única instancia. Proceden además, los recursos de queja y de casación en la forma; éste último, sólo por las causales de incompetencia y ultra petita, en caso de que se haya renunciado este recurso. Trataremos aquí, únicamente -por razones de interés- los recursos de apelación y de queja.

I.8.1. Recurso de apelación

Consiste en “aquel recurso ordinario que la ley concede al litigante que se siente agraviado por una resolución judicial, para recurrir al tribunal superior inmediato, a fin de que la

⁷³ Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 301.

revoque o modifique, dictando al efecto la que considere más justa, con pleno conocimiento de la cuestión controvertida”⁷⁴. Ya revisamos de qué manera es procedente la apelación en el arbitraje, sobre todo en lo relativo al tribunal que le corresponderá conocer de este recurso. Por lo que estimamos, que es más útil referirnos a ciertas cuestiones particulares de este recurso.

De partida, este recurso configura la segunda instancia, es decir, en ella, el tribunal que le corresponda conocer del mismo, posee atribuciones para pronunciarse respecto de aspectos de hecho, como de derecho. Es decir, podrá el tribunal de apelación realizar una revisión detallada de lo que fue el proceso ante el tribunal inferior. Es aquí donde se plantea el primer “problema” dogmático respecto del arbitraje, principalmente, en el caso de que le toque conocer de este medio de impugnación a los tribunales estatales permanentes.

Decimos aquello, porque en la doctrina contemporánea, es casi pacífico el hecho de ver al arbitraje como una institución que descansa -casi absolutamente- en la voluntad de las partes. Producto de lo mismo, se mira con desconfianza el control que le pueda caber al Estado respecto de esta institución, particularmente cuando se trata de revisar aspectos de fondo del proceso mismo, lo que ciertamente ocurre con la apelación. Así, se ha señalado que, “Lo anterior contraviene uno de los principios neurálgicos del arbitraje moderno, que persigue la autonomía de sus fallos en cuanto se entiende que cuando las partes someten una materia a arbitraje renuncian por completo a la jurisdicción ordinaria, cuyo papel queda supeditado a las funciones apoyo y control de las decisiones arbitrales, sin revisar el fondo de lo debatido”⁷⁵. Estimamos que la opinión anterior es bastante acertada, pero más que nada se trata de reflexiones de *lege ferenda*, que el legislador debería tener presentes en algún momento, cuando la voluntad política lleve a revisar estos temas.

En segundo lugar, otro asunto interesante, se refiere a la apelación de las resoluciones dictadas por un árbitro mixto, es decir, aquel que debe aplicar estrictamente la ley en su sentencia definitiva, pero que tiene facultades de arbitrador respecto al procedimiento. El

⁷⁴ Mario Casarino, *Manual de Derecho Procesal Derecho Procesal Civil Tomo IV*, 6ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 133.

⁷⁵ Vázquez, *Tratado de Arbitraje*, 302.

tema radica, en que como ellos son arbitradores en cuanto al procedimiento, se ha pensado que, como es la regla general, no procedería el recurso de apelación contra resoluciones dictadas durante el procedimiento por los mismos, si es que no concurren los requisitos necesarios -de los artículos 239 del Código Orgánico de Tribunales y del artículo 642 del CdePC, éste último que se expresa en los mismos términos que el primero- para que se pueda apelar de las resoluciones de un arbitrador; procediendo la apelación únicamente contra la sentencia definitiva, al ser respecto de ella, árbitros de derecho⁷⁶. Estimamos que esta opinión es bastante interesante, pero para referirnos a ella sería necesario tratar en extenso la jurisprudencia relativa al asunto, entre otros temas que exceden a los objetivos de este trabajo en general, y a los del presente capítulo en particular; por lo que invitamos a revisar la monografía antes referenciada.

I.8.2. Recurso de queja

El presente recurso, “Tiene por objeto obtener del tribunal superior que revise la resolución o actuación jurisdiccional que se ha dictado con falta o abuso grave, a fin de determinar las medidas conducentes a remediarla. Es un recurso sui generis, en el que los tribunales ejercen sus facultades en virtud de la jurisdicción disciplinaria que les entrega la ley”⁷⁷. Este medio de impugnación, tiene incluso fundamento constitucional -artículo 82 de la Constitución- porque emana de la superintendencia directiva, correccional y económica, que tiene la excelentísima Corte Suprema sobre todos los tribunales de la nación, incluidos los arbitrales.

En cuanto a la posibilidad de renuncia de este recurso, nuestro máximo tribunal, en un reciente fallo relativo a la admisibilidad del mismo, caratulado “Constructora SIGRO S.A. (Barrientos)”; en su considerando quinto señaló, “Que es precisamente el carácter del recurso de queja -definido por su finalidad- el motivo que ha inclinado a la doctrina a estimar que es un arbitrio irrenunciable para las partes. Incluso antes de la dictación de la Ley N° 19.374 el autor Roberto Munita Herrera sostenía que en las cláusulas arbitrales esa renuncia no puede

⁷⁶ Al respecto ver. René Luis Nuñez Ávila, “Problemas del Juez Ecléctico con el Recurso de Apelación”, en *Estudios de Arbitraje en Homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, ed. Eduardo Picand Albónico, 2.ª ed. (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 459.

⁷⁷ Alberto Chaigneau, *Tramitaciones en las Cortes de Apelaciones*, 5ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 307.

tener valor, y debe mirarse como no escrita, porque las disposiciones que establece este recurso son de orden público manifiesto, pues tienden, no al interés privado de las partes, sino a la correcta administración de justicia y al buen desempeño de las labores de los jueces. No se trata de un caso de libre renunciabilidad, como la renuncia de los recursos ordinarios que miran sólo al interés de las partes. (Estudio Crítico sobre el Recurso de Queja, Editorial Jurídica de Chile año 1968, páginas 90 y 91)”⁷⁸. Esto es de suma relevancia, porque en muchas ocasiones este recurso es renunciado, pero la jurisprudencia es bastante uniforme respecto a la imposibilidad de su renuncia⁷⁹.

Adentrándonos en aspectos más de fondo, el recurso procede únicamente contra sentencias definitivas e interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su prosecución, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario; ello aplica para los árbitros de derecho y mixtos. Respecto de los arbitradores, se establece una excepción, ya que se podrá recurrir de sus sentencias definitivas de primera o única instancia, además de proceder el recurso de casación en la forma. Todo lo anterior, de acuerdo a lo expresado por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

No entraremos aquí a realizar un análisis detallado acerca de qué se ha entendido por “faltas o abusos graves”, en resumen, generalmente se entiende que son situaciones en que en las resoluciones recurribles, se evidencia arbitrariedad, iniquidad, razonamientos ininteligibles, dolo, etc. Es decir, situaciones que son bastante limítrofes.

Nos interesa referirnos al recurso de queja en contra de las resoluciones de un arbitrador, de partida, por la excepción señalada más arriba. Pero, además, por otra excepción; toda vez que el mismo artículo 545 antes referenciado, señala que el fallo que acoja el recurso de queja “En ningún caso podrá modificar, enmendar o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores”.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 14576-2021 (Civil), Admisibilidad recurso de queja.

⁷⁹ A modo de ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Roles N.º 2601-2009, N.º 18.987-17, N.º 44.956-17.

Es decir, en el caso de los arbitradores y sus resoluciones recurribles de queja, podrá la Corte de Apelaciones competente, entrar a modificar el fallo en cuanto al fondo, porque la ley le otorga amplias facultades, incluso muy cercanas a las que emanan del recurso de apelación. Aquello debe ser conjugado, con el hecho de que incluso se puede recurrir contra una sentencia dictada en primera instancia, es decir, existiendo en tal caso un tribunal arbitral de segunda instancia, constituido en conformidad al artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales; esto, sin duda alguna que llama mucho la atención, porque el fundamento mismo del recurso de queja es ser un arbitrio extraordinario, centrado en las facultades correccionales o disciplinarias, procedente únicamente cuando no existe recurso jurisdiccional que interponer; además, ello vulnera la voluntad de las partes, porque las facultades del tribunal que conoce de la queja, serán muy similares a las del tribunal de apelación que ellas voluntariamente configuraron.

Al respecto, Vásquez señala que, “Tal situación importa reconocer una velada desconfianza a la labor realizada por la justicia arbitral, principalmente a aquella proveniente de los árbitros arbitradores, además de una inmiscusión inapropiada en la órbita de actuación de los mismos y una vulneración de la voluntad de las partes, que cuando optaron por este tipo de arbitraje lo hicieron precisamente para que el asunto fuese resuelto por árbitros; como consecuencia de lo anterior, se provoca una pérdida de eficacia del convenio arbitral que dio origen al arbitraje”⁸⁰. Por nuestra parte, tenemos una opinión bastante similar, sobre todo respecto al hecho de poder recurrir contra una resolución dictada en primera instancia, caso en el cual creemos que debería respetarse la voluntad de las partes, en cuanto a someter la resolución a revisión por el tribunal superior por ellas nombrado, en caso de que una de ellas recurra a él; sólo luego de esto, el legislador podría haber hecho -tal vez- procedente el recurso, si es que hubiese querido mantener un régimen de excepción respecto de los arbitradores.

I.9. Arbitraje institucional

El arbitraje institucional es aquel en el que por voluntad de las partes se encomienda a una institución especializada la administración del arbitraje. En este sentido, en contraposición al

⁸⁰ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 309-310.

arbitraje ad hoc, en el que se nombran árbitros por las partes determinados para cada caso, el arbitraje institucional se caracteriza por la intervención de una Institución especializada de carácter permanente a la que las partes voluntariamente acuden encomendando la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje⁸¹. En nuestro país, solo se encuentra normado el arbitraje ad hoc, que es lo que hemos revisado a lo largo de todo este capítulo; sin embargo, ello no impide la existencia del arbitraje institucional, por el principio de la autonomía de la voluntad.

Como revisamos en el punto relativo a los requisitos necesarios para ejercer funciones de árbitro, solamente pueden ser árbitros las personas naturales; por ello, no hay que confundir el arbitraje institucional, con el hecho de que una persona jurídica sea la que lleve a cabo el arbitraje, porque “la misión de arbitrar que tiene el compromisario requiere necesariamente de un espíritu, una mente y un corazón que sepa resolver una controversia conforme al derecho y a la equidad, cualidades que obviamente no posee una persona jurídica, por no ser más que una ficción legal”⁸². A esta persona jurídica, como señalamos en la definición de esta modalidad arbitral, solo le cabrá “administrar” el curso del arbitraje, pero no ejercer funciones arbitrales.

En cuanto a su historia, la podemos rastrear en distintas instituciones creadas a lo largo del mundo; por ejemplo, la American Arbitration Association, que ha administrado 7.193.960 casos desde su fundación en 1926; también, la London Court of International Arbitration, fundada en 1892, que en 2021 recibió 377 solicitudes de administración; muy importante es, además, el conocido CIADI, Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversión, establecido en 1966, al alero del Banco Mundial.

Por su parte, en nuestro país, sin duda que la institución más importante en esta materia, es el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, fundado el año 1992 por la Cámara de Comercio de Santiago A.G. Esta institución ofrece servicios de arbitraje nacional e internacional, mediación, dispute boards y resolución en línea; habiendo

⁸¹ Gracia Fernández Caballero, “El arbitraje institucional”, En *El Derecho y sus razones, aportaciones de jóvenes investigadores*, ed. Virginia de Carvalho Leal (Madrid: Bubok Editorial, 2013), 221.

⁸² Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 161.

administrado alrededor de 5508 arbitrajes y mediaciones al día de hoy⁸³. Otras instituciones son: el Centro Nacional de Arbitrajes⁸⁴; además del Centro de Resolución de Controversias por Nombres de Dominio .CL⁸⁵.

La mejor manera de representar las labores de estas instituciones -a nuestro juicio- es refiriéndose al núcleo de su funcionamiento, el reglamento de arbitraje. Se trata de un conjunto de normas privadas que tienden a desarrollar el procedimiento arbitral que debe llevarse a cabo en el caso de optar por el centro en cuestión. Estas normas no pueden ser discordantes con la normativa legal, sino más bien desarrollarla o llenar lagunas legales *secundum legem*. Dado que se trata de reglas particulares, requieren de un acto de voluntad de las partes que desean someterse a él, ya sea expreso o tácito, por ello se configura como un conjunto de normas con eficacia *inter partes* que sólo desplegará sus efectos respecto del centro arbitral y de quienes se sometan a su competencia (partes y árbitros), de acuerdo a lo previsto en la citada normativa⁸⁶.

A modo de ejemplo, el Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del CAM Santiago (2021), regula materias como: el tribunal arbitral, las facultades del tribunal, el procedimiento a seguir, la sentencia arbitral, los recursos contra la sentencia arbitral, entre otros asuntos⁸⁷. Es decir, este tipo de instituciones se encargan de brindar un marco bastante detallado en el cual desarrollar un arbitraje, siendo una vía muy útil para las partes, que se desmarcan del hecho de tener que acordar todas las vicisitudes que implica constituir un arbitraje, aceptando someterse a la normativa de aquellos centros; esto último, se realiza -habitualmente- insertando una cláusula en un contrato de las partes, señalando que toda controversia que se suscite entre ellas, relativa a asuntos como la validez del contrato, su ejecución, terminación, aplicación, interpretación, entre otros; será sometida a alguna de estas instituciones, conforme a su reglamento.

⁸³ <https://www.camsantiago.cl/sobre-nosotros/>

⁸⁴ <https://www.cna.cl/home>

⁸⁵ <https://www.nic.cl/controversias/>

⁸⁶ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 910.

⁸⁷ <https://www.camsantiago.cl/servicio/arbitraje-nacional/>

Así, existirá en esta situación diversas relaciones: entre las partes y él o los árbitros; entre la institución y él o los árbitros; y, entre la institución y las partes.

Capítulo II: Situación histórica del Arbitraje Concursal en Chile

Corresponde ahora, ir poco a poco adentrándonos en el tema central de esta memoria, el arbitraje concursal. Para ello, sin embargo, estimamos que era fundamental realizar un análisis lo más completo posible -procurando referirnos a aquellos asuntos que estimamos más esenciales- del andamiaje del arbitraje en general en nuestro país. Lo anterior, por la sencilla razón de que, como podremos ver más adelante en este trabajo, la regulación del arbitraje concursal omite referirse a muchas circunstancias integrantes del arbitraje en sí mismo, por lo cual, la regulación general del arbitraje cobra vital importancia a efectos de ser útil en todo aquello que no se encuentre regulado, y, que por su naturaleza, resulte encuadrable en este arbitraje especial.

II.1. Ley N.º 20.073

No fue sino hasta el no demasiado distante año 2005, en que por primera vez se contempló el recurso al arbitraje en nuestra legislación concursal; mediante la dictación de la Ley N.º 20.073, que vino a modificar la Ley de quiebras N.º 18.075, en materia de convenios concursales.

En el mensaje⁸⁸ del Presidente de la República de aquel momento -don Ricardo Lagos Escobar- al Senado, de fecha 10 de septiembre de 2004, en que se contenía el proyecto de ley, se señaló que “La inspiración central de este proyecto de ley es la creación de una normativa que privilegie los acuerdos entre el deudor y sus acreedores por sobre la liquidación forzosa de la empresa que, muchas veces, en atención a su valor de liquidación, perjudica a los acreedores, y que siempre perjudica a sus trabajadores y al sistema económico en general”⁸⁹; siendo particularmente, una de las formas de materializar esta idea matriz, “la agilización del sistema de convenios concursales a través del arbitraje”⁹⁰. Luego, en el mismo sentido, expresa el mensaje que, “Uno de los principales convencimientos a los que se ha

⁸⁸ Ver historia de la Ley en, <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5497/>

⁸⁹ Mensaje N.º 359-351. Fecha 10 de septiembre, 2004. Sesión 28. Legislatura 351.

⁹⁰ Mensaje N.º 359-351. Fecha 10 de septiembre, 2004. Sesión 28. Legislatura 351.

llegado, tanto por los profesores comisionados como por representantes del sector privado, es la necesidad de abrir franco paso a mecanismos de soluciones alternativas de conflictos”⁹¹.

Así entonces, emana de aquellos antecedentes históricos, la circunstancia de que con estas modificaciones legislativas -en lo relativo al arbitraje- se buscaba transportar al plano concursal, las ventajas que a menudo se le suelen atribuir a este mecanismo de resolución de conflictos, “ya sea por su eficacia, sus diversas modalidades y sobre todo por desarrollar ampliamente el principio de la autonomía de la voluntad”⁹².

No obstante lo anterior, es del caso realizar una importante precisión. Esta ley, solo vino a incorporar el arbitraje respecto de los convenios judiciales preventivos -que correspondía a aquel propuesto por el deudor, antes de la declaración de quiebra- pero no en cuanto a la quiebra, asimilando esta última a la actual liquidación concursal; y lo primero, al actual procedimiento de reorganización.

Desde luego, estimamos que lo anterior se puede deber, a la inter relación, o bien, la similitud existente entre la naturaleza jurídica de estos convenios y, en parte, la del arbitraje. Así, “La proposición de convenio judicial preventivo que deduce el deudor tiene el carácter de ser una demanda judicial que, por lo mismo, lleva envuelto el ejercicio de una acción, para que se acoja la petición que reclama el deudor, cual es la relativa al derecho que invoca de formular una oferta de celebrar con la masa de acreedores una convención sobre el pago de sus deudas, a fin de evitar la eventual declaración de quiebra”⁹³. Es decir, esta institución tiene naturaleza contractual -además de muchas otras vicisitudes que no podemos tratar aquí- lo que hace que se den verdaderas instancias de negociación entre el deudor y sus acreedores. Algo de aquello comparte el arbitraje, que en la mayoría de los casos, nacerá producto de una convención de las partes, quienes libremente deciden someter una controversia al mismo; además de poder regular variados aspectos de él, en virtud de la libertad contractual, como

⁹¹ Mensaje N.º 359-351. Fecha 10 de septiembre, 2004. Sesión 28. Legislatura 351.

⁹² Felipe Murillo Valderrama, “Breve comentario sobre el arbitraje en Chile y su regulación actual a nivel interno e internacional, a la luz de: “Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia”, *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, núm. 1 (2012): 99.

⁹³ Rafael Gómez y Gonzalo Eyzaguirre, *El Derecho de Quiebras Tomo II* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 469.

ya hemos visto en este trabajo. Distinta, en cambio, es la situación respecto a la quiebra y su declaración, porque respecto de ella, no se presenta el principio de la autonomía de la voluntad -como en la relación que tratamos de realizar entre convenios y arbitraje- sino que es una situación límite, que justamente se busca disminuir con instituciones como la de los antiguos convenios y las actuales reorganizaciones.

En efecto, la ley N.º 20.073 introdujo el arbitraje en las siguientes situaciones, que pasaremos a revisar: a) cláusula arbitral en convenios judiciales preventivos; b) proposiciones de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros; y c) arbitraje en proposiciones de convenio judicial preventivo de cualquier deudor.

II.1.1. Cláusula arbitral en convenios judiciales preventivos

Se trata de la posibilidad que el legislador contempló, de agregar un pacto de arbitraje al convenio judicial preventivo, constituyendo una cláusula más del mismo, relativa a la resolución de conflictos.

Así, el artículo 178 de la antigua Ley de quiebras, “con la finalidad de abrir camino a las formas alternativas de solución de conflictos”⁹⁴, señalaba que se podría pactar que las controversias o cuestiones que se produjeran entre el deudor y uno o más de sus acreedores, o bien, entre acreedores; particularmente con motivo de la aplicación, interpretación, cumplimiento, nulidad o declaración de incumplimiento, **pudiesen o debiesen** ser sometidas a arbitraje; además de establecer la naturaleza del arbitraje y cualquier otra materia sobre el mismo.

Llama la atención, el hecho de que si bien esta norma permite que el arbitraje en esta situación sea facultativo; a su vez, podía ser “doblemente” facultativo, porque, pese a que existía la posibilidad de pactar arbitraje -primera manifestación de voluntariedad- se podía pactar, a su vez, que a pesar de existir esta cláusula, el recurrir al arbitraje pactado fuera voluntario; es

⁹⁴ Ricardo Sandoval, *Derecho Comercial La insolvencia de la empresa Derecho Concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*, 6ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 188.

decir, las partes podían hacer reserva de su derecho a recurrir a la justicia ordinaria. La otra modalidad, derechamente era someter obligatoriamente a arbitraje la diferencia, lo que no requiere mayor análisis.

Adicionalmente, las partes estaban facultadas para establecer la naturaleza del arbitraje y cualquier otro asunto relativo al mismo. Es decir, se podía pactar que el árbitro -porque la ley habla de “un” juez árbitro- fuese de derecho, mixto, o incluso arbitrador. Un ejemplo de lo recién expresado, lo podemos apreciar en una sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, en que se reproduce una cláusula arbitral, que señalaba que, "Cualquier dificultad que surja entre las partes contratantes en relación a la interpretación, existencia, inexistencia, validez, nulidad, cumplimiento o incumplimiento, plazos, etc. del presente contrato o por cualquiera otra causa que tuviere su origen en esta relación contractual o con motivo de ella, será resuelta necesariamente por un árbitro arbitrador, designado por el Tribunal, de entre la nómina de árbitros que forma parte del cuerpo arbitral del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (...)".⁹⁵

En el supuesto de que al árbitro le correspondiese pronunciarse acerca de la nulidad o el incumplimiento del convenio judicial preventivo, declarando la existencia de cualquiera de estas dos circunstancias; pesaba sobre él la obligación de remitir el expediente a la Corte de Apelaciones respectiva -que era aquella que ejerce jurisdicción en el territorio jurisdiccional en el cual el árbitro actúa- para efectos de que la misma, determinara el tribunal al cual le correspondería declarar la quiebra.

Finalmente, es del caso mencionar que esta cláusula sería vinculante respecto de todos a quienes les afectaba el convenio.

Realizamos la prevención, de que no nos detendremos en este apartado en particular, ni en el capítulo en general, a revisar todos los detalles que estimemos trascendentes, si no que haremos aquello en el capítulo relativo a la actual regulación del arbitraje concursal,

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 40613-2016 (Civil), Casación en el fondo, Considerando 3º.

principalmente, realizando un paralelo entre ambas normativas y refiriéndonos más en extenso a ciertos puntos que entendemos como relevantes.

II.1.2. Propositiones de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros

Una situación bastante particular ideó el legislador, en el artículo 180 de la Ley de Quiebras, respecto a la proposición de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, con excepción de las compañías de seguros. La catalogamos así, ya que vino a establecer una situación más de arbitraje forzoso en nuestra legislación, por el hecho de que aquellas proposiciones, debían ser presentadas y tramitadas ante un juez árbitro.

No hemos encontrado el porqué de esta decisión legislativa, ni en la historia de la ley, ni en la doctrina; sin embargo, creemos que se puede haber debido a criterios relacionados con la entidad de las sociedades aquí involucradas, que, en la mayoría de los casos, podría haberse tratado de corporaciones importantes para algún sector de la economía nacional; lo que hace que exista un interés aún mayor por tratar de alcanzar un acuerdo entre la sociedad deudora y sus acreedores, para así evitar su quiebra; en este sentido, someter este proceso de “negociación” al conocimiento de un juez árbitro, podría hacer más cercano, flexible y eficiente el mismo, producto de los ya señalados beneficios del arbitraje.

A modo de ejemplo, en informe de la Excelentísima Corte Suprema, dando respuesta al oficio N.º 24.178 de 14 de septiembre de 2004, realizado por el presidente del Senado, se expresó que, “Se deja constancia del hecho que los Ministros señores Gálvez, Pérez, Yurac, Espejo, Medina y Kokisch, fueron de parecer que el conocimiento de las proposiciones de convenio judicial preventivo debiera asignarse a los tribunales ordinarios de justicia y no a tribunales de carácter arbitral”⁹⁶. Estimamos que, aquello demuestra el hecho de que en su momento, no fue pacífico el someter estas proposiciones de convenio al conocimiento de un tribunal arbitral; tal vez una prueba de ello, sea que esta institución no perduró en nuestra legislación concursal, porque hoy en día no existe.

⁹⁶ Oficio N.º 5614 de Corte Suprema. Fecha 04 de noviembre, 2004. Oficio en sesión 11. Legislatura 352.

II.1.2.1. Designación del árbitro

El árbitro, de acuerdo al artículo 181 de la Ley de Quiebras, debía ser designado por el presidente de la Corte de Apelaciones, que tuviese competencia en el área correspondiente al domicilio fijado en los estatutos de la sociedad que propuso el convenio, que además, sería el domicilio del tribunal arbitral. La aceptación de la persona designada, debía, a su vez, realizarse ante el secretario de la misma Corte de Apelaciones; no señalándose nada respecto al juramento, estimando nosotros que lo más lógico sería que se hubiese realizado en el mismo acto.

Respecto a la persona a elegir, se requerían ciertos requisitos especiales, copulativos: a) ser abogado con más de 20 años de ejercicio de la profesión; b) estar inscrito en una lista que llevaba la Superintendencia de quiebras para estos efectos⁹⁷. Se puede comprender que, principalmente, el primer requisito atiende a la necesidad de que la persona llamada a ejercer el cargo, tenga la experiencia y capacidad suficiente para poder llevar a cabo este proceso; sin embargo, se asocia aquello solamente al tiempo de ejercicio de la profesión, y no a conocimientos especializados sobre la materia, asunto que trataremos en el próximo capítulo.

Volviendo al asunto mismo de la designación, la Corte Suprema, en el mismo informe indicado en la página anterior, señaló que, “A este respecto, cabe indicar la conveniencia de que tal designación la efectúe el Juez de Letras Civil que corresponda de acuerdo a las reglas generales y que la aceptación se lleve a cabo ante el secretario de ese tribunal. No se divisa la necesidad de recargar a los Presidentes de Corte con actuaciones de esta índole, máxime si se considera que, conforme lo prevé el artículo 183, la designación puede hacerla la junta de acreedores, con el carácter de mixto”⁹⁸.

Por último, era menester, además, designar a un árbitro subrogante; nombramiento que sería hecho por el mismo presidente de la Corte de Apelaciones; pero, se agrega un requisito

⁹⁷ <https://www.df.cl/empresas/actualidad/convenio-judicial-curauma-designacion-de-arbitro-se-realizaria-esta-semana> A modo de ejemplo, en la referida noticia se señala que, en el año 2013, había 39 posibles árbitros en la lista.

⁹⁸ Oficio N.º 5614 de Corte Suprema. Fecha 04 de noviembre, 2004. Oficio en sesión 11. Legislatura 352.

adicional, porque tal persona debía ser propuesta por el árbitro titular y pertenecer a la misma lista de la que él formaba parte. Además, el mismo titular debía designar al secretario del tribunal arbitral, cargo que recaería en un notario que ejerciera sus atribuciones en el lugar correspondiente al domicilio del tribunal arbitral.

II.1.2.2. Carácter del árbitro

La regla general, como es además la situación por defecto en nuestro sistema, era que el árbitro fuese de derecho, debiendo, por tanto, tramitar y fallar con estricta sujeción a la ley. Lo anterior, además, iba aparejado al hecho de que el nombramiento del árbitro se realizara de la manera antes revisada.

No obstante, existía otra forma de nombramiento que preferimos tratar acá, en la que se le podía otorgar al árbitro el carácter de mixto, es decir, arbitrador en cuanto al procedimiento, y de derecho en su fallo. En este caso, el nombramiento del árbitro debía realizarlo la junta de acreedores, para lo que se requería un acuerdo entre el deudor y dos o más acreedores, que representaran más del 50% del total pasivo; cifra que es inferior a la que se necesitaba para acordar el convenio mismo, correspondiente a dos tercios o más de los acreedores concurrentes, que representaran 75% del total pasivo con derecho a voto, excluidos los créditos preferentes respecto de los cuales sus titulares se hubiesen abstenido de votar.

Estimamos que, si bien otorgarle al árbitro el carácter de mixto y aprobar el convenio son circunstancias diametralmente distintas, lo que se refleja en la cantidad de pasivo necesario en ambas situaciones, bien podrían pensar las partes que, estar en presencia de un árbitro que pueda flexibilizar las normas de procedimiento, sea la base para una más probable aprobación del mismo convenio. Es relevante mencionar además que, en esta situación, no era posible otorgarle al árbitro el carácter de arbitrador, como sí se podía respecto a la cláusula arbitral inserta en un convenio judicial preventivo.

II.1.2.3. Competencia del árbitro

De acuerdo a lo preceptuado por el artículo 180 inciso 2° de la Ley de Quiebras, el árbitro ostentaba un ámbito de atribuciones bastante amplio. Tenía aquella competencia para conocer y fallar, respecto de todo lo que fuera necesario para la tramitación del convenio judicial preventivo propuesto, además de todos los incidentes que se promovieran durante el curso de la cuestión. Es decir, podía actuar válidamente respecto de todas las etapas procesales y trámites que fijaba aquella ley respecto a la manera de tramitar las proposiciones de convenio, tal como si éste hubiese sido conocido por un tribunal ordinario; además de las cuestiones accesorias al mismo, que requiriesen pronunciamiento por parte del juez árbitro.

A ello, además, se sumaba un complemento de carácter temporal, ya que el árbitro era competente, con las atribuciones antes señaladas, hasta que la resolución que tuviese por aprobado el convenio se encontrase ejecutoriada. Sobre este asunto en particular -de la competencia del árbitro- que estimamos que tiene una importancia nuclear, porque la actual regulación mantiene una norma bastante similar, nos referiremos en detalle en el próximo capítulo, tratando de escudriñar en las materias específicas sobre las que se puede pronunciar válidamente el juez árbitro.

Finalmente, en caso de que el convenio propuesto fuese rechazado o desechado, el árbitro tenía la obligación de remitir el expediente a la Corte de Apelaciones respectiva, a fin de que esta última designara al tribunal que debía declarar la quiebra y proceder a la designación del síndico de quiebras. En caso de quiebra, los costos del arbitraje gozaban de la preferencia del artículo 2472 N.º 1 del Código Civil; siendo de cargo del deudor que propuso el convenio, si este era aprobado.

Queda de manifiesto aquí, el hecho de que la ley vedaba a los árbitros la posibilidad de pronunciarse sobre la quiebra de entidad alguna, asunto que, como revisaremos, fue modificado en la actual legislación, invitando a investigar y encontrar los motivos de aquello.

II.1.2.4. Posibilidad de someter a arbitraje las proposiciones de convenio de cualquier deudor

Otra situación particular introdujo la Ley N.º 20.073, al contemplar la posibilidad de someter a arbitraje -facultativo, por tanto- las proposiciones de convenio judicial preventivo de cualquier deudor. Es decir, se trata de todos los restantes deudores, que no son entidades sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Valores y Seguros, con excepción de las compañías de seguros.

Para estos efectos, era necesario que mediara acuerdo entre el deudor y sus acreedores, debiendo representar estos últimos, al menos el 66% del total pasivo. Aquel pasivo, además, debía encontrarse certificado por auditores externos independientes, inscritos en un registro que llevaba la superintendencia; siendo determinado en base al estado de deudas, con expresión del nombre y domicilio de los acreedores, y de la naturaleza de los títulos fundantes, que debía presentar el deudor, al solicitar la declaración de quiebra, conforme al artículo 42 de la antigua ley.

Este arbitraje debía regirse, además, por todas las particularidades que revisamos anteriormente para las proposiciones de convenio judicial preventivo de las entidades señaladas en el punto II.1.2; relativas a la forma de designación del árbitro, el carácter del mismo, su competencia, la posibilidad de otorgarle el carácter de mixto -pero en este caso se requiere del acuerdo de dos o más acreedores que representen el 75% del total pasivo y no el 50% como en la situación ya revisada-, los costos del arbitraje, entre otros detalles.

Esta posibilidad, con algunos cambios, se encuentra hoy consagrada en nuestra legislación concursal; asunto que revisaremos en el capítulo siguiente, en que podremos notar las diferencias existentes y revisar con mayor detención la institución.

II.1.3. Facultades especiales del árbitro

En relación a las 3 situaciones de arbitraje ya revisadas, a saber: a) cláusula arbitral en convenios judiciales preventivos; b) arbitraje obligatorio en proposiciones de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a fiscalización de la Superintendencia de Valores

y Seguros; y, c) arbitraje facultativo en proposiciones de convenio judicial preventivo de cualquier deudor; la ley N.º 20.073 les otorgó a los árbitros facultades especiales, que podemos catalogarlas -a grandes rasgos- como: a) libertad probatoria, y, b) apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; contenidas en el artículo 185 de la Ley de Quiebras.

Lo anterior, no obedece a un particular establecimiento de normas especiales en este tipo de procedimientos, sino que se enmarca en una corriente de cambios/reformas judiciales en nuestro país, que se comenzó a forjar, principalmente, a comienzos de este siglo, siendo el ejemplo más paradigmático, la creación de un nuevo sistema procesal penal. En este sentido, se ha expresado que, “Se observa que todas las reformas judiciales previamente mencionadas han hecho abandono del sistema contemplado en el Código de Procedimiento Civil de 1906 (en adelante “CPC”) y han consagrado un sistema caracterizado por la libertad probatoria y la apreciación de los medios probatorios en conformidad a la sana crítica. En otras palabras, se pasa de sistemas judiciales limitados en la discrecionalidad del juez, hacia sistemas judiciales que otorgan un voto de confianza en las capacidades de percepción, inteligencia y raciocinio de nuestros jueces: ahora son estos, y solo estos, los que dicen qué está probado y qué no”⁹⁹.

En concreto, los árbitros podían admitir pruebas con total amplitud, más allá de los medios que establece el CdePC; también, estaban facultados para decretar de oficio diligencias destinadas a la obtención de prueba, con citación de las partes; además de tener acceso a los instrumentos y medios de cualquier clase, en que se encontraran los actos, contratos y operaciones, de quien propuso el convenio. En cuanto a la apreciación de la prueba, se contemplaba el sistema de la sana crítica, debiendo las resoluciones del árbitro contener los fundamentos de su apreciación.

Finalmente, es pertinente señalar que, en la regulación actual, existe una norma que se expresa en los mismos términos ya señalados; situación a la que nos volveremos a referir en

⁹⁹ Claudio Fuentes Maureira, “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm. 1 (2011): 120-121.

el próximo capítulo, en donde haremos un análisis más pormenorizado del sistema probatorio en el arbitraje concursal.

Capítulo III: Arbitraje en la Ley N.º 20.720

III.1. Arbitraje Concursal

De un tiempo a esta parte, arribamos a lo que viene a ser el quid de este trabajo, el arbitraje en los procedimientos concursales y su actual regulación. Para poder tratar esta materia, creemos que es necesario -primeramente y a modo meramente introductorio- referirse al objeto de este arbitraje, es decir, los procedimientos concursales, principalmente a su causa y otras implicancias que consideramos relevantes; estimamos que solamente de esta forma, podremos lograr una mayor comprensión y una exposición de ideas y conclusiones más claras respecto a esta institución. Realizamos la prevención de que nosotros entendemos por “arbitraje concursal”, al arbitraje como vía idónea para llevar adelante los procedimientos concursales; circunstancia que quedará mejor expuesta al final de este capítulo.

Los procesos concursales, ya sea de liquidación o de reorganización de activos y pasivos, son las vías procesales que el legislador entrega, para efectos de tratar el fenómeno jurídico/económico/social de la insolvencia. Siguiendo a Puga, “La cesación de pagos o insolvencia es un estado patrimonial vicioso y complejo que se traduce en un desequilibrio entre su activo liquidable y su pasivo exigible, de modo tal que coloca a su titular en la incapacidad objetiva de cumplir, actual o potencialmente, los compromisos que lo afectan”¹⁰⁰. De esta manera, se entiende actualmente que la insolvencia va mucho más allá del mero incumplimiento de una obligación por parte del deudor, sino que se trata de una particular situación compuesta de muchos otros elementos, cuya manifestación “tangible” es el incumplimiento de una obligación actualmente exigible; sin embargo, de una manera sintetizada y más ilustrativa, se podría calificar a la insolvencia como una situación en que una persona -deudor- no es capaz de ir solucionando las obligaciones por ella contraídas, a medida que las mismas se vayan haciendo exigibles.

¹⁰⁰ Juan Esteban Puga, *Derecho Concursal Del Procedimiento Concursal de liquidación Ley N° 20.720*, 4ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014), 78.

Pero este fenómeno que es la insolvencia, se encuentra inserto -y es una de las facetas- de un todo de mucho mayor tamaño, que es el sistema crediticio en general. Sabida es la importancia del crédito -y su normal desenvolvimiento- en la economía global desde antaño, siendo uno de los insumos fundamentales para el desarrollo de la inmensa mayoría de las actividades económicas.

Por esta importantísima razón, es que el tratamiento de la insolvencia, requiere de un particular cuidado por parte del estado, en el entendido de que la insolvencia de un deudor en particular no solo genera consecuencias adversas respecto de él y sus acreedores, sino que también respecto de terceros; que, dependiendo de la entidad de los involucrados, podrán verse afectados en un mayor o menor número.

Creemos que un ejemplo reseñado por Contador y Palacios puede ser bastante ilustrativo al respecto, relatan ellos que, en la antesala de la entrada en vigencia de la ley N.º 18.175, tuvo lugar la quiebra de una importante compañía azucarera nacional, señalando que, “Como fuere, el caso tuvo un enorme impacto nacional y facilitó la aparición de una *insolvencia en cadena*, vale decir, situaciones en que operadores vinculados a CRAV entraron en cesación de pagos, sea por la vía de perder a su único o principal cliente o por el camino de hacer imposible la continuación del negocio frente al crédito incobrable existente contra la azucarera”¹⁰¹.

Por ello es que, cuando hablamos del arbitraje concursal, no podemos dejar de tener en vista la importancia que reviste la materia a tratar, en nuestra sociedad. En razón de lo mismo, surgen diversas interrogantes, principalmente ligadas al por qué permitir el arbitraje como curso plausible de los procedimientos concursales, entendiendo que estos últimos, en virtud de lo señalado supra, involucran intereses que muchas veces van más allá que los de la mera relación acreedor-deudor; contraponiéndose -a priori- a ciertos elementos que se estiman esenciales en el arbitraje y necesarios para que pueda tener lugar.

¹⁰¹ Nelson Contador y Cristián Palacios, *Procedimientos Concursales* (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 3.

III.2. Trasfondo de la regulación

Corresponde en este punto referirse a los principios que informan la regulación del arbitraje concursal, algunos de los cuales vienen a ser principios generales de los procedimientos concursales. De esta manera, podremos tener una base interpretativa, a efectos de poder comprender de mejor forma ciertas situaciones que la ley no resuelve en lo relativo al tema que aquí nos convoca. A continuación, pasaremos a referirnos a cada una de estas ideas matrices.

En primer lugar, tenemos la noción de orden público económico, en adelante “OPE”. Mucho tiene que ver aquello con lo que fue escrito al comenzar este capítulo. El OPE, de acuerdo a la conocida definición de Cea, es, “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”¹⁰². No es nuestra intención aquí hablar del OPE propiamente tal, de sus distintas definiciones, orientaciones, etc.; sino que llevar el mismo a la legislación concursal.

A nuestro entender, las distintas instituciones concursales son una manifestación del OPE; porque, “El sistema concursal es un resorte esencial en el mercado del crédito, en especial para prestamistas profesionales, como los bancos e instituciones financieras y los grandes proveedores”¹⁰³; es decir, la regulación concursal es fundamental para el adecuado funcionamiento de la economía en general, la que en gran medida se nutre del mercado crediticio; por ello es que le corresponde al Estado establecer esta normativa, la que por las circunstancias antes señaladas, además de los efectos que emanan de su puesta en marcha, queda vedada del ámbito de actuación de los particulares. A lo largo de este capítulo, veremos la importancia de esta noción para el arbitraje concursal, sobre todo en lo que respecta a la competencia del árbitro.

En segundo lugar, tenemos el principio de la autonomía de la voluntad, que no debemos confundir con una de sus manifestaciones más relevantes, la libertad contractual. Este

¹⁰² José Luis Cea, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988), 158.

¹⁰³ Puga, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 147.

principio, en esencia responde al tan conocido aforismo jurídico de que en derecho privado puede hacerse todo aquello que no esté expresamente prohibido. Creemos que Figueroa recoge el núcleo de la autonomía de la voluntad, al señalar que, “Ella es un aspecto de la libertad en general: es la libertad jurídica protegida por el ordenamiento”¹⁰⁴. Este principio nos importa fundamentalmente en lo relativo a la configuración del arbitraje concursal; no obstante algunas precisiones que realizaremos en su momento.

En tercer y cuarto lugar, tenemos los principios de colectividad del derecho concursal y de predominio de las mayorías; que, para efectos de lo que aquí nos compete, preferimos tratar conjuntamente.

En cuanto al primero de ellos, se manifiesta, entre otras cosas, en que, “El procedimiento concursal aglutina a todos los acreedores del deudor, quienes, por contrapartida, pierden su derecho de ejecución individual (art. 57 N° 1 y art. 135 LC). Una vez acreditada su condición de tales acreedores, mediante el procedimiento de verificación de créditos, éstos —salvo excepciones tasadas— pierden además su individualidad y pasan a integrar la *masa pasiva* del concurso, en donde los intereses contrapuestos de cada cual, que conviven por fuerza de la insolvencia del deudor común, son armonizados o reconducidos legalmente a través del sistema de juntas y mayorías”¹⁰⁵; en el mismo sentido se ha dicho que, “[...] el Estado crea, por intermedio de la ley y en respeto de la *par conditio*, una colectividad o asociación necesaria formada por todos los acreedores del insolvente [...]. Cada miembro de la colectividad instantánea ya no actúa por sí, sino bajo una suerte de “asociación virtual”, como ha sido denominada por nuestra jurisprudencia”¹⁰⁶.

Aquí es donde entra en juego el segundo principio; porque, al formar los acreedores una colectividad, la voluntad de la misma debe encontrar una forma de expresarse; pues bien, lo hace a través de decisiones que se adoptan en virtud del predominio de las mayorías, estableciendo la ley distintos quórum representativos de esta circunstancia. Ahora, respecto

¹⁰⁴ Gonzalo Figueroa, *Curso de Derecho Civil Tomo III* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), 49.

¹⁰⁵ Eduardo Jequier, *Curso de Derecho Comercial Derecho Concursal Tomo III Vol. 1* (Santiago: Thomson Reuters, 2019), 57.

¹⁰⁶ Puga, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 141.

al por qué nos interesan estos principios en relación al arbitraje concursal; tiene que ver con la manera de configurar el mismo, que trataremos más adelante en este capítulo.

Por último, tenemos el principio de unidad o unicidad. “Relacionado con el carácter universal del procedimiento concursal, el principio de unicidad indica que solo puede existir un único procedimiento concursal, en el que se ventilen todas las cuestiones de índole patrimonial contra el deudor”¹⁰⁷. En lo relativo al arbitraje, nos importa a efectos de la competencia del árbitro concursal; en el sentido de que es más acorde con la esencia de un procedimiento concursal, que solamente un tribunal conozca la generalidad de asuntos que se presenten dentro de él; en nuestra opinión, esto se refleja en la redacción amplísima de la principal norma competencial del árbitro, que veremos posteriormente.

III.3. Árbitros concursales

El legislador quiso que los procedimientos concursales -en el evento de ser sometidos a arbitraje- fueran tramitados ante un solo árbitro, muy probablemente, por el hecho de que el curso “natural” de los mismos, es ante un juez de letras en lo civil y no ante un tribunal colegiado.

Por otro lado, para poder ejercer válidamente como árbitro concursal, se requiere una habilitación especial, principalmente porque se trata del conocimiento de asuntos calificados por la materia, que viene a ser la insolvencia y los mecanismos procesales para tratar la misma. Este presupuesto habilitante, se cumple formando parte de la “nómina de árbitros concursales”, listado que es llevado por la Superintendencia de insolvencia y reemprendimiento -en adelante, SIR- rigiéndose por las normas relativas a la nómina de veedores, en lo que sea pertinente.

Para poder integrarla, se requiere, desde luego, ser abogado con experiencia mínima de 10 años en el ejercicio de la profesión y estar capacitado en derecho concursal, particularmente, en la actual ley concursal y las leyes especiales que traten sobre estos asuntos; para estos

¹⁰⁷ Jequier, *Derecho Concursal Tomo III*, 64.

efectos, la SIR dictará cursos de especialización para la capacitación de los futuros árbitros concursales, al menos una vez al año.

En cuanto al trámite en sí mismo -que puede ser efectuado durante todo el año y sin costo- la persona interesada debe postular a formar parte de la nómina, para lo cual existe un acceso directo en la página web de la SIR¹⁰⁸, en que el interesado/a, ingresando por medio de su clave única, postula adjuntando sus antecedentes; en caso de que el ente estatal estime que cumple con los requisitos básicos para poder postular -básicamente el título profesional y el período mínimo de ejercicio de la profesión- remitirá un oficio aceptando la postulación; luego, enviará otro oficio, con 15 días corridos de anticipación, en que informará la fecha, hora y lugar en que se realizará el curso de especialización antes referido y una vez realizado este, se dictará la resolución en que se incorpora a la nómina a los postulantes que hubieren asistido al mismo. En la actualidad, dicha nómina está compuesta por un total de 119 integrantes¹⁰⁹.

Ahora bien, a pesar de que el sometimiento de los procedimientos concursales de liquidación o reorganización a arbitraje tiene distintos presupuestos -particularmente respecto a la forma de realizarlo- asunto que trataremos más adelante en este capítulo, la manera en que el árbitro concursal se instala correctamente y puede ejercer válidamente como tal, es la misma en ambos procedimientos.

Así entonces, señala la ley que el árbitro se considerará “constituido” con su aceptación en el cargo, debiendo además prestar juramento ante el secretario/a del tribunal al que le hubiese correspondido conocer del procedimiento concursal de que se trate; de esta forma, como vimos además en el capítulo del arbitraje en general, con la aceptación, la persona nombrada árbitro pasa a serlo para ese caso concreto propiamente tal, al otorgar su consentimiento, porque antes solo existe una declaración de voluntad en que se le designa como árbitro, que mientras él no la acepte declarándolo en tal sentido, no le compromete; pero, por otra parte, si bien aceptando ya será árbitro en ese caso en particular, además debe prestar juramento, lo

¹⁰⁸ <http://www.superir.gob.cl/postulaciones-2/>

¹⁰⁹ <https://www.boletinconcursal.cl/nomina/arbitros>

que viene a ser un requisito de validez del proceso, toda vez que ya existe como tribunal - tiene jurisdicción, requisito de existencia de todo proceso- pero mientras no jure, será incompetente.

En cuanto al momento para ejecutar estos actos, lo normal será que sea simultáneamente; además señala la ley, que en ese mismo acto deberá el árbitro fijar su domicilio, el que deberá encontrarse en el mismo lugar en que ejerce jurisdicción el tribunal al que le hubiese correspondido conocer del procedimiento. Finalmente, el árbitro deberá designar un secretario, cargo que deberá recaer en un abogado.

III.4. Naturaleza del arbitraje

De acuerdo a lo señalado por el artículo 296 de nuestra actual ley concursal, el árbitro concursal es un árbitro de derecho, disposición con carácter imperativo, por lo que no podría dársele al árbitro las facultades de arbitrador o mixto. Ello, como revisamos en el primer capítulo de este trabajo, significa, en resumidas cuentas, que el árbitro se debe sujetar, tanto en la tramitación del procedimiento como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida; así, el árbitro concursal quedará constreñido a conocer y fallar -de las distintas cuestiones que se susciten, respecto de las cuales sea competente- de acuerdo a las reglas que la ley N.º 20.720 establece para el desarrollo y conclusión de los procedimientos en ella contenidos.

Sin embargo, la ley expresamente le otorga facultades especiales a los árbitros concursales - las cuales veremos más adelante en este capítulo- que los jueces ordinarios a los que les correspondería naturalmente conocer de estos asuntos, no poseen; lo que no obsta a que sigan siendo árbitros de derecho, porque es la misma ley la que contempla tales atribuciones especiales.

Por otra parte, creemos que es oportuno preguntarnos el por qué los árbitros concursales deben conocer y fallar conforme a derecho, no pudiendo dárseles otras reglas de procedimiento o permitírseles que fallen conforme a lo que su prudencia y la equidad les

dictaren. Estimamos que aquello está íntimamente relacionado con las aristas que revisamos al principio de este capítulo, en el sentido de que el tratamiento de la insolvencia es una materia que escapa a los intereses particulares de las partes, un asunto de orden público económico, por lo que necesariamente el legislador debe buscar la manera más adecuada y eficiente de manejar estos asuntos.

Aquello, a nuestro juicio, se ve reflejado en la adopción de procedimientos únicos, no sujetos a modificaciones, que buscan, ante todo, que todos los acreedores puedan tener las mismas oportunidades -en abstracto- de ver solucionados sus créditos, porque, si se permitiera modificar estos procedimientos, en más de alguna oportunidad podría acontecer que tal situación beneficie a un acreedor o acreedores determinados en desmedro de otros, generalmente a quienes tienen las mayores acreencias o se encuentran garantizados, quienes, en la práctica, ya cuentan con una relativa mejor posición.

Entonces, la legislación persigue establecer un marco procedimental basado en la igualdad, a pesar de todas las causas de desigualdad fácticas y jurídicas que habitualmente existen entre los acreedores; así, “Frente a la insolvencia del deudor común, los acreedores requieren de un estatuto jurídico que les permita ejercer sus derechos en términos de igualdad. De esta manera, la regla "*prior in tempore potior in iure*", propia del sistema de tutelas individuales del crédito inspirado en una concepción de justicia conmutativa, es reemplazada por el principio de la "*par conditio creditorum*", que, como apunta SATTA, tiene un fuerte contenido ético y su vocación, por lo mismo, apunta a mantener la igualdad de los acreedores frente a la catástrofe financiera del deudor insolvente, de manera que los efectos de tal fenómeno se diluyan entre todos ellos en un contexto comunitario de pérdidas”¹¹⁰.

Podría, en otro orden de ideas, pensarse que tal vez hubiese sido conveniente el que se le pudiesen otorgar al árbitro facultades de mixto. Por ejemplo, desde el punto de vista de los acuerdos de reorganización, en que verdaderamente se crea un espacio de negociación entre el deudor y sus acreedores para poder llegar a ellos; acordar normas de procedimiento distintas a las establecidas por la ley, podría estimarse como acorde con su esencia

¹¹⁰ Jequier, *Derecho Concursal Tomo III*, 62.

contractual; además, la antigua ley de quiebras contemplaba esta opción, la cual fue revisada en el capítulo anterior.

Por lo demás, “Otro problema que deviene este tipo de arbitraje es que deja un marco muy reducido a la autonomía de la voluntad de las partes, pues se trata en general de un proceso de idéntica naturaleza que el seguido ante los tribunales estatales, con la sola diferencia que se sigue ante un árbitro”¹¹¹; es decir, en uno u otro sentido, se deja de lado uno de los fundamentos de la esencia del arbitraje, cual es la libertad de las partes; sin embargo, por nuestra parte estimamos que, en virtud de lo señalado supra, el arbitraje concursal debería tender naturalmente a ser de derecho, para la mejor protección de los intereses del deudor, los acreedores y la comunidad toda; sin embargo, volveremos sobre este punto en nuestras conclusiones.

III.5. Facultades especiales del árbitro

Tal como pudimos adelantar en el capítulo anterior, la ley N.º 20.720 mantuvo ciertas atribuciones especiales que la anterior ley concursal le otorgaba a los árbitros concursales, en términos prácticamente equivalentes a los actuales; las cuales son fruto de una corriente de cambios bastante profundos que se han ido implementando en varios de nuestros procedimientos judiciales en las últimas dos décadas. Como se puede advertir, se trata de situaciones ligadas al ámbito de la prueba, elemento esencial de todo proceso; particularmente -a grandes rasgos- respecto a: a) medios de prueba; b) iniciativa probatoria del árbitro; y c) sistema de apreciación de la prueba. A continuación, pasaremos a revisar cada una de estas situaciones.

III.5.1. Medios de prueba

Señala el artículo 298, número 1), de la ley concursal, que el árbitro podrá admitir, además de los medios probatorios contenidos en el CdePC, cualquier otra clase de prueba. La prueba, como “medios de prueba”, es una de las tantas acepciones que tiene esta palabra en el ámbito jurídico; Así, “En primer lugar, debe tratarse de “algo” que cumpla la función de fuente o

¹¹¹ Vásquez, *Tratado de Arbitraje*, 79.

soporte de la facticidad comunicada en un argumento. En segundo lugar, deben vislumbrarse conexiones entre las imágenes sensoriales (o experiencias) comunicadas por la fuente y la conjetura sobre conductas jurídicamente relevantes que interesa en el caso”¹¹²; es decir, debe existir un presupuesto formal, que es la materialidad del medio de prueba en sí; y otro sustancial o de fondo, que es que la información que emana de ese “algo”, tenga alguna relación con los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

De esta forma, la ley concursal vino a establecer un régimen de libertad probatoria en el arbitraje concursal, a diferencia de los procedimientos concursales que se llevan adelante de manera “natural” ante un juez permanente estatal, en que rige el sistema “cerrado” de medios de prueba que contempla nuestra legislación civil y procesal civil, en conformidad a los artículos 1698 del Código Civil y 341 del CdePC; que por lo demás, tiene especial manifestación en el artículo 122 de la ley concursal. A modo de ejemplo, la libertad probatoria también se contempla en el artículo 295 del Código Procesal Penal; el artículo 28 de la ley N.º 19.968 que crea los Tribunales de familia; y el artículo 453 número 4) del Código del Trabajo.

Así, en las distintas situaciones en que le corresponda conocer y fallar, el árbitro concursal podrá admitir variados medios probatorios, más allá de los legalmente reglados. Creemos que el artículo 323 del Código Procesal Penal arroja bastante luz en este sentido, al titularse “medios de prueba no regulados expresamente” y señalar, por ejemplo: películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videgrabaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o el sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. Además, señala que será el tribunal el que determinará su forma de incorporación al proceso, tratando de adecuarla al medio análogo más cercano, cuando sea posible.

El punto relevante es que la ley concursal no estableció en su texto un límite a esta libertad probatoria; por lo que es necesario -a nuestro entender- acudir analógicamente a la regulación

¹¹² Rodrigo Coloma Correa, “La prueba y sus significados”, *Revista Chilena de Derecho* 46, núm. 2 (2019): 432.

de otros procedimientos en que sí se establecen márgenes para este principio probatorio. Por ejemplo, el artículo del Código del Trabajo antes referenciado, señala que el juez laboral podrá excluir la prueba impertinente, esto es, la que no tenga una relación directa con el asunto sometido al tribunal y no sea necesaria para su resolución; límite bastante relevante para el caso de que se presente una gran cantidad de prueba, por distintos medios, lo que muchas veces puede tener fines meramente dilatorios; obedeciendo a un mismo orden de ideas se expresan los incisos 1° y 2° del artículo 276 del Código Procesal Penal y el artículo 31 de la ley N.º 19.968.

Un tópico de suma trascendencia tiene que ver con la llamada “prueba ilícita”, en estricta relación también con el principio de libertad probatoria; “Previo a toda consideración en cuanto a la forma en que los distintos sistemas procesales enfrentan el problema de la prueba ilícita, parece entonces necesario definir la prueba ilícita simplemente como *aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*”¹¹³. El problema, es que en materia procesal penal, como también procesal laboral y de familia, se encuentran establecidos los mecanismos para que el tribunal pueda excluir esta prueba ilícita, careciendo ella de cualquier valor probatorio; pero no así en lo que a los procedimientos concursales arbitrales respecta, lo que lógicamente -a priori- genera un inconveniente, porque ni siquiera en la legislación procesal civil existe una norma de tal tipo. Podría mencionarse el caso del llamado “juicio de oposición” del procedimiento concursal de liquidación, en que el tribunal debe pronunciarse acerca de la admisibilidad y pertinencia de las pruebas ofrecidas, pudiendo incluso deducirse recurso de reposición en contra de la resolución que se pronuncia acerca de ello; sin embargo, como veremos más adelante, el árbitro concursal es incompetente para conocer de aquella etapa del procedimiento, toda vez que solo podrá ser competente una vez que se haya dictado la correspondiente resolución de liquidación y se cumplan los demás requisitos necesarios para que efectivamente el procedimiento pueda continuarse ante él.

Así, creemos nosotros que se debe acudir a la garantía constitucional del debido proceso, que ya tratamos en alguna parte de este trabajo; en el entendido de que, de partida, el rendir prueba

¹¹³ María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 169.

es un derecho constitutivo del debido proceso, pero, a su vez, también es un derecho que aquella prueba rendida haya sido obtenida de manera lícita. En ese sentido, Jequier expresa que, “Del mismo modo, y según se dijo antes, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de 1980 consagra el derecho a un proceso “legalmente tramitado”, racional y justo, lo que implica por cierto el cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales de las partes, durante todo su desarrollo. Un proceso civil que termine en una sentencia basada en prueba ilícita, obtenida con infracción de derechos fundamentales, no puede considerarse como “legal”, y menos “racional y justo”. Por lo anterior, entonces, en el proceso civil el juez no solo tendrá que admitir, recibir y ponderar la prueba proporcionada por las partes; antes que eso y si así se acredita en el juicio por vía incidental, estará además obligado a rechazar y considerar como nula toda aquella que se haya obtenido con infracción de derechos fundamentales. Más aún, deberá rechazar incluso su práctica misma, de manera de evitar toda posible contaminación o injerencia de esa prueba ilícita en el proceso de formación del convencimiento jurisdiccional respecto el fondo de la cuestión controvertida”¹¹⁴. En base a aquel razonamiento, estimamos que el hecho de que no exista norma expresa que permita excluir la prueba ilícita respecto a los asuntos que eventualmente puedan conocer los árbitros concursales, no obsta a la circunstancia de que aquello se ve envuelto y protegido por una garantía constitucional, por lo que el árbitro, planteándosele tal situación, debería resolver siempre teniendo en cuenta esta trascendente protección constitucional.

III.5.2. Iniciativa probatoria del árbitro

Dispone el artículo 298, número 1), de la ley N.º 20.720, luego de establecer el régimen de libertad probatoria en el arbitraje concursal, que el árbitro podrá “decretar de oficio las diligencias probatorias que estime conveniente, con citación a las partes”. De esta forma, la ley le otorga al árbitro concursal iniciativa en materia de prueba, lo que se traduce en que el juzgador podría eventualmente tener un rol mucho más “activo”, en comparación con el juez de letras que naturalmente le correspondería conocer de los procedimientos concursales, toda vez que aquel no tiene este tipo de atribuciones, o, al menos, no de un modo tan amplio¹¹⁵.

¹¹⁴ Eduardo Jequier Lehuedé, “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 34, núm. 3 (2007): 490-491.

¹¹⁵ Por ejemplo, las medidas para mejor resolver, del artículo 159 del CdePC.

En cuanto a lo anterior, en caso de que los procedimientos concursales sigan su curso ante el juez de letras competente, rigen plenamente, entre otros, dos principios procesales estrechamente relacionados, los cuales son: a) principio dispositivo y; b) principio de aportación de parte.

El principio dispositivo, como emana de su denominación, responde a la circunstancia de que son las partes, titulares de derechos subjetivos, las que definen qué hacer con los mismos; tanto en un ámbito material como procesal; en el sentido de que ellas deciden soberanamente, a modo de ejemplo, si es que los deducen en juicio o no, si es que los ceden a otra persona, si presentan excepciones en juicio, entre muchas otras cosas; aquello, descansa directamente en el derecho de propiedad, fuertemente protegido constitucionalmente. Así, para ilustrar, es la empresa deudora quien decide si presenta o no una solicitud de liquidación voluntaria; son los acreedores los que deciden si renuncian a un cierto porcentaje de sus créditos o le otorgan esperas al deudor; etcétera.

Aquello, obedece a la naturaleza privada de los derechos en comento, por lo que aquí hay que realizar una cierta precisión respecto a los procedimientos concursales, que, como vimos, si bien los derechos involucrados en ellos son de naturaleza privada, el tratamiento de los mismos tiene consecuencias que van más allá del mero interés de las partes. Una manifestación de aquello, que además nos sirve para mostrar cómo este principio dispositivo tiene un cierto matiz en materia concursal, se trata de el rechazo de la propuesta de acuerdo de reorganización judicial del artículo 96 de la ley concursal; caso en el cual, de rechazarse aquella, ya sea porque la empresa deudora no otorgó su consentimiento, o porque no se alcanzaron las mayorías necesarias entre los acreedores, el tribunal debe dictar inmediatamente la resolución de liquidación, salvo que la junta respectiva disponga lo contrario por quórum especial, caso en el cual el deudor podrá presentar una nueva propuesta, pero no presentándola, o bien, rechazándose nuevamente, tendrá lugar la consecuencia ya señalada. A nuestro entender, queda aquí establecido de manera patente, al corresponder al juez aquella facultad officiosa totalmente ajena al principio dispositivo, que los derechos y consiguientes intereses en juego, van mucho más allá de la relación acreedor-deudor, por lo

que no puede quedar esta relación “en el aire”, por las múltiples consecuencias nocivas que ello acarrearía.

La doctrina alemana se encargó luego de limitar el concepto de principio dispositivo al de dominio por los litigantes del interés privado, distinguiéndolo así del principio de aportación de parte, relativo a la introducción de la prueba en el proceso, separación que ha sido acogida por doctrinas como la italiana y la española¹¹⁶. No obstante ello, ambos principios se encuentran íntimamente conectados, toda vez que, por ejemplo, el hecho de que una parte deduzca una acción y/o alegue una excepción implica, a su vez, que ella libremente decida si va a allegar la prueba necesaria al proceso, teniendo una carga, no una obligación. Para López y Horvitz, “Conforme a este principio, la *carga* de la prueba y la *iniciativa* de los actos de producción de prueba recaen en las partes, sin que se reconozca al tribunal facultades para intervenir en ella. El *principio de aportación de parte* descansa, fundamentalmente, en la autonomía de la voluntad particular y, por ello, determina que el tribunal no se interese por la averiguación autónoma de la verdad”¹¹⁷.

Así entonces, nos encontramos con que en el arbitraje concursal tiene lugar una situación especial. De manera que, la iniciativa probatoria del juez árbitro, implica que los principios revisados se ven de alguna manera matizados -en caso de que el árbitro haga uso de su facultad- toda vez que las partes ya no tendrán el monopolio de la actividad probatoria en el asunto que hubiesen sometido a conocimiento de él.

Lo anterior, no implica que el objeto de la cuestión se vea modificado por el árbitro, por la razón de que los hechos son planteados por las partes y las pruebas respectivas recaen sobre esos hechos y no otros; esto, además, es una cierta garantía respecto a la imparcialidad del árbitro, aunque bien podría darse la situación de que decrete -con mucha mayor frecuencia- diligencias probatorias respecto de los hechos que afectan a una parte, lo que también podría estar fundado en una cierta parcialidad.

¹¹⁶ Maite Aguirrezabal Grünstein, “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 32 (2017): 425.

¹¹⁷ María Inés Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 41.

Desde otro punto de vista, podría entenderse que el dotar de esta facultad al árbitro, es beneficioso para todos los involucrados en el proceso, partiendo de la base de que mientras más material probatorio exista respecto a los hechos discutidos, aumentan las posibilidades de que el juez logre el convencimiento en relación a los mismos, conforme al sistema de apreciación de la prueba que revisaremos a continuación. En estricta relación con aquello, el artículo citado al comienzo de este apartado, también dispone que el árbitro concursal “Tendrá, además, en todo momento, acceso a los libros, documentos y medios de cualquier clase en los cuales estén contenidas las operaciones, actos y contratos del deudor”. Así, podría entenderse que la conjunción de estas dos situaciones, simplemente es un gran beneficio a efectos de que el árbitro concursal falle con el mayor conocimiento de causa posible.

III.5.3. Sistema de apreciación de la prueba

Expresa el número 2), del artículo 298 de la ley N.º 20.720, que el árbitro concursal “apreciará la prueba de acuerdo con las normas de la sana crítica y deberá consignar en la respectiva resolución los fundamentos de dicha apreciación”.

Como ya hemos señalado, estas atribuciones que se entrega a los árbitros concursales en materia probatoria, se enmarcan en un proceso macro de cambios que llevó a la configuración actual de distintos procedimientos judiciales, en variadas materias; como una clara manifestación de aquello, “El proceso chileno en las últimas décadas ha ido liberándose paulatinamente de los sistemas probatorios tasados, caracterizados por una intensa regulación legislativa en torno a los medios de prueba admisibles y su valoración probatoria. En las últimas y más significativas reformas procesales (penal, del trabajo y de familia, y en algunas parcelas del proceso civil patrimonial) la valoración de la prueba se encuentra entregada a la libre apreciación del juez, y más concretamente, a las reglas de la sana crítica”¹¹⁸.

¹¹⁸ Iván Hunter Ampuero, “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?”, *Revista Ius et Praxis*, núm. 1 (2017): 248.

El sistema de la sana crítica, es solo uno de los diversos sistemas de valoración de la prueba que existen; en nuestro país, en lo que a procedimientos civiles se refiere, predomina el sistema de la prueba legal o tasada, en que es el legislador quien define qué y de qué forma podrá servir para acreditar un hecho en el proceso, aquello “obedece a la idea de reducir el riesgo de dar por probado un hecho falso y, por tanto, acoger de manera errónea la demanda”.¹¹⁹

Siguiendo al procesalista uruguayo Eduardo Couture, “Este concepto configura una categoría intermedia entre la prueba legal y la libre convicción. Sin la excesiva rigidez de la primera y sin la excesiva incertidumbre de la última, configura una feliz fórmula, elogiada alguna vez por la doctrina, de regular la actividad intelectual del juez frente a la prueba. Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas. El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción”¹²⁰.

III.5.3.1 Marco de análisis

Como podemos apreciar, este sistema contempla un marco de referencia para que el juzgador pueda analizar la prueba, consistente, en esencia, en tres elementos que pasaremos a revisar a continuación.

En cuanto a las reglas de la lógica, el legislador no se encarga de entregar indicios respecto a qué entiende por ellas; lo cual es complejo, porque aquellas van mucho más allá de un mero concepto, lo que hace difícil -incluso- que en este trabajo se pueda arribar a una noción comprensiva de estas. Solamente podemos entregar ciertos criterios que podría entenderse

¹¹⁹ Ricardo Padilla Parot, “Ese dolor de cabeza llamado prueba legal tasada: La anticipada aplicación del proyecto de Código Procesal Civil, que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran llevando a cabo”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 26 (2016): 402.

¹²⁰ Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edición (Buenos aires: Roque Depalma Editor, 1958), 270-271.

que forman parte de esta arista de la tríada. Por ejemplo, los principios de la lógica formal, los cuales permiten revisar si nos encontramos frente a un razonamiento lógico o no; a saber: principio de identidad -A es A- que indica que una cosa/idea es igual/idéntica a ella misma; principio de contradicción -A es A, A no es A- que señala que algo no puede ser verdadero y falso a la vez; principio de tercero excluido -A es A, o, A no es A, pero nunca será B- que nos dice que entre dos afirmaciones que son contradictorias, o es lo uno, o es lo otro, pero no existe una tercera posibilidad; finalmente, el principio de razón suficiente, que indica que todo tiene una razón suficiente por la cual es lo que es, es decir, toda situación/objeto/idea, debe tener una razón suficiente que lo explique. Estos son solo algunos de los parámetros de los que un juez se puede servir en lo que respecta a las reglas de la lógica; no hay duda de que es un tema bastante peliagudo, el cual desde luego merece un tratamiento más pormenorizado, que excede a los objetivos de este trabajo¹²¹.

Respecto a las máximas de la experiencia, Stein señala que “son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”¹²².

Es decir, este elemento del sistema recoge la experiencia del juez de la causa, pero no de cualquier forma, sino que de manera inductiva; toda vez que, a partir de todas las situaciones por las que ha pasado esta persona durante su carrera, se recogen aquellas que sean capaces de llegar a construir una especie de “regla general” respecto de una determinada situación a la que se vea enfrentado. De esta manera, nos encontramos con que este marco de referencia posee un elemento que es claramente subjetivo, cual es el que estamos revisando, por la circunstancia de que acudimos a la interioridad misma del juez de la causa, a sus vivencias. Es por lo anterior, que estas máximas no pueden aspirar a tener una validez universal, porque

¹²¹ Al respecto ver. Jaime Laso Cordero, “Lógica y sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1 (2009): 143-164.

¹²² Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, trad. Andrés de la Oliva Santos (Bogotá: Editorial Temis, 1973), 27.

dependerán netamente del contexto -en un sentido amplio- en el que se desenvuelva el tribunal.

Por último, tenemos los “conocimientos científicamente afianzados”, en los términos de los artículos 297 del Código Procesal Penal y 32 de la ley N.º 19.968; además de las razones “técnicas”, contempladas en el artículo 456 del Código del Trabajo. Se ha señalado que “Las científicas se refieren a las que una determinada ciencia o arte acepta como intersubjetivamente válidas o compulsivamente obligatorias dentro de su área. Se obtienen típicamente de informes periciales o de expertos en un área determinada. Las técnicas se emparentan con las científicas y prácticamente son lo mismo. Se trata de razones que se apoyan en el conocimiento de personas conocedoras de alguna materia, aunque esta no sea ciencia en sentido estricto (un curador de arte, por ejemplo)”¹²³.

Un punto aparte, muy interesante por lo demás, marca a este respecto el artículo 456 del Código del Trabajo, el cual señala que al apreciar la prueba, además de valerse de los criterios revisados, el juzgador “En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador”. Es decir, el árbitro -en nuestro caso- además de contrastar toda la prueba a la luz de las directrices revisadas, tendría que tener en cuenta estos otros criterios al momento de analizarla; a nuestro parecer, aquello solamente configura un reforzamiento del razonamiento lógico que debe realizar el juzgador, no la incorporación de una nueva categoría de análisis o una forma de análisis en particular.

III.5.3.2 Deber de fundamentación

Como es sabido, en nuestra legislación existe un deber general de fundamentar los fallos, el cual encuentra su fuente legal más clara en el artículo 170 del CdePC, además de contenerse también en leyes procesales sectoriales. No obstante lo anterior, podríamos incluso aducir que aquel deber tiene base constitucional; por una parte, podría entenderse que emana del

¹²³ Jaime Laso Cordero, “Lógica y sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1 (2009): 144-145.

artículo 76 inciso primero de la Constitución, al señalar aquel que, ni el Presidente de la República, ni el Congreso pueden, en caso alguno, “revisar los fundamentos o contenido” de las resoluciones judiciales, dando con ello por hecho que aquellas deben ser fundamentadas; por otra parte, entendemos nosotros que el hecho de que las resoluciones judiciales deban ser fundadas, es un derecho constitutivo del justo y racional procedimiento o debido proceso, que se contiene en el artículo 19 N.º 3 inciso 5º de la Constitución, y al cual ya nos hemos referido en otras partes de la presente memoria.

Sin embargo, este deber general encuentra un particular tratamiento en los procedimientos en que se permite al juez o jueces apreciar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Así, por ejemplo, el artículo 297 del Código Procesal Penal, en su inciso 1º, señala que “El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquélla que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo”; luego, en su inciso final expresa que “La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia”. En términos prácticamente idénticos está redactado el artículo 32 de la ley N.º 19.968.

Por su parte, en lo que a nosotros nos incumbe directamente, el artículo 298, número 2), de la ley N.º 20.720, expresa que además de apreciar la prueba de acuerdo a las normas de la sana crítica, el árbitro concursal deberá “consignar en la respectiva resolución los fundamentos de dicha apreciación”. Así entonces, es patente que un elemento de este sistema de apreciación de prueba, consiste en la fundamentación necesaria de los fallos en que la prueba que se tuvo en vista en el proceso, fue apreciada de acuerdo al marco de análisis del mismo; fundamentación que, como vimos, va más allá de la que en general debe tener, por ejemplo, una sentencia definitiva en un procedimiento civil, regulación que además irradia a otros procedimientos como normas procesales matrices; sino que se trata de una fundamentación especial, en que debe quedar de manifiesto el razonamiento o secuencia de análisis que realizó quien juzga para efectos de dar por probado/no probado un hecho del

proceso; indicando incluso los medios de prueba con los que dio por probados ciertos hechos; de manera que cualquier individuo que pueda enfrentarse a la decisión, pueda buenamente entender por qué el sentenciador llegó a tal conclusión, aunque no la comparta.

A fin de cuentas, como bien señala González Castillo, todo lo anterior obedece a que “El sistema de la persuasión racional supone en el juez independencia y capacidad mucho mayor que en el sistema de la prueba legal; la obligación de fundar las sentencias es un eficaz correctivo de cuanto se podría encontrar de demasiado arbitrario en él. En este sistema la sentencia no ha de ser un acto de fe, sino un documento de convicción razonada. Parfraseando a Unamuno con esta facultad el juez no debe vencer, sino convencer”¹²⁴.

III.6. Formas de constitución del arbitraje

Corresponde en esta sección, analizar el cómo los procedimientos concursales pueden ser sometidos a arbitraje, digo “pueden”, porque se trata de situaciones de arbitraje voluntario o facultativo, lo que obedece a ciertos principios que informan esta institución en general, como otros propios de la materia objeto del mismo. De esta manera, revisaremos en detalle las formas en las cuales se constituye el arbitraje, que, de partida, son bastante distintas al típico compromiso y cláusula compromisoria, latamente revisados en el capítulo primero, como las formas más comunes de sujetarse al juicio de árbitros.

III.6.1 Procedimiento Concursal de Reorganización Judicial

Conforme a lo señalado por el artículo 54 de la ley concursal, este procedimiento comienza por solicitud de la empresa deudora, presentada ante el tribunal de su domicilio, que será el juez de letras competente o la Corte de Apelaciones correspondiente, si es que se trata de una ciudad asiento de corte, en cuyo caso tal solicitud debe ser distribuida.

Luego, conforme al artículo 55 de la misma ley, el deudor, para efectos de la nominación de los veedores titular y suplente, debe presentar a la Superintendencia, una copia de la solicitud antes señalada, con cargo del tribunal competente o de la Corte de Apelaciones

¹²⁴ Joel González Castillo, “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1 (2006): 105.

correspondiente; además de un documento que es en extremo relevante para efectos de poder someter el procedimiento a arbitraje, que corresponde a un certificado emitido por un auditor independiente del deudor, que forme parte del registro de auditores externos que lleva la Comisión para el Mercado Financiero; el cual, en base a la información suministrada por el deudor, contendrá: un estado de sus deudas, con expresión del nombre, domicilio y correo electrónico de los acreedores o de sus representantes legales, en su caso; de la naturaleza de los respectivos títulos, y del monto de sus créditos, indicando el porcentaje que cada uno representa en el total del pasivo, con expresión de los tres mayores acreedores, excluidas las Personas Relacionadas al Deudor. Una vez realizada la nominación de los veedores titular y suplente por la Superintendencia, ella emitirá el certificado de dicha nominación, conforme al artículo 22 de la ley concursal.

El artículo 295, inciso 2º, de la ley N.º 20.720, señala que el deudor manifestará su voluntad de someter el procedimiento a arbitraje, acompañando al tribunal competente, además de los antecedentes requeridos por el artículo 56 de la misma ley, los que deben acompañarse paralelamente a la remisión por la Superintendencia del certificado de nominación antes señalado al tribunal competente; cartas de apoyo suscritas por acreedores que representen a lo menos la mayoría absoluta del pasivo del deudor, las cuales indicarán el nombre de los árbitros titular y suplente designados por los acreedores y sus honorarios. Además del cumplimiento de esos requisitos, según se desprende del inciso final del artículo 296 de la ley N.º 20.720, es un requisito sine qua non, que la correspondiente resolución de reorganización sea dictada por el juez de letras naturalmente competente para conocer del procedimiento, con lo que queda demostrada la importancia que el legislador le asigna a esta circunstancia, por los motivos que ya hemos revisado en otros lugares de este trabajo.

Es decir, para poder someter este procedimiento a arbitraje, se requiere del consentimiento del deudor, y de acreedores que representen una parte importante de su pasivo, como lo es la mayoría absoluta del mismo, como mínimo. Esta circunstancia obedece a la esencia misma de la institución arbitral, toda vez que en los arbitrajes voluntarios, debe existir consenso entre los involucrados en lo tocante a verse sujetos al juicio de un árbitro, no pudiendo ser arrastrados ante el mismo de manera unilateral; situación que fue desarrollada en extenso en

el primer capítulo de este trabajo. Por otra parte, podemos decir que aquel consenso existente entre el deudor y una cierta parte de sus acreedores, para surtir plenos efectos, está sujeto a una condición, cual es la dictación de la resolución de reorganización; momento a partir del cual la persona nombrada árbitro pasara a serlo propiamente tal, para aquel caso concreto.

Un asunto de suma relevancia, tiene que ver con el referido requisito consistente en el consentimiento de acreedores que representen como mínimo la mayoría absoluta del pasivo del deudor. ¿De qué manera se realiza este cálculo? ¿Cómo se avala su veracidad? Recordemos que, el deudor debe acompañar las mencionadas cartas de apoyo, de las que la ley nada más dice, pero entendemos, grosso modo, que puede ser un instrumento privado en que se señale quién es el acreedor y el porcentaje del pasivo que representa su crédito; creemos que podría haberse contemplado un apoyo más “formal”, como el del artículo 59 de la ley concursal, que habla de cartas de apoyo “autorizadas ante un ministro de fe”. Además estas cartas de apoyo se acompañan conjuntamente con los antecedentes señalados en el artículo 56 de la ley concursal; dentro de los cuales, en su número 4), se contempla el ya referido certificado del artículo 55 de la misma ley, el cual servirá para la determinación del pasivo afecto al eventual acuerdo de reorganización, y, además, para la determinación del quórum requerido para adoptar cualquier acuerdo, hasta que se confeccione la nómina de créditos reconocidos. Así entonces, estimamos nosotros que, es en base a aquel certificado, que debe realizarse el cálculo en cuanto a acreedores/porcentaje de pasivo, bastando únicamente aquello, por parte de los acreedores, más el consentimiento del deudor, para que quede perfeccionado el sometimiento a arbitraje; no obstante encontrarse pendiente aún la condición señalada supra, de cuya verificación pende su efectividad.

En relación con lo anterior, estima el profesor Eduardo Jequier, que es un requisito para la subsistencia del arbitraje en este procedimiento, el que el porcentaje de pasivo requerido para poder arribar a él, no se vea disminuido por las probables futuras objeciones e impugnaciones de créditos; así, expresa que “Se genera aquí, por tanto, una situación contradictoria no resuelta en la ley, pues el árbitro deberá resolver impugnaciones de las cuales depende, eventualmente, que se mantenga el quórum que origina su nombramiento. No es el caso, entiéndase bien, en que el árbitro resuelve sobre su propia competencia y sus alcances materiales (principio de kompetenz-kompetenz). Se trata, por el contrario, de una situación

en que el acuerdo de voluntades de las partes, planteado bajo esta fórmula del apoyo epistolar inicial, constituye un sinalagma apenas preliminar, prima facie o condicionado, que bien puede diluirse y desaparecer luego por efecto de la objeción o impugnación de créditos y la consiguiente disminución sobrevenida del pasivo mínimo que exige el art. 295 inc. 2^o¹²⁵. Es decir, según él, el arbitraje en el procedimiento de reorganización queda sujeto a la subsistencia del quórum legalmente establecido, una vez que los créditos se encuentren reconocidos.

Por nuestra parte, no podemos encontrarnos más en desacuerdo con la citada opinión. De partida, por el mero hecho de que no existe ninguna disposición legal -en la regulación del arbitraje concursal, ni en la ley concursal en general- de la que se pueda desprender aquello; la norma solo se limita a indicar el requisito de las cartas de apoyo suscritas por acreedores que representen cierta cantidad de pasivo; luego, realizando una interpretación sistemática, llegamos a la conclusión de que ese pasivo está registrado en el certificado del artículo 55 de la ley concursal, como ya fue revisado. De esta forma, creemos que el profesor Jequier confunde dos situaciones: a) por una parte, la situación obligacional preliminar del deudor, la cual constará en el tantas veces mencionado certificado, el cual goza de una cierta autoridad, toda vez que es expedido por un experto auditor; y b) la situación obligacional definitiva del deudor, que se manifiesta en la nómina de créditos reconocidos. Es a la primera situación a la que el requisito mencionado se encuentra anclado, no a la segunda; porque, de ser así, se generarían situaciones absurdas, y el absurdo no tiene cabida en el derecho.

¿Por qué decimos que se generarían consecuencias absurdas? A modo de ejemplo, imaginemos que el juez de letras competente dicta la resolución de reorganización, precediendo el cumplimiento de los requisitos del artículo 295 de la ley concursal, por lo que el procedimiento queda en manos del árbitro concursal designado por los acreedores. Acto seguido, avanza el procedimiento, se verifican créditos, se objetan, luego son impugnados y le corresponde al árbitro pronunciarse respecto a aquellas impugnaciones. Como resultado de lo anterior, los créditos reconocidos corresponden solo al 40% del pasivo que constaba en

¹²⁵ Eduardo T. Jequier Lehuedé, “El arbitraje concursal en Chile: revisión crítica de su ambigua regulación en la ley N.º 20.720”, *Revista Chilena de Derecho*, núm. 2 (2020): 463.

el certificado del auditor externo, ¿deja el árbitro, por esa circunstancia, de ser competente para seguir conociendo del procedimiento? Si la respuesta a esa interrogante fuese afirmativa, ¿qué sentido tiene el haber desarrollado parte del proceso ante él, con la diversidad de costos, en sentido amplio, que ello implica? En nuestra opinión, ningún sentido. Por ejemplo, aquello iría claramente en contra del principio de economía procesal, respecto al cual se ha expresado que, “En un sentido muy genérico, la economía procesal es un principio informativo del Derecho procesal que, de forma más o menos intuitiva, influye y configura la estructura y el funcionamiento del proceso; en ese aspecto sería la razón que procurara que el proceso consiga su fin, la satisfacción de las pretensiones con el mayor ahorro posible de esfuerzo y de coste de las actuaciones procesales; obtener el máximo rendimiento con el mínimo gasto y tiempo, lo que podría llamarse la economía en el proceso¹²⁶”.

Por último, hacemos mención del ya referido artículo 56 N.º 4 de ley concursal, en que se dice se utilizará el certificado del artículo 55 de la misma ley, para efectos de computar los quórum necesarios para alcanzar acuerdos entre acreedores, hasta que quede confeccionada la nómina de créditos reconocidos. El punto relevante, es que tal certificado será anterior al momento en que el deudor debe acompañar los antecedentes del artículo 56 y las cartas de apoyo de los acreedores, por lo que, a nuestro juicio, aquí existe un argumento legal para poder sostener que, solo para después de que exista la nómina de créditos reconocidos, se utilizará los datos en ella existentes para computar los quórum, quedando sujetas las decisiones anteriores -como la de otorgar el consentimiento para someterse a arbitraje- a la norma citada, no pudiendo además, por no existir fundamento legal alguno, deshacerse lo que los acreedores hubiesen decidido bajo el imperio de esa norma, que, a fin de cuentas, es a lo que lleva la opinión aquí controvertida.

III.6.1.1 Acuerdo de reorganización judicial alzatorio

El profesor Jequier, que es prácticamente la única persona en nuestro país que ha escrito sobre el arbitraje concursal de una manera reflexiva, no solo limitándose a reproducir el contenido de la ley, ha señalado que, “En conformidad con el art. 200 N.º 2 LC, durante el

¹²⁶ Adolfo Carretero Pérez, “El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 65 (1971): 101.

procedimiento concursal de liquidación la Empresa Deudora (ED) podrá presentar “proposiciones de Acuerdos de Reorganización Judicial en los términos del Capítulo III y del Párrafo 5 del Título 5 del Capítulo IV de esta ley”, las que serán materia de junta extraordinaria de acreedores. El art. 257, a su turno, aclara que dichas propuestas podrán presentarse “una vez notificada la nómina de créditos reconocidos”, y que serán aplicables en tal caso “las disposiciones contenidas en el Capítulo III de esta ley, en lo que fuere procedente y en todo lo que no se regule en las disposiciones siguientes”. Por lo anterior, todo lo dicho respecto del procedimiento concursal de reorganización preventiva, y lo que se dirá en los apartados que siguen, se aplica mutatis mutandis al arbitraje concursal en este contexto de acuerdo alzatorio, que pone fin al estado judicial de liquidación concursal. En consecuencia, en este caso el deudor deberá incluir también, en su propuesta de acuerdo de reorganización, una cláusula adicional de compromiso, que deberá ser votada por la junta de acreedores en la oportunidad que señale el juez del concurso (art. 257 inc. final y art. 258)”¹²⁷.

En virtud del fragmento citado, nuevamente nos encontramos en desacuerdo con su interpretación. De partida, creemos que existe una norma legal expresa que echa por tierra aquella aproximación; se trata de la norma base en lo que a arbitraje concursal se refiere, que es el artículo 295 de la ley concursal, el cual, al aproximarse a la relación que puede llegar a existir entre un árbitro concursal y un proceso concursal de reorganización; reza que, para efectos de que un eventual acuerdo de reorganización sea alcanzado en un procedimiento seguido ante un árbitro, aquello debe acordarse “en” el procedimiento concursal de reorganización. Ahora, Puga señala que “Para nosotros, ajustando la definición de Puelma Accorsi, el acuerdo de reorganización es un contrato colectivo y solemne de transacción mediante el cual el deudor y el conjunto de sus acreedores resuelven la insolvencia de aquél evitando o clausurando un procedimiento concursal de liquidación, y cuyos derechos y obligaciones son oponibles a todos los acreedores, salvo las excepciones legales”¹²⁸; es decir, el acuerdo de reorganización alzatorio, es aquel que clausura un procedimiento concursal de liquidación en curso.

¹²⁷ Jequier, “El arbitraje concursal en Chile: revisión crítica de su ambigua regulación en la ley N.º 20.720”, 463-464.

¹²⁸ Juan Esteban Puga, *Derecho Concursal El Acuerdo de Reorganización*, 4ª edición (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 72.

Aquella última circunstancia es la que a nuestro juicio evita lo señalado por Jequier, en el sentido de que, en cuanto al arbitraje concursal, le serían aplicables a la tramitación del acuerdo alzatorio -mutatis mutandis, es decir, modificando lo pertinente, lo que a nuestro juicio, por el tantas veces referido trasfondo de orden público de este tipo de procedimientos, no debería tener lugar, siendo una especie de “analogía procesal”- las mismas normas que al procedimiento de reorganización preventivo; decimos esto, porque aquella propuesta de acuerdo se presenta en el marco de un procedimiento concursal de liquidación en curso, en junta extraordinaria de acreedores, por lo que no sería aplicable el supuesto del artículo 295, único que habilita para la constitución del arbitraje en los procedimientos concursales, al no tener lugar la presente situación “en” un procedimiento concursal de reorganización.

De hecho, el mismo párrafo quinto, del título quinto, del capítulo cuarto de la ley concursal, se titula “Del término del Procedimiento Concursal de Liquidación por Acuerdo de Reorganización Judicial”, lo que reafirma la circunstancia de que de lo que allí se trata, no es de un “procedimiento concursal de reorganización alzatorio”, sino que simplemente de un acuerdo de reorganización, que se alcanza en el marco de un procedimiento concursal de liquidación, para darle término al mismo.

Distinta estimamos que sería la situación, en caso de que un árbitro concursal estuviese conociendo del procedimiento concursal de liquidación; porque él, a nuestro juicio, seguiría siendo el tribunal competente en caso de que se presentase una propuesta de acuerdo de reorganización alzatorio; pero este tema de la competencia del árbitro concursal lo veremos más adelante.

Por último, como será revisado en el apartado siguiente, el arbitraje en el procedimiento concursal de liquidación puede ser adoptado por la junta constitutiva o cualquier junta posterior; por lo que también estimamos que podría darse la situación de que el procedimiento hubiese estado llevándose adelante ante el juez de letras competente, habiéndose ya notificado la nómina de créditos reconocidos; acto seguido, tiene lugar una junta extraordinaria de acreedores en que se presenta una propuesta de acuerdo alzatorio y

además se decide someter el procedimiento a un árbitro concursal; aquello, de acuerdo a la interpretación de las normas legales que regulan la materia, podría tener lugar sin ningún problema, reafirmando el hecho de que se trata del nombramiento de un árbitro en un proceso concursal de liquidación y no de reorganización, por lo que si se quisiese que todo lo que tenga que ver con la propuesta de acuerdo, a partir de ese momento, quede entregado a un árbitro, tendría que realizarse de aquella manera, que por lo demás, simplemente es una situación “de laboratorio”; entendiendo ello además, como algo distinto a el pacto arbitral en acuerdos de reorganización, que será revisado más adelante en este mismo capítulo.

III.6.1.2. Acuerdo de reorganización extrajudicial o simplificado

Finalmente, para terminar con la tríada de los acuerdos de reorganización, corresponde efectuar la siguiente pregunta, ¿puede aprobar judicialmente un acuerdo de reorganización extrajudicial un árbitro concursal? La pregunta no es baladí, toda vez que la regulación de este tipo de acuerdo se encuentra en el título tercero del capítulo tercero, que se denomina “del procedimiento concursal de reorganización”; por lo que, cabría dentro de las redes del artículo 295 de la ley concursal, que al referirse a la posibilidad de establecer arbitraje, habla del “procedimiento concursal de reorganización”; además, el artículo 107 de la misma ley, señala que para la aprobación del acuerdo, también deberán acompañarse los antecedentes del artículo 56, a los que, a su vez, hace mención el artículo 295, por lo que alguien buenamente podría llegar a esta interpretación.

Sin embargo, nos encontramos con texto legal expreso que impide que la situación planteada pueda tener lugar. Se trata del artículo 103 de la ley concursal, el cual expresa que, “Será competente para aprobar el Acuerdo Simplificado el tribunal que hubiere sido competente para conocer de un Procedimiento Concursal de Reorganización del Deudor de acuerdo a esta ley”. Creemos que el legislador pretende referirse al tribunal que hubiese sido “naturalmente” competente, que, de acuerdo al artículo 3 de la ley N.º 20.720, será el juzgado de letras que corresponda al domicilio del deudor; no existiendo cabida para el arbitraje concursal en esta situación.

III.1.6.2. Procedimiento Concursal de Liquidación

Es respecto a este procedimiento, que nuestra legislación concursal vino a establecer una posibilidad nunca antes vista en ella; porque, como ya hemos revisado, el año 2005 mediante la ley N.º 20.073 se introdujeron ciertas manifestaciones del arbitraje en el derecho concursal, pero ligadas a los convenios, no a la antigua quiebra, sucedida hoy por la liquidación concursal.

Ya hemos escrito en numerosas partes de este trabajo, acerca del trasfondo de orden público que poseen los procedimientos concursales, por tratar el delicado y complejo fenómeno de la insolvencia, lo que incluso se ve acentuado en la liquidación concursal, por ser entendida aquella como un mecanismo de ultima ratio; en este sentido “La liquidación judicial de la empresa deudora representa, o debiera representar, según los principios que inspiran el nuevo Derecho Concursal chileno y las tendencias contemporáneas del Derecho de la empresa en dificultad, una situación límite que se concreta por la imposibilidad de renegociación de las deudas de la persona deudora (PD) o por la imposibilidad de reorganización eficiente de la empresa deudora (ED), y, en este último caso, ante una hipótesis de inviabilidad económica (*economic distress*) o financiera (*financial distress*) grave e irreversible. En otras palabras, se trataría de un procedimiento concursal al que recurre la ley, *in extremis*, cuando ningún plan de reorganización o renegociación puede salvar a la ED o a la PD”¹²⁹.

El legislador, muy probablemente debe haber tenido en consideración las particulares circunstancias en que se ven envueltos, y, las consecuencias que acarrear los procedimientos concursales; en particular, la liquidación concursal. No obstante ello, determinó que el arbitraje pudiese ser una herramienta plausible para canalizar un procedimiento concursal de liquidación, con todas las implicancias que esto tiene; para poder efectuar una mirada más comprensiva de esta situación, en lo que sigue iremos realizando ciertas precisiones que estimamos relevantes.

¹²⁹ Gonzalo Ruz, *Nuevo Derecho Concursal Chileno Tomo II* (Santiago: Thomson Reuters, 2017), 627.

Conforme a lo expresado por el artículo 295, inciso 3º, de la ley concursal, “En el Procedimiento Concursal de Liquidación, la Junta Constitutiva referida en el artículo 193 de esta ley o cualquier Junta posterior podrá acordar, con Quórum Especial, someterse a arbitraje, designar a los árbitros titular y suplente, y fijar sus honorarios”.

Como podemos apreciar, el arbitraje se puede acordar a partir de la junta constitutiva de acreedores; de aquello emana la circunstancia, de que la declaración del estado de liquidación de la empresa deudora, a través de la dictación de la resolución de liquidación, le queda vedada al árbitro concursal; toda vez que aquella junta de acreedores, es la primera que se realiza en el procedimiento, el trigésimo segundo día contado desde la publicación de la resolución de liquidación en el boletín concursal.

De esta forma, teniendo en consideración los severos efectos que tiene aquella resolución, como por ejemplo; el desasimiento de los bienes del deudor; la acumulación de juicios; la exigibilidad y reajuste de obligaciones; entre muchos otros; el legislador -de manera muy sensata, a nuestro juicio- al igual que en el procedimiento de reorganización y bajo la orden de motivaciones similares, incluso bastante más calificadas en este caso; impidió que el procedimiento de liquidación concursal -voluntario o forzoso- pudiese ser conocido ab initio por un árbitro, lo que, de manera eventual, hubiese implicado que aquel dictase la correspondiente resolución de liquidación. Es por lo expresado justo antes, que la regulación fue creada de la manera existente hoy en día; para efectos de evitar que un árbitro dictase la resolución de liquidación, por todos los efectos de sumo interés público que ella implica; a pesar de que él, si bien es “juez”, es “tribunal”, y, por tanto, ejerce jurisdicción, no deja por ello de ser un privado, un sujeto que en su día a día no ejerce labores de juez, al no ser un juez permanente estatal.

Se podría pensar que, en alguna medida, existe desconfianza por parte del legislador frente a la labor arbitral. Sin embargo, estimamos que tal situación solamente obedece al hecho de todo lo expresado respecto al trasfondo de los procedimientos concursales; existiendo en ellos, particularmente en la liquidación, asuntos que trascienden -por lejos- al interés del deudor y de los acreedores; por lo que, malamente, al ser un caso de arbitraje voluntario, en

que por esencia se trata de materias en que no está envuelto el orden público o los intereses de terceros, respecto a lo cual nos remitimos a lo dicho acerca del arbitraje prohibido en el capítulo primero, se le podría haber entregado un poder de decisión tan importante a un árbitro.

Otro tanto, tiene que ver con la ejecución de la resolución de liquidación, la que probablemente podría requerir medidas de apremio, como también afectar a terceros ajenos a la relación deudor/acreedores. Así, es del caso recordar lo señalado en el capítulo primero, respecto a que los árbitros pueden hacer ejecutar lo juzgado, pero de una manera atenuada o disminuida, conforme lo señala el artículo 635 del CdePC. Entonces, remitiéndose a aquello, es sensato pensar que no sería del todo eficiente que un árbitro dictase una resolución que traiga el tipo de consecuencias que acarrea la resolución de liquidación, porque en más de alguna ocasión, habría que ocurrir a la justicia ordinaria para hacer ejecutar lo allí resuelto.

III.1.6.2.1 Unilateralidad del sometimiento a arbitraje

Nos llama profundamente la atención, el hecho de que es la junta de acreedores quien decide, de manera unilateral, sujetar el procedimiento a arbitraje; con el voto favorable de acreedores que representen 2/3 del total pasivo con derecho a voto, verificado y/o reconocido según sea el caso.

Aquello es sumamente paradójico, porque nos encontramos ante una situación que la ley la construye como un arbitraje voluntario, el cual, como revisamos en el capítulo primero, supone la existencia de un acuerdo de arbitraje entre las partes de una controversia actual o potencial, mediante el cual sustraen aquella de la competencia de los tribunales estatales naturalmente competentes, concretándose aquel en la forma de compromiso o cláusula compromisoria. No obstante aquello, si bien existe libertad para someter el procedimiento concursal de liquidación a arbitraje; tal libertad solo alcanza a los acreedores que pueden votar en la junta de acreedores en que se presente la respectiva moción, no importando, en lo absoluto, la opinión que el deudor pueda tener al respecto.

Si bien la ley concursal no contempla los típicos mecanismos del compromiso y la cláusula compromisoria para someterse a arbitraje, sino que constructos especiales como el que estamos analizando; creemos que, para que un arbitraje pueda calificarse propiamente como “voluntario”, debe existir la concurrencia de la voluntad de todos los involucrados en el asunto que se somete al conocimiento de un árbitro, en este caso, del deudor y sus acreedores, tal como se efectúa en el procedimiento de reorganización judicial, como ya fue revisado.

Así entonces, en el caso del procedimiento concursal de liquidación, nos encontramos frente a un arbitraje que es voluntario sólo para los acreedores, quienes pueden acordar en él; pero, para la empresa deudora, una vez acordado aquel, será forzoso. No obstante que los casos de arbitraje forzoso están expresamente señalados en la ley, no encontrándose el aquí revisado entre aquellos, creemos que son las circunstancias las que llevan a afirmar lo expresado, porque para el deudor no existirá otra salida que conformarse ante la decisión de la junta de acreedores, no existiendo ningún mecanismo mediante el cual él pueda oponerse a aquello, o bien, consentir en caso de que esté de acuerdo.

Por último, consideramos que la situación revisada es del todo injusta para el deudor; toda vez que él, se verá constreñido a sujetar su crónica situación a un privado que no es el ente naturalmente competente para conocer de la misma; al que él no tuvo ni siquiera posibilidad de elegir; al que además, probablemente -este es uno de los puntos oscuros de la ley, según veremos- le deberá pagar del producto de la realización de sus bienes; entre un sin número de otras situaciones, que dejan al deudor en una cierta posición desbalanceada en relación a sus acreedores y que se podrían calificar, a lo menos, como ruidosas.

III.7. Competencia del árbitro concursal

Sin duda, a juicio de quien escribe, uno de los temas más necesarios de tratar respecto a la regulación del arbitraje concursal, tiene que ver con la competencia del árbitro, para efectos de intentar precisar la misma, por las razones que pasaremos a exponer.

La competencia, de acuerdo a Rocco, “Es aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según criterios a través de los cuales las

normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella”¹³⁰; es decir, podríamos calificarla como un perímetro que delimita el área en que un tribunal puede ejercer jurisdicción, poder-deber que posee por el solo hecho de ser tribunal; pero que debe ser precisado, siendo ahí donde entra en juego el concepto de competencia, otorgándole un ámbito de actuación demarcado.

Como ya hemos tratado, bien sabemos que en el arbitraje concursal son las partes -con la salvedad hecha respecto de la liquidación concursal- quienes le otorgan competencia a un árbitro para efectos de que siga conociendo del respectivo proceso; es decir, se trata de casos de arbitraje predominantemente voluntario, en que no es la ley, como en el arbitraje forzoso, quien le otorga competencia al tribunal arbitral; debiendo mediar un acuerdo de arbitraje para que aquel pueda ejercer válidamente como árbitro, con las particularidades señaladas respecto a los procedimientos concursales. Por lo mismo, es que quienes tienen la facultad de realizar este cambio de sede jurisdiccional, muy probablemente tendrán en consideración los efectos de aquello, en el sentido de avizorar las eventuales materias de las que podría llegar a conocer el árbitro.

En el artículo 296, inciso 4º, de la ley N.º 20.720, se contempla la regla basal en lo que a la competencia arbitral atañe. Señala aquel que, “La competencia del árbitro se extiende a todo cuanto sea necesario para la tramitación de los Procedimientos Concursales de Reorganización o de Liquidación y a los incidentes que se promuevan durante ellos”; luego, el inciso 5º, también una norma competencial, expresa, “Si el Acuerdo de Reorganización Judicial fuere rechazado en los términos previstos en el artículo 96 de esta ley, el árbitro remitirá el expediente al tribunal competente que dictó la Resolución de Reorganización”.

Estimamos que, a partir de estas dos reglas se puede tratar de construir una postura acerca de la competencia del árbitro concursal. De partida, no está demás decir que el primer inciso citado refleja una amplitud extrema, a partir de la cual cuesta bastante encontrar algo a que aferrarse para efectos de poder delimitar el ámbito de competencia; porque señala que el

¹³⁰ Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil* (Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002), 246.

árbitro es competente respecto de “todo cuanto sea necesario” para la tramitación de los procedimientos concursales de reorganización/liquidación; además de los incidentes que se promuevan en ellos, es decir, todas las cuestiones accesorias a estos procedimientos, que requieran un pronunciamiento por parte del árbitro, en aquellos casos en que la ley permite promover un incidente, de acuerdo a lo expresado por el artículo 5 de la ley N.º 20.720.

En virtud de tal vaguedad, una forma de delimitar esta materia sería recurriendo a la regla de la exclusión, es decir, aquello de lo cual, en virtud de la ley, el árbitro concursal no puede conocer. Así, como ya fue revisado, el árbitro concursal no puede dictar la respectiva resolución de liquidación/reorganización, por la naturaleza de los efectos que de ellas emanan, para lo cual nos remitimos a todo lo ya señalado; incluso creemos que aquello no obedece a una falta de competencia, sino que de jurisdicción; porque la ley estableció al arbitraje concursal como jurisdicción supletoria ubicándose en el caso de que las resoluciones señaladas ya hubiesen sido dictadas por un tribunal permanente estatal; antes de aquello se podría entender que el árbitro concursal como “tribunal” simplemente no existe para el legislador, porque el hecho de que forme parte de una nómina no implica que el sea “tribunal”, simplemente es una persona que puede ser nombrada para actuar como árbitro, pero en un caso concreto; y, aquel nombramiento, que solamente viene a materializar este tribunal establecido en abstracto por el legislador, únicamente puede tener lugar a partir del momento que la ley señala; por lo que si es realizado antes, aquel sería nulo, porque esta persona solo podrá ser “juez” en la oportunidad que la ley indica; todo lo anterior, no obstante la excepción que revisaremos a continuación, además de otras que serán revisadas en los apartados siguientes.

Es en el segundo inciso que citamos, en que se trata de un caso de incompetencia propiamente tal; porque, en caso que el acuerdo de reorganización, en un procedimiento que hubiese estado llevándose adelante ante un árbitro, fuese rechazado; aquel deberá remitir los antecedentes ante el tribunal que dictó la resolución de reorganización. Esto, porque conforme al artículo 96 de la ley concursal, si el acuerdo se rechaza, el tribunal deberá dictar inmediatamente y de oficio la resolución de liquidación, a menos que la junta de acreedores le brinde a la empresa deudora una nueva oportunidad para proponer un acuerdo, asunto que

veremos en el próximo apartado. Como podemos ver, aquí se trata de un caso en que el tribunal arbitral se encuentra válidamente constituido, porque se habla del tribunal - naturalmente competente- que dictó la resolución de reorganización; entonces, el árbitro es propiamente “tribunal” y además tiene competencia; pero, por las razones otras veces señaladas en este trabajo, se le impide al árbitro que dicte la resolución de liquidación en tal situación, en que debía realizarlo de oficio y sin más trámite, siendo entonces incompetente para su dictación.

Otro punto importante al respecto, tiene que ver con los hitos de término de ambos procedimientos, porque, según se desprende de la ley, el árbitro solamente es competente para actuar dentro de ellos. Así, la liquidación concursal termina cuando se encuentra ejecutoriada la resolución de término, en conformidad al artículo 256 de la ley concursal; por su parte, la reorganización judicial termina cuando se encuentre ejecutoriada la resolución que tiene por aprobado el acuerdo, porque no se impugnó el mismo, o bien, porque se desecharon las impugnaciones; de esta forma, el árbitro concursal, actuará válidamente - temporalmente hablando- en la medida en que aún no hubiesen tenido lugar las circunstancias antes indicadas, con alguna precisión a realizar más adelante.

En conformidad a todo lo ya señalado, la conclusión a la que podemos llegar es que, lo que intenta evitar el legislador, es que el árbitro concursal pueda eventualmente conocer y resolver respecto de materias en que se vea envuelto el orden público, asunto que también fue visto en el apartado segundo de este capítulo, como además en otras partes de este trabajo. Así, teniendo en consideración que la dictación de las resoluciones de reorganización, y, en particular, la de liquidación, son las actuaciones que implican que se vean involucrados la mayor cantidad de intereses “extra partes”; estimamos nosotros que, el árbitro concursal podrá conocer válidamente de la inmensa mayoría de los trámites que contempla la ley para los respectivos procedimientos; porque, si entramos a descifrar cuál de estos trámites podría involucrar aristas de orden público, en muchos casos nos encontraríamos con que muchos de ellos algo de aquel involucran en el fondo, lo que haría que el arbitraje concursal deparara en absolutamente inútil, si llevamos esta conclusión a un extremo muy rígido. Para efectos de precisar, en seguida realizaremos una ejemplificación de eventuales materias de las que el

árbitro podrá conocer; además de algunas situaciones en las que no podrá hacerlo, relacionadas con lo que fue escrito en este punto.

III.8. Ejemplificación de materias posibles de conocer/no conocer por el árbitro concursal

En este punto, como corolario del apartado anterior, trataremos de enmarcar las materias de las que, a nuestro juicio, el árbitro concursal puede conocer en los procedimientos de reorganización y liquidación. Realizamos la prevención de que la ejemplificación que sigue, en ningún caso pretende ser taxativa, sino que solo intentará comprender el mayor número posible de asuntos que estimamos se encuentran dentro de la órbita de atribuciones del árbitro; siempre, además, pretendiendo que esta herramienta no devengue en ineficaz. También se hará mención de ciertos trámites que el árbitro no podría llevar a cabo, los que están en estrecha relación con lo expresado en el punto anterior. Por último, no es nuestra intención revisar en detalle el contenido de cada uno de estos trámites, lo que excede -por lejos- a los objetivos de la presente memoria.

III.8.1. En el Procedimiento Concursal de Reorganización judicial

A efectos de lo que será revisado a continuación, es muy importante tener en plena consideración la oportunidad en que se puede configurar el arbitraje en la reorganización judicial, lo que sin dudas hace que el abanico de posibles materias a las que el árbitro se pueda ver enfrentado, se amplíe notablemente; en contraposición de lo que veremos respecto a la liquidación, en que aquello es más bien variable.

III.8.1.1. Declaración de postergación de pago por infracción a la protección financiera concursal

La institución de la protección financiera concursal, en adelante “PFC”, es definida por el artículo 2 N.º 31 de la ley concursal, concepto al que nos remitimos; la Excelentísima Corte Suprema, atendiendo a los motivos de esta institución ha señalado, “Que el período de protección financiera concursal que la ley otorga al deudor lo ha sido para que este pueda iniciar el proceso de negociación, en un marco de tranquilidad y sin que se vea expuesto a procedimientos compulsivos que puedan significar la pérdida de la unidad productiva;

durante el cual los acreedores que mantengan el suministro de bienes y servicios, precisamente por contribuir a ese fin, son compensados con el reconocimiento de una preferencia, para incentivar el acuerdo de reorganización”¹³¹.

En virtud del artículo 57 N.º 1, letra c), de la ley concursal; durante la PFC los contratos que la empresa deudora hubiese suscrito se mantendrán vigentes y con las mismas condiciones de pago. Esto implica que no pueden ser terminados unilateralmente, hacer efectivas las garantías que contemplen, o exigirse su cumplimiento anticipado, utilizando como fundamentación el hecho de haberse iniciado un Procedimiento Concursal de Reorganización. Ahora, si un acreedor viola aquella prohibición, el pago de su respectiva acreencia quedará pospuesto para después que se paguen todos los acreedores a quienes afectase el acuerdo, incluso los que sean personas relacionadas del deudor; es decir, es una sanción bastante gravosa para estos acreedores. Para que esta sanción tenga lugar, es necesario que exista declaración judicial al respecto, la que debe ser solicitada al “tribunal que conoce del Procedimiento Concursal de Reorganización”, es decir, en caso de que éste se estuviese llevando adelante ante un árbitro concursal, a él le correspondería conocer de esta solicitud. Además, se trata de uno de los casos en que la competencia se extiende a los incidentes, toda vez que tal solicitud debe realizarse de manera incidental por expresa disposición legal.

III.8.1.2. No presentación de la propuesta de acuerdo de reorganización judicial

En conformidad al artículo 57 N.º 4 de la ley N.º 20.720, la resolución de reorganización debe contener “La orden al Deudor para que a través del Veedor publique en el Boletín Concursal y acompañe al tribunal competente, a lo menos diez días antes de la fecha fijada para la Junta de Acreedores, su propuesta de Acuerdo de Reorganización Judicial”. Ahora bien, si es que la empresa deudora no presenta su propuesta de acuerdo en la oportunidad allí señalada, el veedor deberá dar fe de aquello, debiendo el tribunal competente dictar la resolución de liquidación “sin más trámite”.

¹³¹ Corte Suprema de Justicia, Rol N.º 22218-2018 (Civil), Casación fondo, Considerando 15º.

Pues bien, aquí nos encontramos ante uno de los casos en que el árbitro concursal devendrá en incompetente; si bien la ley habla del “tribunal competente”, pudiendo ser aquel un árbitro concursal; no debemos olvidar que, en la liquidación concursal, el arbitraje solo se puede acordar una vez que ya hubiese sido dictada la resolución de liquidación por el juez de letras correspondiente; ergo, de ello emana la consecuencia de que el legislador quiere evitar -a toda costa- que aquella resolución sea emitida por un árbitro; por tanto, si está conociendo de la reorganización judicial un árbitro y se encuentra ante la situación descrita en el artículo citado, no podrá dictar aquella resolución, aunque él sea el “tribunal competente” que está conociendo del procedimiento. Además, creemos que aquí debe aplicarse el mismo razonamiento que existe en el artículo 296 inciso 5°, en relación con el artículo 96, ambos de la ley N.º 20.720, respecto al rechazo de la propuesta de acuerdo; norma que fue revisada en el apartado anterior, por encontrarse ella expresamente dentro de las normas que regulan la competencia de los árbitros concursales.

III.8.1.3. Audiencia sobre la determinación de honorarios del veedor.

Según ordena el artículo 57 N.º 9 de la ley concursal, dentro de quinto día de notificada la resolución de reorganización, tendrá lugar una audiencia a la que deberán asistir el deudor y sus tres mayores acreedores, para efectos de tratar la proposición que efectúe el veedor sobre sus honorarios, para intentar llegar a un acuerdo sobre aquello. Es decir, se trata de una audiencia en que, antes que todo, se brinda el espacio para que los interesados puedan llegar a un acuerdo; ahora bien, si es que no asiste alguno de los citados, o no se llega a un acuerdo, los honorarios deberán ser fijados por el “tribunal” sin ulterior recurso. Creemos que el árbitro concursal también podría ser competente para presidir esta audiencia y fijar los honorarios del veedor en caso de ser necesario; porque en ese momento del proceso el ya podría ser “tribunal”, toda vez que, como señalamos en algún lugar de este trabajo, es la dictación de la resolución de liquidación la que lo habilita para configurarse como árbitro propiamente tal.

III.8.1.4. Prórroga de la Protección Financiera Concursal

En virtud de la lectura coordinada de los artículos 58 y 59 de la ley N.º 20.720; el “tribunal competente” debe conocer de la solicitud de prórroga de la PFC que presente el deudor.

Aquella, debe estar apoyada por dos o más acreedores que representen más del 30% del total pasivo, si es que se solicita ampliarla por hasta 30 días; o bien, por dos o más acreedores que representen más del 50% del total pasivo, si se quiere ampliar 30 días más de los días ya aumentados, o, si en un solo acto se solicita la prórroga por hasta 60 días.

El apoyo de los acreedores debe materializarse en “cartas de apoyo” suscritas por ellos y autorizadas ante un ministro de fe y un certificado de un contador auditor independiente al deudor en que se señalen los porcentajes de pasivo requerido. Respecto al segundo requisito, no debemos olvidar el certificado del artículo 55 de la ley, del que ya hemos hablado; así “Lo anterior es redundante, como hemos dicho, porque precisamente es esta última norma la que dispone expresamente que este certificado servirá de base para determinar todos los quórum (*sic*) de acreedores que se necesiten en la adopción de cualquier acuerdo, hasta que se confeccione la nómina de créditos reconocidos, con sus respectivas ampliaciones o modificaciones, si existieren. Lo anterior parece sugerir que este certificado original puede ser reutilizado para los fines de la prórroga de la Protección Financiera Concursal, al menos, hasta la confección de la mentada nómina”¹³².

Al hablar la ley del “tribunal competente”, estimamos que, en este caso, aquel puede ser un árbitro concursal. De partida, porque se trata de la prórroga de un plazo que se encuentra establecido en la resolución de reorganización, por lo que necesariamente aquella debió haber sido ya dictada por el juez de letras competente. Por otra parte, se requiere el apoyo de acreedores que representen una cierta cantidad de pasivo, por lo que son ellos mismos quienes de alguna manera están “renunciando” a sus derechos, por lo que nos encontramos a una situación que, en esencia, obedece a intereses inter partes. El árbitro, junto con decretar la prórroga, de cumplirse con los requisitos señalados; deberá además fijar la nueva fecha y hora de la junta de acreedores llamada a pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo.

¹³² José Luis Goldenberg, *La Protección Financiera Concursal* (Santiago: Thomson Reuters, 2020), 53.

III.8.1.5. Determinación del pasivo

Este proceso comprende esencialmente tres etapas: una, de la cual depende la eventual existencia de las otras dos, que es la verificación; además de la objeción de créditos y/o preferencia o avalúo comercial de los bienes sobre los que recaen las garantías; y, finalmente, la impugnación de las mismas circunstancias antes señaladas. No es nuestra intención exponer aquí demasiado en detalle esta importante parte de la tramitación, sino que realizar un enfoque desde el ámbito competencial del árbitro concursal.

“La verificación es un acto procesal del acreedor, quien concurre ante el juez del procedimiento concursal, mediante una presentación formal, haciendo valer un crédito y la preferencia que crea tener contra el Deudor, a objeto de que sea pagado en el procedimiento concursal”¹³³. De acuerdo al artículo 70 de la ley concursal, los acreedores tienen un plazo de 8 días contados desde la notificación de la resolución de liquidación para realizar esta actuación “ante el tribunal que conoce del procedimiento”. Aquella, debe realizarse acompañando los títulos justificativos de sus créditos, además de indicar si se encuentran garantizados con prenda o hipoteca, debiendo en este caso señalar el avalúo comercial de los bienes sobre que recaen tales garantías. El trámite de la verificación no será necesario si es que los créditos y el avalúo comercial de sus eventuales garantías, se encontraran contenidos en el certificado del artículo 55 de la ley concursal, en relación al artículo 56 N.º 4 de la misma. Una vez expirado el plazo señalado anteriormente y dentro de los dos días siguientes, el veedor publicará en el boletín concursal las verificaciones que fueron presentadas.

Luego de tal publicación, existe un plazo de 8 días más, en que el veedor, los acreedores y el deudor, pueden deducir -mediante una presentación ante el “tribunal”- objeción fundada acerca de la falta de títulos justificativos de los créditos, sus montos, preferencias o sobre el avalúo comercial de los bienes sobre los que recaen las garantías, que se indican en el estado de deudas que presenta el Deudor, de conformidad al número 4) del artículo 56 o en las verificaciones presentadas por los acreedores. Vencido este plazo, dentro de los dos días siguientes, el veedor deberá publicar en el boletín las objeciones presentadas; quedando

¹³³ Eric Chávez, *Derecho Comercial Procedimientos Concursales Transporte Terrestre, Marítimo y Aeronáutico*, 3ª edición (Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas, 2019), 115.

“reconocidos” los créditos y el avalúo comercial de los bienes sobre que recaen las garantías, en caso de que no se presenten objeciones, y debiendo el veedor confeccionar la nómina de créditos reconocidos, acompañarla al expediente, además de publicarla en el boletín.

De acuerdo al artículo 71 de la ley concursal, le corresponde al veedor llevar adelante las medidas necesarias para subsanar las objeciones. Si aquello no surte efecto, lo que fue verificado y objetado, se tendrá ahora por “impugnado”; debiendo el veedor acumular y emitir un informe sobre estas objeciones al tribunal. Además, el veedor deberá acompañar la nómina de créditos impugnados, el informe y la nómina de créditos reconocidos; debiendo también publicar todo ello en el boletín, dentro de los 5 días siguientes a la expiración del plazo para objetar.

Ahora es donde llegamos al punto que aquí nos interesa y que no podíamos tratar de plano, sin realizar este preámbulo. Luego de todas las actuaciones señaladas, el tribunal citará a una audiencia única y verbal para fallar las impugnaciones; la que tendrá lugar dentro de tercero día de la notificación de la resolución que tiene por acompañada la nómina de créditos reconocidos e impugnados. Además, el tribunal será competente para resolver las incidencias que promuevan las partes en relación a las impugnaciones. El tribunal también podrá suspender y continuar la audiencia con posterioridad, en caso de que fuere estrictamente necesario; debiendo dictar su fallo, a más tardar, el segundo día anterior a la junta de acreedores que se pronunciará acerca de la propuesta de acuerdo.

La resolución que se pronuncie sobre las impugnaciones, ordenará la incorporación o modificación de créditos en la nómina de créditos reconocidos, o la modificación del avalúo comercial de los bienes sobre los que recaen las garantías, y será apelable en el sólo efecto devolutivo. El Veedor, además, deberá publicar la nómina de créditos reconocidos posiblemente modificada por tal resolución, a más tardar el día anterior a la fecha de celebración de la Junta de Acreedores llamada a conocer y pronunciarse sobre la propuesta de Acuerdo.

Así, estimamos nosotros que el árbitro concursal es plenamente competente para conocer de este procedimiento de determinación del pasivo; desde ya, esto es muy “necesario” para la tramitación del procedimiento, en los amplios términos de la norma general de competencia. Desde luego, a pesar de que probablemente este sea uno de los hitos más importantes de los procedimientos concursales; es resorte exclusivo de los acreedores el acudir diligentemente a hacer constar sus acreencias; por lo cual, a pesar de que puedan existir otros intereses detrás de aquello, como, por ejemplo, acreedores de los acreedores del deudor, cuyas acreencias dependan de que el acreedor de la empresa deudora se pague; sigue estando en manos de estos últimos la facultad de acudir o no al proceso, para lo cual nos remitimos al tan conocido artículo 12 del Código Civil. Por otra parte, este será otro de los casos en que el árbitro concursal se pueda pronunciar respecto a los incidentes, que, como señala el artículo 296 inciso 4° de la ley concursal, se comprenden dentro de la órbita de sus atribuciones.

III.8.1.6. Retiro de la propuesta de acuerdo

Aquí nos encontramos frente a otra de las situaciones en que el árbitro concursal, que estaba válidamente conociendo de un procedimiento concursal de reorganización, puede devenir en incompetente. El artículo 77 de la ley N.º 20.720 señala que “Una vez notificada la propuesta de Acuerdo, ésta no podrá ser retirada por el Deudor, salvo que cuente con el apoyo de acreedores que representen a lo menos el 75% del pasivo”. En caso de que la propuesta de acuerdo ya notificada, sea retirada sin cumplir con el requisito requerido por tal norma, el tribunal competente deberá dictar la resolución de liquidación.

Tal como hemos visto en otro par de situaciones, en este caso el árbitro concursal debería remitir los todos los antecedentes al juez de letras competente que dictó la resolución de reorganización, para que sea él quien dicte la resolución de liquidación, siguiendo el mismo razonamiento contenido en el artículo 296, inciso final, de la ley concursal. Las razones de ello, son las mismas que ya hemos expresado en otras oportunidades, por lo que no volveremos a repetir las aquí.

III.8.1.7. Ausencia del deudor en la junta de acreedores llamada a pronunciarse sobre la propuesta de acuerdo de reorganización judicial

Nuevamente nos encontramos frente a una situación del mismo tenor que la revisada justo antes. Según el artículo 81 de la ley N.º 20.720, si el deudor no concurre a la junta de acreedores que tiene por objeto pronunciarse acerca de su propuesta de acuerdo de reorganización, el tribunal competente tendrá la obligación de dictar la resolución de liquidación en esa misma junta. Frente a ello, nos remitimos a los argumentos que hemos planteado en otras oportunidades de naturaleza análoga.

III.8.1.8. Impugnación del acuerdo de reorganización judicial

Una vez que se hubiese formado el consentimiento entre el deudor y la junta de acreedores, por las mayorías que establece la ley para esta última; el acuerdo alcanzado deberá ser notificado por el veedor en el boletín concursal, de acuerdo al artículo 84 de la ley N.º 20.720. Dentro de los 5 días contados desde esta publicación, el acuerdo podrá ser impugnado por los acreedores a quienes les afecte, fundados en alguna de las causales que señala el artículo 85 de la ley concursal; rechazándose de plano la impugnación, de ser extemporánea. Estimamos que no existe problema alguno para que el árbitro concursal pueda conocer de esta eventual arista del procedimiento, toda vez que es “necesario” para la tramitación del mismo; no encontrándose éste concluido; además de ser una materia que, a nuestro juicio, depende únicamente de la decisión de los acreedores, por lo que, nuevamente, se trata de un derecho al que ellos pueden renunciar válidamente, no constituyendo una circunstancia indisponible; todo lo anterior, no obstante algunas precisiones que realizaremos en lo que sigue.

Para el fallo de las impugnaciones, el “tribunal competente” citará a una audiencia única, dentro de los 10 días de vencido el plazo para impugnar. En aquella misma audiencia, además, deberán resolverse las incidencias que se presenten. También, puede ser suspendida y continuada con posterioridad. El fallo de las impugnaciones deberá ser pronunciado dentro de los 30 días siguientes a la celebración de la audiencia, a más tardar; además, deberá publicarse en el boletín concursal y será apelable en el solo efecto devolutivo.

En caso de que se acoja una impugnación al acuerdo por las causales de los números 4) o 5) del artículo 85 de la ley concursal, nuevamente nos encontramos frente a un caso en que el árbitro concursal deviene en incompetente. Señala el artículo 88, inciso final, de la ley N.º 20.720, que en tal caso “el tribunal, de oficio y sin más trámite, ordenará el inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación en la misma resolución que acoge la impugnación, y el Deudor no podrá presentar nuevamente una propuesta de Acuerdo”. Estimamos que aquí nos encontramos frente a un grave problema, por el hecho de que la ley señala que la resolución de liquidación -que marca el “inicio” del Procedimiento Concursal de liquidación- estará contenida “en la misma resolución” que acoge la impugnación.

A nuestro juicio, hay dos maneras posibles de interpretar la situación antes descrita, en el entendido de que un árbitro concursal es competente para conocer de las impugnaciones al acuerdo. La primera, es seguir el mismo razonamiento expresado respecto a las otras veces en que el árbitro concursal deviene en incompetente, al existir el deber legal de dictar la resolución de liquidación; debiendo aquel remitir los antecedentes al tribunal que dictó la resolución de reorganización, para que él la dicte; así, el árbitro podría acoger la impugnación, pero tendría el deber de entregar todos los antecedentes al tribunal señalado, para que proceda de la manera indicada. La segunda, a la que adherimos, encuentra su sustento en que la norma habla de “la misma resolución”, por lo que parte de la base de que es una unidad, un mismo acto formal de juicio; así, a partir de ello, llegamos a la conclusión de que el árbitro concursal no podría conocer una impugnación fundada en alguna de las causales señaladas, debiendo aquella presentarse ante el tribunal que dictó la resolución de reorganización; porque, si se presentara ante él y estimara que existen fundamentos para acogerla, aquel no podría dictar una resolución en tal sentido, toda vez que ella iría unida, formando parte de un todo, confundida, con la correspondiente resolución de liquidación, no pudiendo un árbitro concursal dictar esta última.

Por último, si se acoge por resolución firme y ejecutoriada, una impugnación por las causales de los números 1), 2), 3) y 6), del artículo 85 de la ley concursal; según el artículo 88, inciso 1º de la ley N.º 20.720, “el Deudor podrá presentar una nueva propuesta de Acuerdo, dentro de los diez días siguientes contados desde que se notifique la resolución que tuvo por acogida

la impugnación referida, siempre que esta nueva propuesta se presente apoyada por dos o más acreedores que representen, a lo menos, un 66% del pasivo total con derecho a voto”. Estimamos que tal nueva propuesta debe presentarse ante el tribunal que esté conociendo del procedimiento, el que, en nuestro caso, será un árbitro concursal. Finalmente, el inciso segundo del artículo citado señala que, “Si el Deudor no presentare la nueva propuesta de Acuerdo que reúna las condiciones indicadas en el inciso anterior, dentro del plazo antes establecido, el tribunal competente dictará, de oficio y sin más trámite, la Resolución de Liquidación de la Empresa Deudora”; por tanto, aquí nos encontramos, otra vez, con un caso de incompetencia del árbitro concursal; pero esta vez, a diferencia de la anterior, creemos que se debe seguir el mismo razonamiento que en el artículo 296 inciso final de la ley concursal, ya revisado.

III.8.1.9. Autenticación del acuerdo

En concordancia con Puga, “La expresión “aprobación del acuerdo”, sigue siendo en Chile, aun bajo la nueva regulación, un eufemismo. En nuestro país los convenios o acuerdos de reorganización no son aprobados por el juez. Su aprobación y vigencia dependen de hechos objetivos definidos por la ley y no del juez. Al juez la ley le confiere una función meramente certificatoria de que se han producido los hechos que determinan la aprobación y vigencia del acto”¹³⁴.

Aquella función autenticadora del juez del concurso respecto del acuerdo, se encuentra regulada en el artículo 89 de la ley concursal. Así, en primer lugar, en caso de que expire el término legal para interponer impugnaciones al acuerdo, sin que se hubiese presentado alguna de estas; aquel se entenderá “aprobado” y comenzará a regir, una vez que el juez competente declare aquello de oficio, o a petición de cualquier interesado o del veedor. Creemos que no existe inconveniente alguno para que el “juez competente” en este caso pueda ser un árbitro concursal.

¹³⁴ Puga, *El Acuerdo de Reorganización*, 354.

Por otra parte, según indica el inciso 2º del artículo antes mencionado, “Si el Acuerdo fuere impugnado y las impugnaciones fueren desechadas, el tribunal competente lo declarará aprobado en la resolución que deseche la o las impugnaciones, y aquél comenzará a regir desde que dicha resolución cause ejecutoria”; salvo que se trate de impugnaciones interpuestas por acreedores, que representen a lo menos el 30% del total pasivo de su clase o categoría; en cuyo caso, regirá una vez desechadas las mismas, pero no por resolución que cause ejecutoria, si no que firme y ejecutoriada, de acuerdo al inciso 4º del mismo artículo.

En virtud de lo señalado respecto a la impugnación del acuerdo, estimamos que aquí nos encontramos nuevamente frente a un caso en que el árbitro concursal deviene en incompetente, de tratarse de impugnaciones por las causales de los números 4) o 5) del artículo 85 de la ley concursal; porque, como señalamos, en virtud de los argumentos que entregamos en su momento, el árbitro concursal no podría conocer de estas impugnaciones, por lo que, de manera consecencial, no podría dictar la resolución en que se declara “aprobado” el acuerdo, porque aquella declaración iría contenida en la resolución que desecha tales impugnaciones. Por otra parte, si la impugnación tuviera base en alguna de las otras 4 causales, no habría problema para que un árbitro concursal proceda en la forma señalada.

Por lo demás, al estimar nosotros que el árbitro concursal -en general- es competente para efectuar la actuación revisada en este punto, afirmamos aquello como una proyección de la materia que fue revisada en el punto anterior, que era la impugnación misma.

III.8.1.10. Nulidad e incumplimiento del acuerdo

Si bien se trata de dos asuntos de particular interés teórico, solo nos referiremos en lo tocante a la eventual competencia del árbitro concursal para conocer de ellos. Tanto la nulidad del acuerdo, como la declaración de incumplimiento del mismo, son circunstancias cuya declaración puede ser solicitada -a grandes rasgos- a partir de un mismo momento, paso a explicar.

La acción de nulidad, se puede interponer dentro del plazo de un año desde que el acuerdo comenzó a regir; por su parte, la declaración de incumplimiento se puede solicitar dentro del plazo de un año desde que se produjo el incumplimiento; como vemos, la primera tiene como punto de partida la entrada en vigencia del acuerdo, y, la segunda, el incumplimiento; sin embargo, el incumplimiento solo puede producirse desde que el acuerdo comenzó a regir, desde que se hubiesen hecho exigibles los derechos y correlativas obligaciones que emanan de él; por tanto, ambas acciones se ven ligadas por este mismo momento, a pesar de que la segunda requiere del incumplimiento.

Así entonces, en el caso de que la resolución que tiene por “aprobado” el acuerdo, ya sea porque no fue impugnado, o bien, porque se desecharon las impugnaciones; se encuentre firme y ejecutoriada, quedando concluido el procedimiento concursal de reorganización; el árbitro no podría seguir conociendo válidamente del proceso, porque, como revisamos, su competencia expira al concluir el mismo. Sin embargo, todo parece indicar que la ley N.º 20.720, contiene un razonamiento distinto para estos efectos, al señalar su artículo 99 inciso primero que, “La nulidad o incumplimiento del Acuerdo se sujetarán al procedimiento del juicio sumario y será competente para conocer de estas acciones el tribunal ante el cual se tramitó el Acuerdo”. Entonces, en concordancia con lo señalado en este párrafo y entablándose las respectivas acciones dentro de los plazos legales establecidos, siguiendo a la ley, el árbitro concursal sería totalmente competente para conocer de ellas, toda vez que él pudo haber sido, sin lugar a dudas, el “tribunal ante el cual se tramitó el Acuerdo”.

Una situación interesante, es la circunstancia de que la nulidad puede ser alegada por “cualquier interesado”, de acuerdo al artículo 97 inciso 3º de la ley concursal. Al respecto, Puga ha señalado que “A nuestro juicio, puede solicitar la declaración de nulidad cualquiera de los acreedores afectos al acto y aun los terceros, en razón del principio de que hay acción sin interés, el que debe conformarse a las nociones procesales de interés definidas en el art. 23 del Código de Procedimiento Civil”¹³⁵; entendemos que el autor quiso decir que “no” hay acción sin interés, cometiendo un error de mecanografía. Aquí es donde alguien podría

¹³⁵ Puga, *El Acuerdo de Reorganización*, 411.

entender que existe un “problema”; porque, recordemos que en el procedimiento de reorganización, existe una manera determinada de someter aquel a arbitraje, que en esencia consiste en un acuerdo entre el deudor y sus acreedores, pero, ¿qué cabida tienen los terceros en este acuerdo? ¿Puede aquel serles oponible, no habiendo concurrido con su consentimiento al mismo? Estimamos que la norma competencial es bastante clara al respecto, un tercero que pretenda solicitar que se declare la nulidad del acuerdo, debe hacerlo, por expresa disposición legal, frente al “tribunal ante el que se tramitó el acuerdo”; por ello, si este último fue un árbitro concursal, deberá promover su acción ante él.

Por último, en relación con lo aquí tratado; en caso de que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declare incumplido o nulo el acuerdo, señala el artículo 100 de la ley concursal, que “el mismo tribunal” que dictó tales resoluciones, deberá dictar de oficio y sin más trámite, la resolución de liquidación de la empresa deudora. Así las cosas, otra vez nos encontramos frente a una situación en que el árbitro concursal deja de ser competente; debiendo en este caso, luego de dictar tales resoluciones, remitir aquellos antecedentes al tribunal que dictó la resolución de reorganización, para que sea aquel quien dicte la resolución de liquidación.

III.8.1.11. Declaración de un bien como no esencial para la continuidad de giro de la empresa deudora. Acción subrogatoria y de reembolso.

Ya hemos arribado al último punto de nuestra enumeración; en que preferimos agrupar dos situaciones en el mismo, por un asunto de extensión.

En cuanto a la primera situación, señala el artículo 94 inciso 1º de la ley concursal que, “En el plazo de ocho días siguientes a la publicación de la Resolución de Reorganización referida en el artículo 57, el acreedor cuyo crédito se encuentre garantizado con prenda o hipoteca podrá solicitar fundadamente al tribunal competente que declare que el bien sobre el que recae su garantía no es esencial para el giro de la Empresa Deudora”. Estimamos que el árbitro concursal es plenamente competente para conocer de tal solicitud, toda vez que la correspondiente resolución de reorganización ya ha sido dictada, por tanto, es el árbitro quien pasa a ser el “tribunal competente”, en caso de que se hubiese acordado arbitraje.

Por otra parte, el artículo 95 de la ley N.º 20.720 se refiere a los efectos del acuerdo en las obligaciones garantizadas del deudor. Expresa el inciso final de este artículo que “El fiador, codeudor, solidario o subsidiario, avalista, tercero poseedor de la finca hipotecada o propietario del bien prendado que hubiere pagado, de acuerdo a lo establecido en la letra b) del número 3) o en la letra b) del número 4) anteriores, podrá ejercer, según corresponda, su derecho de subrogación o reembolso, mediante un procedimiento incidental, ante el mismo tribunal que conoció y se pronunció sobre el Acuerdo, solicitando que éste se cumpla a su favor, mientras no se encuentren prescritas las acciones que de él resulten”. En este caso, nos encontramos frente a una situación similar a la planteada en el punto anterior; en el entendido de que las personas nombradas en el inciso citado son terceros, personas ajenas al proceso que culminó en un acuerdo; sin embargo, aquí la ley no utiliza una expresión tan amplia como “cualquier interesado”, sino que se trata de personas que indudablemente se encuentran profundamente ligadas al proceso, de hecho son personas que pagaron la deuda -o parte de ella- de la empresa deudora, aun cuando no hubiesen tenido incumbencia al acordar someter el proceso a arbitraje. Frente a aquello, el razonamiento es el mismo que el del punto anterior; en el sentido de que el árbitro concursal puede ser “el mismo tribunal que conoció y se pronunció sobre el Acuerdo”. Reconocemos, sin embargo, que este tema de la oponibilidad del arbitraje a terceros puede dar lugar a una larga reflexión de la que en el futuro nos gustaría ser parte.

III.8.2. En el Procedimiento Concursal de Liquidación.

Una característica muy importante del arbitraje en la liquidación concursal, a diferencia de lo que sucede en la reorganización, es que puede ser configurado en distintas oportunidades del procedimiento; aquello implica, como consecuencia lógica, que dependerá del momento en que éste pase a tener lugar, los asuntos respecto de los cuales el árbitro es competente; así, si es que se establece muy adentrado el procedimiento, el árbitro tendrá menos posibilidades de actuar; si lo es en la misma junta constitutiva, el abanico de materias posibles de conocer será mucho más amplio. Realizada esta importante prevención, nosotros abarcaremos este tema como si el arbitraje fuese acordado por la junta constitutiva, para efectos de poder realizar un análisis más completo. Por otra parte, en contraposición con la reorganización,

hacemos el adelanto de que no nos encontramos aquí con situaciones que nos generaran demasiada incertidumbre acerca de si el árbitro podría conocer o no, por lo que el análisis tenderá a ser más concreto.

III.8.2.1. Medidas conservativas

En virtud del artículo 130 N.º 5) de la ley concursal, el deudor “En caso de negligencia del Liquidador, podrá solicitar al tribunal que ordene la ejecución de las providencias conservativas que fueren pertinentes”. Según Rodríguez, “Las llamadas “medidas conservativas” tienen por objeto mantener adecuadamente los bienes del deudor y evitar que ellos sean dañados mientras esté pendiente el cumplimiento de la obligación”¹³⁶; si bien la solicitud de providencias conservativas son en esencia resorte de los acreedores, la ley concursal le permite al deudor solicitarlas; estimamos que el fundamento en gran medida viene a ser el mismo, resguardar sus bienes que se encuentran bajo la administración del liquidador, a efectos de que estos no sufran detrimento de ninguna especie. En lo que nos interesa, la ley solo habla del “tribunal”; estimando nosotros que no existe inconveniente para que se soliciten al árbitro concursal, en caso de estar conociéndose el procedimiento por él.

III.8.2.2. Resolución de controversias entre partes

Conforme al artículo 131 de la ley N.º 20.720, le corresponde al “tribunal” resolver las controversias que se susciten entre el deudor, el liquidador y cualquier otro interesado, en relación con la administración de los bienes objeto del procedimiento. Para ello, se debe presentar una solicitud ante el tribunal; el que, si considera que tiene fundamento plausible, citará a una audiencia verbal para su fallo. La resolución que se dicte en tal caso, es susceptible de recurso de reposición/reconsideración. Nuevamente, estimamos que el árbitro concursal sería competente para conocer de estas controversias, como también -lógicamente- para pronunciarse sobre la reposición.

¹³⁶ Pablo Rodríguez, *Responsabilidad Contractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 297.

III.8.2.3. Determinación de cuota de frutos de bienes en caso de usufructo legal

De acuerdo al artículo 132 de la ley concursal, el desasimiento no alcanza los bienes personales de la mujer o hijos sobre los que el deudor tenga el usufructo legal; sin embargo, la administración de aquellos bienes queda sujeta a la intervención del liquidador. Los frutos líquidos que rindan aquellos bienes, ingresarán a la masa, previa deducción de las cargas legales y/o convencionales que los graven; no obstante ello, una cuota de tales frutos le corresponderá al deudor para su subsistencia y la de su familia, en consideración de sus necesidades y la cuantía de los bienes sujetos a la intervención; así, “Como interventor, el síndico llevará cuenta de las entradas y gastos de la administración y cuidará que el fallido no retire para los gastos de familia sumas desproporcionadas”¹³⁷.

Pues bien, le corresponderá al tribunal determinar la antedicha cuota, con audiencia del liquidador y del deudor; estimando nosotros que el árbitro concursal sería competente para determinarla. Sin embargo, creemos que, por la importancia de esta situación para el “día a día” del deudor y su familia, es muy probable que esta circunstancia tenga lugar incluso antes de la junta constitutiva en que podría acordarse el arbitraje por vez primera en el procedimiento; por lo cual lo señalado, sería solo para el caso de que esta situación tuviera lugar una vez configurado el arbitraje, lo que estimamos poco probable, pero no imposible.

III.8.2.4 Acumulación de juicios

Un importantísimo efecto de la apertura del Procedimiento Concursal de Liquidación, es la llamada acumulación de juicios o “vis atractiva” del procedimiento concursal. Una regla que podríamos graficar de la siguiente manera: el sol -nuestro sol- viene a ser el proceso concursal; los distintos planetas, son otros juicios que se siguen en contra del deudor; debido a su gran masa, el sol atrae a los planetas por una cuestión de gravedad, girando estos alrededor de él, pero sin estrellarse, porque continúan su curso por órbitas independientes. Pues bien, algo así viene a ser la vis atractiva de este proceso, en virtud de la cual, todos los juicios civiles pendientes contra el Deudor ante otros tribunales se acumularán al

¹³⁷ Rafael Gómez y Gonzalo Eyzaguirre, *El Derecho de Quiebras Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 216.

Procedimiento Concursal de Liquidación, los que seguirán tramitándose con arreglo al procedimiento que corresponda según su naturaleza, hasta que quede ejecutoriada la sentencia definitiva; y, los que sean iniciados luego de la notificación de esta resolución, se deberán promover ante el tribunal que “esté conociendo” del procedimiento; todo ello en virtud del artículo 142 de la ley concursal. Por lo demás, el artículo 143 de la misma ley, establece ciertas excepciones a esta regla general, que son: a) los procesos que estuviesen siendo conocidos por árbitros; b) los asuntos que sean materia de arbitraje forzoso; c) los asuntos que sean de competencia de tribunales especiales.

Se ha dicho que, “Tal efecto, que es la consecuencia jurídica que en el ámbito procesal genera el hecho jurídico que supone la declaración del concurso, conforme al cual se produce la integración en el concurso de los procesos en los que el concursado sea parte. Tal integración implica que el juez del concurso se pronunciará sobre las pretensiones procesales respecto de las que la persona sobre la que se haya declarado el concurso sea elemento subjetivo [...]”¹³⁸.

En cuanto a sus fundamentos, “Este efecto que estatuye la ley condice con el carácter universal que tiene como objetivo el juicio de quiebra y por consiguiente la finalidad que se alleguen al concurso los diversos juicios que se promuevan contra el fallido y que puedan afectar a sus bienes confirma el alcance que tiene el efecto de radicar ante el tribunal de la quiebra la tramitación de estas causas [...]”¹³⁹. En el mismo sentido, Sandoval ha señalado que, “Como lo hemos expresado, la acumulación de juicios tiende a mantener las características de universalidad y de unidad que informan la quiebra. Precisamente se acumulan los juicios que dicen relación con la masa de bienes y estos juicios tienen interés para el fallido, para los acreedores y para el síndico”¹⁴⁰.

Pues bien, trasladando aquello a la competencia del árbitro; resulta ser que, los procesos iniciados contra el deudor antes de la notificación de la resolución de liquidación, se acumulan al tribunal que dictó tal resolución; el cual, como ya hemos visto, no podrá ser un

¹³⁸ Gilberto Pérez. *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis atractiva concursal* (Madrid: Editorial Reus, 2007), 7-8.

¹³⁹ Gómez y Eyzaguirre, *El Derecho de Quiebras Tomo I*, 236.

¹⁴⁰ Sandoval, *La insolvencia de la empresa*, 99.

árbitro concursal, el que ni siquiera podrá existir como tal en ese momento. Es del caso señalar que, en virtud de este efecto, se altera la regla general de la competencia de la “radicación” o “fijeza” del artículo 109 del COT, la que señala que “Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente”; pasando entonces a radicarse estos asuntos ante el tribunal ya señalado, ocurriendo así una “desradicación” respecto del tribunal que era competente y luego nuevamente la radicación en el tribunal del concurso.

Ahora es donde surge la interrogante clave, ¿qué sucede con los procesos acumulados si se somete el concurso a arbitraje? La regulación del arbitraje concursal, presa de su extrema vaguedad, nada dice al respecto, a pesar de la importancia de este asunto. Por nuestra parte, estimamos que estos juicios deben seguir tramitándose ante el tribunal al cual se acumularon. Jequier opina que ocurre lo mismo, de acuerdo a él, esto es porque “[...] los juicios acumulados al concurso no forman parte del mismo ni resultan “necesarios” para su tramitación, pues, como ya se dijo, aquellos siguen por carriles separados y procesalmente independientes. Por ello, los juicios iniciados con anterioridad a la notificación de la resolución de liquidación, que según el art. 142 deben acumularse al concurso, no quedan comprendidos dentro del marco competencial que fija el art. 296 inc. 4° LC, los que deberán seguir su tramitación ante el juez que dictó la señalada resolución”¹⁴¹. A nuestro parecer, si bien los juicios acumulados no forman parte del procedimiento en sí mismo, ellos sí que tienen influencia decisiva respecto al mismo, porque se encuentran en juego bienes del deudor, por lo que existe un interés bastante relevante respecto al destino de tales bienes, sobre todo para la masa. Respecto de este efecto en general, Puga señala que “Esta regla no es otra cosa que una alteración de las normas sobre competencia relativa. Se acumulan al proceso concursal de liquidación los procesos respecto de los cuales el tribunal tiene competencia absoluta para conocer, pero que, conforme a las normas generales, no podría conocer en razón de territorio o distribución”¹⁴².

¹⁴¹ Jequier, “El arbitraje concursal en Chile: revisión crítica de su ambigua regulación en la ley N.º 20.720”, 474.

¹⁴² Puga, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 515.

No obstante, esta vez en gran medida estamos con Jequier. Si bien, la esencia de esta institución es atraer estos juicios -con las excepciones legales- al tribunal del concurso, el que podría ser un árbitro concursal, aunque no ad initio; aquellos juicios no son una etapa procesal o un trámite del procedimiento concursal de liquidación en sí mismo, siendo este último el “juicio” respecto del cual el árbitro concursal está facultado para conocer, además de los incidentes del mismo; así “No se produce una identificación estructural de estos procesos con la ejecución colectiva: la ley mantiene la autonomía e independencia de la fisonomía procesal de los juicios acumulados”¹⁴³; por eso más que acumularse “al” procedimiento concursal de liquidación, lo hacen al tribunal que abrió este procedimiento, el que pasa a ser competente para conocer de ellos, pero de manera separada a la liquidación. Por otra parte, estimamos que lo señalado por Puga viene a reafirmar la tesis aquí sostenida, porque él expresa que se acumulan, porque el tribunal del concurso posee competencia absoluta para haber conocido de estos procesos ya iniciados, aunque no relativa; pues bien, el árbitro concursal en ningún caso tendrá competencia absoluta ni relativa para que aquellos juicios civiles extraconcursoales se pudiesen promover ante él, porque el árbitro ni siquiera existiría como tal antes de la apertura del concurso.

Por otra parte, nuestro razonamiento tiene que ver también con un asunto práctico; imaginemos que la junta de acreedores acuerda someter el procedimiento a arbitraje muy adentrado ya el mismo, en un momento muy posterior a la junta constitutiva; ¿cuál sería el sentido de que los procesos acumulados pasaran a ser de competencia del árbitro? Estimamos que aquello sería en extremo engorroso, poco eficiente e innecesario; distinto sería el caso si, como en la reorganización, el árbitro pudiese ejercer válidamente como tal desde que el tribunal dicta la resolución de reorganización, siendo competente desde un momento determinado y no variable, lo que sin lugar a dudas brinda mayor certeza jurídica a todos los interesados. Pero en la liquidación no es así, queda a criterio de la junta de acreedores el acordar el arbitraje a partir de la junta constitutiva o en “cualquier junta posterior”; lo que, a nuestro juicio, podría llevar a situaciones en extremo poco prácticas si entendemos que los juicios acumulados de alguna manera se “traspasan” a la competencia del árbitro.

¹⁴³ Puga, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 516.

Respecto a los procesos a iniciarse una vez que ya se hubiese configurado el arbitraje en la liquidación concursal, estimamos que aquellos sí deben promoverse ante el árbitro concursal, porque según la ley, una vez notificada la resolución de liquidación, estos “se promoverán ante el tribunal que esté conociendo del Procedimiento Concursal de Liquidación”, el cual, sin duda alguna, puede tratarse de un árbitro concursal. En este caso, sí existe un argumento legal al que aferrarse para afirmar lo dicho, porque aquí sería la ley misma quien, de manera directa le da cabida a esta posibilidad.

III.8.2.5. Determinación del pasivo

Para tratar de este asunto, nos remitimos en gran parte a lo expresado sobre el mismo en lo tocante a la reorganización; porque, en esencia, obedece a una misma estructura, compuesta por las 3 etapas ya vistas, aunque con pequeñas modificaciones de forma.

En cuanto a la etapa de verificación de créditos, el árbitro concursal ni siquiera existiría como tal en aquel momento del procedimiento, por lo que más que carente de competencia, lo sería de jurisdicción. Esto, porque según lo expresado por el artículo 170 de la ley concursal, la etapa ordinaria de verificación de créditos, tiene una duración de 30 días contados desde la notificación de la resolución de liquidación. Por otra parte, la junta constitutiva, que es la primera en donde puede configurarse el arbitraje, tiene lugar al trigésimo segundo día contado desde la publicación de la resolución de liquidación en el boletín concursal. El asunto, es que la resolución de liquidación, conforme al inciso final del artículo 129, se notifica por medio de su publicación en el boletín concursal; lo que lleva a la conclusión de que los plazos antes señalados se computan desde un mismo momento, siendo así completamente imposible que las verificaciones se presenten ante un árbitro, porque el momento en el cual este puede llegar a existir, es posterior al término del período de verificación ordinaria. Distinto es el caso de la verificación extraordinaria, que es aquella que tiene lugar luego de caducado el período ordinario; aquí, si es que el procedimiento fue sometido a arbitraje, estimamos que tales verificaciones deben presentarse ante el árbitro concursal; pudiendo además ser objetadas e impugnadas.

Ahora bien, los créditos verificados pueden ser objetados dentro del plazo de 10 días contados desde el término del período ordinario de verificación; debiendo presentarse tales objeciones al “tribunal que conoce del procedimiento”. Pues bien, aquí podría tener lugar la situación de que el procedimiento hubiese sido sometido ya a un árbitro, siendo aquel el “tribunal que conoce del procedimiento”; porque la junta constitutiva tiene lugar 2 días después que se cierra el período ordinario, por tanto, si es que en ella se configuró el arbitraje, quedarán aún días restantes del plazo para objetar, debiendo presentarse tales objeciones ante el árbitro.

En cuanto a las impugnaciones, que tienen lugar cuando no se subsanan las objeciones presentadas; de acuerdo al artículo 175 de la ley concursal, el liquidador debe acumular los créditos impugnados y presentar un informe al tribunal, acerca de si existen fundamentos plausibles para ser considerados por él; esto último lo hará junto con acompañar la nómina de los créditos impugnados, publicándola en el boletín dentro de los 10 días siguientes al plazo establecido para objetar; luego, el tribunal -al igual que en la reorganización- citará a una audiencia única y verbal para fallar las impugnaciones, dentro de décimo día contado desde la notificación de la resolución que tiene por acompañada la nómina de créditos impugnados. Habiéndose configurado el arbitraje de la manera indicada en el párrafo anterior, sería el árbitro concursal el tribunal competente para conocer y fallar las mismas; incluso podría darse la situación de que el arbitraje se establezca después del período establecido para objetar, pero antes de la citación a la audiencia, siendo también competente el árbitro.

Por último, podría incluso tener lugar la situación de que el árbitro concursal no conozca de este procedimiento de determinación del pasivo, por no haberse establecido el arbitraje antes de cualquier etapa del mismo; sino que posteriormente. Por nuestra parte, estimamos que, si bien esto depende de los acreedores, esta viene a ser una de las etapas claves de la liquidación concursal; por lo que, si realmente se quiere llevar adelante el procedimiento ante un árbitro, sería de toda lógica que el conociere de esta arista del proceso.

III.8.2.6. Audiencia de determinación del derecho a voto

Una vez configurado el arbitraje, existiendo acreedores que hubiesen verificado sus créditos, pero no encontrándose reconocidos, estén o no objetados o impugnados; aquellos podrán votar en una junta de acreedores en particular, si es que el tribunal les concede el derecho a voto, ya sea por todo su crédito o una parte del mismo. A estos efectos, según el artículo 190 de la ley N.º 20.720, le corresponderá al tribunal determinar el derecho a voto de estos acreedores, por medio de una audiencia a realizar el día anterior a la junta de que se trate; resolviendo el tribunal en única instancia y procediendo recurso de reposición en contra de su resolución, el que deberá ser interpuesto y resuelto en la misma audiencia. Estimamos que, si se trata de la situación indicada al comienzo de este párrafo, no existe inconveniente alguno que impida que el árbitro concursal sea competente para conocer y pronunciarse respecto a este asunto.

III.8.2.7. Solicitud de citación a junta extraordinaria de acreedores

Conforme al artículo 199 letra a) de la ley concursal, el tribunal puede ordenar que se lleve a cabo una junta extraordinaria de acreedores. Para ello, deberá requerir -por cualquier medio idóneo- la citación al liquidador, precisando la materia a tratar; además de indicar el día, hora y lugar de celebración. Si el “tribunal” es el árbitro concursal, no vemos obstáculo para que él pueda requerir esta citación.

III.8.2.8. Objeciones a las bases de remate en la realización simplificada

Según el artículo 204 letra b) de la ley N.º 20.720, luego de que el liquidador confeccione las bases y demás condiciones de venta, deberá presentarlas al tribunal y publicarlas en el boletín; pudiendo los acreedores y el deudor, dentro de segundo día, objetar las mismas. En tal caso, el tribunal citará a una audiencia verbal para resolver las objeciones y contra su resolución procederá recurso de reposición verbal, el que deberá ser resuelto en la misma audiencia. Estimamos que, en caso de que el procedimiento se esté llevando adelante ante un árbitro concursal, él sería plenamente competente para conocer y pronunciarse sobre esta circunstancia.

III.8.2.9. Solicitud de rectificación del valor asignado a los bienes hipotecados, prendados o retenidos, en la venta como unidad económica; además de formalidades de aquella

De acuerdo al artículo 219 de la ley concursal, dentro de tercero día desde que la junta de acreedores haya acordado realizar una venta como unidad económica, aprobado sus bases y valorizado en ella bienes que se encuentren en la situación descrita en el enunciado; esta clase de acreedores, que votaron en contra de dicha valorización, podrán solicitar al tribunal su rectificación. Para ello, el tribunal citará a una audiencia verbal, que se celebrará a más tardar el quinto día con las partes que asistan, en la que resolverá la solicitud de rectificación; contra aquella resolución procederá reposición verbal, debiendo resolverse en la misma audiencia. Nuevamente, creemos que este asunto quedaría comprendido dentro de la órbita de atribuciones del árbitro concursal.

Por otra parte, el artículo 221 de la misma ley, señala que la venta como unidad económica debe constar en escritura pública, la cual debe ser aprobada por el tribunal, el cual ordenará el alzamiento y cancelación de todos los gravámenes y prohibiciones que pesen sobre los bienes que integran la unidad económica. Así, al árbitro concursal le correspondería efectuar tales labores.

III.8.2.10. Gastos de conservación, custodia y/o bodegaje de bienes objeto de leasing

Señala el artículo 224 inciso 2º de la ley concursal, respecto a los bienes objeto de un contrato de leasing que, “Los gastos que irroguen la conservación, custodia y/o bodegaje de dichos bienes deberán ser asumidos por la masa. En caso de desacuerdo en el monto correspondiente, resolverá incidentalmente el juez competente, sin ulterior recurso”. Como sabemos, la competencia del árbitro se extiende también a los incidentes del procedimiento, por lo que entendemos que esta situación cabe dentro de ello.

III.8.2.11. Reparto de fondos

El artículo 248 de la ley concursal establece el procedimiento de reparto de fondos. En él, le corresponde un importante rol al “tribunal”, estimando nosotros que aquel puede ser sin problema alguno, un árbitro concursal. Por ello, le correspondería al árbitro: tener por

propuesto el reparto y ordenar al liquidador que sea publicado en el boletín; conocer de las objeciones que planteen acreedores que individualmente o en conjunto representen al menos el 20% del pasivo con derecho a voto; conferir traslado de las objeciones al liquidador; resolver la/s objeción/es en única instancia; condenar en costas al objetante vencido, salvo que haya tenido motivo plausible para litigar; si acoge una impugnación, ordenar la confección de una nueva propuesta de reparto al liquidador; y, por último, ordenar al liquidador que efectúe el reparto, en caso de que no se hubiesen deducido objeciones, se hubiesen rechazado las interpuestas, o, el reparto hubiese sido modificado en la forma indicada por el tribunal. No hay duda que este será, por su esencia, uno de los momentos del procedimiento que mayor interés causa en los acreedores; por ello, habiendo ellos configurado el arbitraje, es de toda lógica que el árbitro concursal sea competente para conocer de esta circunstancia.

III.8.2.12. Cuenta final de administración y término del procedimiento

De haberse constituido arbitraje, la cuenta final de administración del liquidador, deberá ser acompañada por este a la SIR y al tribunal arbitral. Luego, si se presentan objeciones a la misma y ellas son insistidas, le corresponderá al árbitro concursal pronunciarse sobre estas. No es nuestro objetivo aquí realizar una descripción de todo este procedimiento, para lo que basta leer los respectivos artículos de la ley, solo decir que no vemos obstáculo para que el árbitro pueda pronunciarse sobre ello.

Ahora bien, una vez que se hubiese publicado la resolución del árbitro que tuvo por aprobada la cuenta final de administración del liquidador; de acuerdo al artículo 254 de la ley concursal, “el tribunal, de oficio, a petición de parte o de la Superintendencia, dictará una resolución declarando terminado el Procedimiento Concursal de Liquidación”. “La necesidad de una resolución judicial que pronuncie la clausura, temporal o definitiva, de la ejecución colectiva, surge de la propia naturaleza compleja y de los múltiples efectos jurídicos vinculados a la ejecución colectiva. La amplificación que sufre la ejecución con motivo de la universalidad y colectividad, fuerza la existencia de una orden de autoridad que se pronuncie liberando al deudor y desencadenando a los acreedores”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Puga, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 642-643.

Pues bien, la resolución que concluye este procedimiento es de una importancia tremenda; desde luego, el deudor recupera la libre administración de sus bienes, extinguiéndose así el desasimio. Por otra parte, cuando se encuentre firme y ejecutoriada, “se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación”, en los términos del artículo 255 de la ley concursal; y, extinguidas así las obligaciones, “el Deudor se entenderá rehabilitado para todos los efectos legales, salvo que la resolución señalada en el artículo precedente establezca algo distinto”.

Como podemos notar, se trata de efectos de una importancia trascendentalísima. En gran medida, se podría decir que, a grandes rasgos, con esta resolución se le viene a poner término a los efectos de la resolución de liquidación. Alguien podría buenamente pensar que, como le está vedado al árbitro concursal dictar la resolución de liquidación, por los motivos que ya se han expresado latamente en este trabajo; respecto a la resolución de término, se debería seguir el mismo razonamiento, por la naturaleza de los efectos que ella implica. Por nuestra parte, si bien no desconocemos la circunstancia antes indicada; estimamos que, si al momento en que debe dictarse tal resolución, la junta de acreedores había ya acordado sujetar a arbitraje el procedimiento; será el árbitro concursal el tribunal competente para dictar tal resolución.

La ley, dentro de su amplísima incerteza, deja entrever que la competencia del árbitro dura, desde que este tribunal se constituye, hasta que el respectivo procedimiento termina; además de señalar que su competencia se extiende a “todo cuanto sea necesario” para la tramitación del procedimiento concursal de liquidación. Así, si la resolución aquí tratada -al encontrarse firme y ejecutoriada- marca el término del procedimiento, además de ser extremadamente necesaria para -finalizar- la tramitación del mismo, no encontramos obstáculo que impida al árbitro concursal dictarla; no debemos olvidar además, ligar esto con los principios que informan esta regulación, como la autonomía de la voluntad reflejada en la decisión de la junta, el predominio de las mayorías, entre otros ya revisados.

Mucho podríamos hablar respecto a los efectos de esta resolución, tratar de emparentarla de alguna manera con la resolución de liquidación y de ahí derivar ciertas consecuencias; si bien

creemos que aquello es muy trascendente, entendiendo la naturaleza privada del árbitro y todo lo relativo a ello; creemos que hay que ceñirse a la normativa vigente, por mucho que ella deje que desear en esta materia; sin embargo, más de algunas palabras reservaremos para el próximo capítulo, relacionadas con lo anterior.

III.8.2.13. Acciones revocatorias concursales

En lo tocante a este tema, lo que digamos será válido tanto para la reorganización, como para la liquidación; por el hecho de que estas acciones pueden tener lugar respecto de ambos procedimientos. No entraremos a analizar el contenido de las mismas, sus sujetos activos, sujetos pasivos, presupuestos, etc.; sino que priorizaremos en lo relativo a la competencia del árbitro concursal para conocer de ellas.

De acuerdo al inciso 1º del artículo 291 de la ley concursal, “Las acciones a que se refieren los dos Títulos precedentes deberán entablarse en el plazo de un año contado desde la Resolución de Reorganización, de Liquidación o de Admisibilidad, según corresponda, y se tramitarán con arreglo al procedimiento sumario, ante el tribunal que conoce o debiera conocer de los referidos procesos”. Al respecto, Puga señala que “Lo que no queda claro es la expresión del tribunal que “debiera conocer” de los procesos concursales pertinentes. Nosotros opinamos que la correcta doctrina es la inadmisibilidad de las acciones revocatorias sin concurso, máxime tratándose de las acciones revocatorias concursales. Este desliz del legislador es uno más de los que apuntan a la falta de prolijidad del texto en general [...]”¹⁴⁵.

Revisando la doctrina nacional respecto al tema, no hemos encontrado a nadie que haga referencia al arbitraje respecto a las acciones revocatorias concursales. Nuevamente aquí nos encontramos con el tema del arbitraje y los terceros ajenos al proceso; porque será sujeto pasivo de estas acciones el tercero que contrató con el deudor, además de este último. Nuestro razonamiento es el mismo que el realizado en las demás oportunidades, en el sentido que la ley es clara al establecer que estas acciones serán conocidas por el tribunal del concurso, el cual puede ser un árbitro concursal; por tanto, si el liquidador, veedor, o un acreedor, quieren

¹⁴⁵ Puga, *Del Procedimiento Concursal de Liquidación*, 482.

entablar alguna de estas acciones, lo deberán hacer ante el árbitro concursal, de ser este el tribunal que conoce del respectivo procedimiento; a pesar de la circunstancia de que el principal demandado sea un tercero que no tiene relación alguna con la constitución del arbitraje, porque de alguna manera es la ley la que viene a salvar esta circunstancia, al permitir ella que un árbitro pueda ser el tribunal del concurso, quedando aquel como el ente jurisdiccional habilitado para conocer de “todo cuanto sea necesario” para la tramitación de los procedimientos concursales; pudiendo aquellas acciones solo tener lugar en el marco de estos procedimientos, y, por tanto, quedando comprendidas en el ámbito competencial del árbitro concursal.

III.9. Cláusula arbitral en acuerdos de reorganización

Al igual que en la regulación concursal anterior, como ya fue revisado en el segundo capítulo de la presente memoria; la actual ley concursal conservó la posibilidad de pactar una cláusula arbitral en los acuerdos de reorganización. A este respecto, el inciso 1º del artículo 68 de la ley N.º 20.720 señala que, “En cualquiera de las clases o categorías de un Acuerdo de Reorganización Judicial podrá estipularse una cláusula arbitral, en cuyo caso las diferencias que se produzcan entre el Deudor y uno o más acreedores o entre éstos, con motivo de la aplicación, interpretación, cumplimiento, terminación o declaración de incumplimiento del Acuerdo, se someterán a arbitraje. Éste será obligatorio para todos los acreedores a los que afecte el referido Acuerdo”.

Advertimos que existe una serie de diferencias en la actual regulación de esta figura, con su tratamiento en la normativa anterior, las que pasaremos a señalar.

En primer lugar, admite que la cláusula arbitral afecte a una o más categorías del acuerdo y no solo a la totalidad del mismo como era anteriormente; al respecto, Contador y Palacios han señalado que, “[...] entendemos que esta judicatura arbitral tiene que abarcar la totalidad del Acuerdo; en consecuencia, no corresponde establecer una cláusula compromisoria reservada solo para resolver las diferencias que se produzcan en una clase o categoría del acuerdo, reservando la judicatura ordinaria para las diferencias que se produzcan en la otra clase, porque en procedimiento concursal siempre participa —entre otros— del principio de

unidad de modo que en un solo procedimiento y de similar naturaleza se resuelvan estas diferencias”¹⁴⁶. Nosotros, no vemos reparos en que el arbitraje se reserve para una clase o categoría del acuerdo; de partida, porque la unidad que informa al procedimiento concursal es dependiente del mismo; pero, en las situaciones que señala la norma, el proceso en sí ya se encontrará terminado; se trata de situaciones posteriores al proceso en que se alcanzó el acuerdo en que se contiene esta cláusula, por tanto, no del proceso concursal en sí mismo.

Otro punto importante, tiene que ver con las materias de las que puede conocer el árbitro. La anterior ley contemplaba las disputas que surgieran respecto a su aplicación, interpretación, cumplimiento, nulidad o declaración de incumplimiento. La actual ley, solo se refiere a la aplicación, interpretación, cumplimiento, terminación o declaración de incumplimiento del Acuerdo. Como podemos apreciar, el importante elemento del cual carece hoy la ley, es la posibilidad de que este árbitro conozca de las acciones de nulidad del acuerdo; lo cual nos parece algo extraño, porque, si el árbitro concursal puede conocer y resolver estas acciones, ¿por qué no podrían aquellas quedar comprendidas en el marco de esta cláusula arbitral?

En tercer lugar, la sujeción a la jurisdicción arbitral actualmente es obligatoria, en el sentido que, pactado el arbitraje, las contiendas que queden comprendidas en su ámbito de competencia, deben ser sometidas a él. Anteriormente, aquello podía ser facultativo; porque, se podía pactar que aquellas situaciones “pudiesen” ser sujetas a arbitraje.

En cuarto lugar, la actual ley no señala nada respecto a la naturaleza y otros asuntos relativos al arbitraje. La anterior regulación, señalaba que en el mismo pacto se debía establecer la naturaleza del arbitraje y cualquier otra materia sobre el mismo. Creemos que aquí nos enfrentamos a un grave defecto de la ley concursal; ¿debemos remitirnos a las normas sobre el arbitraje concursal para suplir este vacío? Por nuestra parte, como ya lo expresamos en alguna otra oportunidad, este arbitraje no es propiamente tal parte del “arbitraje concursal”, entendiendo este último como el que se puede configurar para llevar adelante los procesos concursales de liquidación y reorganización; simplemente es un pacto arbitral dentro de un acuerdo de reorganización, como si lo fuera en cualquier otro contrato. Estimamos que, en

¹⁴⁶ Contador y Palacios, *Procedimientos Concursales*, 91.

este caso, las partes son libres de configurar el arbitraje dentro de los márgenes que la legislación común sobre el mismo entrega.

Finalmente, ambas regulaciones si estaban contestes en algo relevante; porque, si se declaraba nulo o incumplido el convenio, el árbitro debía remitir el expediente a la corte de apelaciones correspondiente, para que esta designara el tribunal que debía declarar la quiebra; actualmente, si se declara terminado o incumplido el convenio, el árbitro debe realizar esta misma acción, pero con destino al tribunal competente -quien dictó la resolución de reorganización- para que este dicte la resolución de liquidación. Esto se basa en los mismos fundamentos que hemos reiterado latamente en este trabajo.

Capítulo IV: Aplicación del Arbitraje Concursal

A lo largo del desarrollo de este trabajo, principalmente en el capítulo anterior, obviamos referirnos a un asunto de vital trascendencia; se trata de la aplicación del arbitraje en los procedimientos concursales desde la vigencia de la Ley N.º 20.720. Pues bien, el no tratar esta circunstancia anteriormente, fue un hecho deliberado, con la intención de hacer alusión a la misma en el ocaso de este escrito. De esta manera, pretendemos hacer girar nuestras posteriores conclusiones en torno a este asunto, porque estimamos que tiene una importancia radical.

En conformidad a ello, entendemos que la mejor manera de averiguar con certeza, si bajo el imperio de la actual legislación concursal se había iniciado algún arbitraje en materia concursal, era consultando a la Superintendencia del ramo. A este fin, fue ingresada una consulta -ingreso N.º 65481 de 30/09/22- a través del portal “Mi SUPERIR”, la cual fue respondida de la siguiente manera:



OFICIO SUPERIR N.º 19381

**ANT.: INGRESO SUPERIR N.º 65481 DE
30.09.2022**

MAT.: RESPONDE Y ADJUNTA

REF.: NO HAY

SANTIAGO, 19 OCTUBRE 2022

**DE: JEFE SUBDEPARTAMENTO DE FISCALIZACIÓN DE PROCESOS
SELECTIVOS**

A: SEÑOR JOSÉ BAEZA REBOLLEDO

Mediante Ingreso Superir N.º 65481 del antecedente, usted consultó a esta Superintendencia, si desde la vigencia de la Ley N.º 20.720, se ha tramitado o no algún procedimiento ante un árbitro concursal, conforme lo previsto en los artículos 295 y siguientes del mismo cuerpo legal. Al respecto, se informa que, revisados nuestros registros, no consta que hayan sido sometidos a arbitraje Procedimientos Concursales de Reorganización y Liquidación, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 295 de la Ley N.º 20.720.

Sin perjuicio de lo anterior, y respecto a materias de arbitraje forzoso reguladas en el Código de Procedimiento Civil, se observa que, en liquidación refleja del artículo 269 de la ley concursal, correspondiente al procedimiento EDUARDO ESTEBAN VILLABLANCA LABRA, particularmente en junta de acreedores celebrada el 26 de noviembre de 2015, y con la finalidad de determinar los derechos que al Deudor correspondía en la sociedad conyugal, se acordó someter el asunto al conocimiento de un tribunal arbitral, en virtud de lo prescrito en el N.º 1 del artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, en relación a los artículos 646 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, asumiendo en calidad de juez partidor don Hernán Retamal Valdés, el 1 de marzo de 2017, cuya copia del acta se adjunta para su conocimiento.

Para más información, usted podrá revisar las actuaciones y publicaciones realizadas en el Boletín Concursal, a través de la página web www.boletinconcursal.cl, mientras el procedimiento respectivo se encuentre vigente, en conformidad con el artículo 6 de la Ley N.º 20.720.

Saluda atentamente a usted,



ELÍAS GUTIÉRREZ ZENTENO
Jefe Subdepartamento de Fiscalización
de Procesos Selectivos
POR ORDEN DEL SUPERINTENDENTE
DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO

SSU
DISTRIBUCIÓN:
Señor José Baeza Rebolledo
jose.baeza@derecho.uchile.cl
Presente



Como bien podemos apreciar, en lo que nos interesa; de acuerdo a los registros de la SIR, hasta la fecha de su respuesta, no se había tramitado ningún procedimiento concursal de liquidación/reorganización ante un árbitro concursal, de acuerdo a la actual regulación. Aquello, sin duda nos llama profundamente la atención, teniendo en consideración que la normativa concursal actual lleva en vigor ocho años, un tiempo no menor.

Pues bien, como las instituciones jurídicas por esencia tienen vocación de ser puestas en marcha, qué más provechoso que intentar plasmar en este capítulo, las que -a nuestro juicio- son las principales causas de este desdén al arbitraje concursal. En vista de aquel fin, a continuación pasaremos a referirnos a cada una de aquellas situaciones.

IV.1. Causas de la inutilización del arbitraje concursal

A) Costos del arbitraje: tal como fue -solamente- mencionado en el capítulo tercero, ya sea que se decida someter a arbitraje un procedimiento concursal de liquidación, o, de reorganización; al manifestarse tal voluntad -de las maneras ya revisadas- debe indicarse los honorarios del árbitro. En cuanto a los honorarios de los árbitros en general, nos remitimos a lo que fue expresado en el primer capítulo. Pues bien, nada señala la ley, de una manera más detallada, acerca de los honorarios de los árbitros concursales; lo que, a juicio nuestro, es una de las principales causas de la nula utilización de esta institución.

En primer lugar, no indica la ley quién debe soportar la obligación de remunerar al árbitro. Estimamos que, en la reorganización, al requerirse la voluntad del deudor y de acreedores que representen una cierta cantidad de pasivo, les correspondería a ambos costear la labor arbitral; por ser ellos en conjunto quienes tomaron la decisión de sujetar el procedimiento a arbitraje.

Algo más sombrío es el asunto respecto a la liquidación concursal, en la cual, como vimos, es resorte exclusivo de los acreedores el someter el procedimiento a arbitraje. ¿Sería justo que el deudor tuviese que cargar con esta obligación, no habiendo él concurrido con su voluntad al establecimiento del arbitraje? Estimamos nosotros que no.

La manera natural de llevar adelante tal procedimiento, es ante un juez permanente del Estado; el cual, por ser tal, ejerce sus labores de manera gratuita respecto de los justiciables, al ser la gratuidad una de las bases del correcto ejercicio de la jurisdicción, como ya fue mencionado en el capítulo primero. Por tanto, la empresa deudora, quien es quien está siendo liquidada, tiene el derecho a que el procedimiento se siga ante el juez naturalmente competente, al cual nada debe pagarle; entregando la ley a los acreedores, la facultad de sujetar tal procedimiento a un árbitro, obviando el interés del deudor respecto a tan trascendente circunstancia. Por estas consideraciones, estimamos que, en tal caso, los honorarios del árbitro debiesen ser costeados por quienes acordaron el arbitraje, no por alguien que simplemente se vio arrastrado a la sede arbitral, sin siquiera ser esta una materia de arbitraje forzoso, pero, pareciendo que en los hechos sí lo fuese respecto de la empresa deudora. En nuestras reflexiones finales, volveremos sobre este tema, relacionándolo con lo indicado al inicio de este párrafo.

En segundo lugar. ¿Existe alguna forma de calcular tales honorarios? La ley, nuevamente, nada señala al respecto, desprendiéndose de ella, que deben ser fijados por quienes pueden sujetar los respectivos procedimientos a arbitraje, en ese mismo acto. Así entonces, podría buenamente darse la situación, en que se fijan ciertos honorarios que al designado no le parecen y aquel no acepta el cargo; aunque, muy probablemente, en la práctica tal situación sería evitada conversando previamente con él. Por nuestra parte, estimamos que haría mucho más atractivo el arbitraje en estos asuntos, como también más transparente, el hecho de que existiera en la ley una manera objetiva de determinar los mismos, tal como existe respecto al liquidador, a modo de ejemplo; asunto este último sobre el que volveremos en nuestras conclusiones.

En tercer lugar, en caso de que sea la empresa deudora quien deba soportar -de acuerdo a la postura que se adopte- todos o parte de los honorarios, ¿tendría aquella acreencia alguna preferencia? Una vez más, la ley nada indica; y, como es sabido, “[...] no podría sino concluirse que no hay otras causas especiales para preferir ciertos créditos respecto

de otros que las que la ley establece y según el orden de prelación que la propia ley ha dispuestos, como lo previene el artículo 2488 del Código Civil”¹⁴⁷.

Por último, y, como un punto aparte -pero no aislado- de los tres anteriores; cabe destacar algo que ya fue mencionado en diversos lugares de esta memoria, que es el contexto - además de causa- del respectivo proceso, la insolvencia del deudor. No nos volveremos a referir a ella; sin embargo, no debemos dejarla de lado, porque tiene una importancia crucial, al ser uno de los posibles por qué de la nula utilización del arbitraje concursal. La pregunta es la siguiente, ¿es razonable agregar una deuda más a una situación a la que se llegó -grosso modo- justamente por el no pago de ellas? Seguramente es aquella una - o la- encrucijada a la que se pueden enfrentar quienes tienen la posibilidad de configurar el arbitraje.

- B) **Ámbito competencial del árbitro concursal:** nos encontramos aquí, frente a uno de los tópicos que fue tratado con mayor detalle en el capítulo tercero de este trabajo, por su radical relevancia; porque, ¿qué más importante que conocer, que puede/no puede hacer un sujeto, que ejerce un poder/deber tan trascendente como la jurisdicción? Sin duda que es un asunto de una importancia capital.

No tenemos por propósito referirnos a materias en específico, habiendo sido ello ya latamente realizado; sino que, más bien, tratar esta situación como un problema en sí mismo. Ahora, ¿por qué lo calificamos como un “problema”? Pues bien, ello puede ser contestado atendiendo a la siguiente pregunta, ¿qué esperan las personas cuando acuden o son arrastrados ante los órganos jurisdiccionales? La respuesta más instintiva, es que anhelan que su pretensión/contra pretensión, sea acogida por el tribunal. Puede que, a más de alguien, que obtuvo en el proceso, le baste con aquello. Sin embargo, preferimos sostener que no es solamente aquello, sino que, además, que la forma en que se llega a un determinado resultado, fuere cual fuere, sea racional y justa.

¹⁴⁷ Gómez y Eyzaguirre, *El Derecho de Quiebras Tomo II*, 427-428.

De esta manera, tanto los acreedores como el deudor, en una reorganización o liquidación concursal, requieren que sus derechos sean resguardados de una manera adecuada, para lo cual es esencial que se siga un procedimiento racional y justo. A efectos de que aquello tenga lugar, uno de los principales -de entre muchos otros- factores, es la necesidad de una normativa que sea clara respecto a sus consecuencias jurídicas, lo cual, a su vez, reduce las probabilidades de que sea erróneamente aplicada. Ahora bien, como fue analizado en su momento, recalcamos el hecho de que la principal norma competencial en la regulación del arbitraje concursal es sumamente vaga, sin que de ella se pueda extraer, con relativa precisión, el ámbito competencial del árbitro concursal. Así, aumentan las probabilidades de que existan problemas en esta área, y, consecuentemente, las de que los derechos de los acreedores y/o del deudor se vean menoscabados.

Por lo demás, no debemos olvidar, la circunstancia de que los sistemas concursales, como ya dijimos en algún lugar de esta memoria, son instituciones de Orden Público Económico. Conforme a esto, requieren de una especial solidez, a efectos de brindar certidumbre a los distintos actores de los diversos mercados; en especial, del sistema crediticio. Como podemos notar, se trata de un asunto de certeza jurídica. ¿Brinda certidumbre la manera en que es reglada la competencia del árbitro concursal? Nos parece que no, por lo expresado en el capítulo tercero, además de lo aquí referido.

Así, es plausible pensar que exista razonables dudas de los involucrados para someterse a arbitraje, al no poder avizorar con certeza, qué es lo que el árbitro podrá o no podrá hacer. Por lo demás, esta situación muy probablemente -en el evento de que llegue a existir un arbitraje en materia concursal- acarreará el apareamiento de cuestiones y/o contiendas de competencia, las que retrasarían considerablemente el desarrollo del respectivo proceso; impidiendo así el desenvolvimiento de una de las principales ventajas del arbitraje en general, su celeridad.

- C) Ausencia de “precedentes”: pareciera ser tautológico, pero una de las causas de la nula utilización de la institución en estudio, es su nula utilización. Al no existir ningún proceso

arbitral que sirva de referencia, y, teniendo en consideración principalmente el asunto de la competencia del árbitro; es dable interpretar que, quienes pueden configurar el arbitraje, estimen que se encuentren ante una situación “riesgosa”. Sin duda que aquello puede ser un freno a la utilización de este mecanismo, al requerir los involucrados de un andamiaje que les brinde la mayor seguridad y solidez posible; queriendo, a modo de ejemplo, los acreedores, que sus créditos sean solventados en el mayor porcentaje y menor tiempo posible, para lo cual se requiere de un sistema ya afianzado, con rodaje; atributos que no predica el arbitraje concursal, lo que trae aparejado consigo, el que sea poco atractivo recurrir a él, sin saber cómo el mismo puede desenvolverse en la práctica.

D) Rigidez del procedimiento: como bien sabemos, señala la ley concursal, que el árbitro será de derecho y unipersonal; así, grosso modo, debe tramitar y fallar conforme a derecho. También fue revisado que, en la primera aparición del arbitraje en el derecho concursal chileno, bajo la ley N.º 20.073 de 2005, se permitía otorgar al árbitro el carácter de mixto; en las proposiciones de convenio judicial preventivo de las sociedades sujetas a la fiscalización de la ex Superintendencia de Valores y Seguros, y, también en las de cualquier deudor, con las particularidades de cada caso, que no volveremos a reiterar acá.

Así pues, como también ya fue mencionado, uno de los beneficios característicos del arbitraje en general, es su flexibilidad respecto a los procesos seguidos ante los tribunales estatales permanentes; la que se ve reflejada, a modo de ejemplo, en muchas ocasiones, en que son las partes quienes acuerdan las reglas de procedimiento a las que el árbitro debe sujetarse; lo que conlleva, muchas veces, que se materialicen otros beneficios de la institución, como su celeridad.

Estimamos nosotros que, la naturaleza del arbitraje señalada por la ley, bien podría ser un desincentivo a la utilización del mismo. Porque, quienes pueden recurrir a él, podrían preguntarse, ¿existe alguna diferencia procedimental gravitante al optar por este camino? La respuesta, fuera de las facultades probatorias especiales del árbitro, es negativa. Ya sea que el proceso se desarrolle ante un árbitro concursal, o, ante el juez de letras naturalmente competente, no existirá diferencia procedimental -ni de fondo- alguna. Entonces, si no existe alguna razón de peso en este sentido, que es una de las aristas más

importantes, al tratarse del desenvolvimiento mismo del proceso, teniendo en consideración los costos del arbitraje y otros asuntos, muy probablemente aquello haga que los involucrados opten por no recurrir al arbitraje.

E) Escasez y vaguedad de la regulación: Cuatro artículos. Solo eso es lo que la ley concursal le dedica a la regulación del arbitraje concursal, bajo un capítulo independiente. Pero, como es sabido, bien puede existir instituciones que sean reguladas de manera adecuada y suficiente, con pocas normas. Por tanto, no estamos queriendo decir aquí, que se trate exclusivamente de un tema numérico, sino que, esto se ve conjugado y potenciado con la circunstancia que ha quedado patentemente expuesta a lo largo de todo este trabajo, consistente en una serie de problemas -no menores- que se presentan al tratar de interpretar la normativa, para poder darle aplicación; los cuales tienen su origen, a juicio nuestro, en una mala técnica legislativa, traducida en una regulación que deja muchos cabos sueltos. Ligamos todo lo dicho, a lo expresado en algunos de los literales anteriores respecto de la seguridad jurídica, realizando las mismas consideraciones.

IV.2. Ventajas de la utilización del arbitraje concursal

Habiéndose referido anteriormente, a las que estimamos son las principales causas de la inutilización del arbitraje en los procedimientos concursales, que incluso podría entenderse que configuran sus desventajas, tal y como está reglado actualmente; corresponde ahora tratar de manera somera, las que consideramos vienen a ser las principales ventajas de este mecanismo de resolución de conflictos, en relación con el concurso.

A) Dedicación exclusiva: el/la árbitro concursal, al tener no tener la calidad -evidentemente- y, por ende, las responsabilidades y cargas de un juez permanente estatal; tiene muchas más probabilidades de poder dedicar un espacio de tiempo y concentración bastante más amplio al asunto sometido a su conocimiento, que el que podría brindarle el juez de letras naturalmente competente. Lo anterior no obsta a la circunstancia de que, en la mayoría de los casos, ellos serán abogados que, sin duda tienen otras responsabilidades y cargas laborales; sin embargo, en cuanto a lo que la labor arbitral se refiere, que es lo que nos incumbe, su carga de trabajo -de llegar a utilizarse este mecanismo- no será demasiado

alta, a menos que se trate de alguien que siempre vaya a ser requerido como árbitro, lo que no sería extraño que ocurriese. Además, aquella dedicación particular, permite que el árbitro se interiorice mucho más de las particularidades de los asuntos que se le presenten, a diferencia de lo que muy probablemente ocurre con los jueces de letras naturalmente competentes, quienes no tienen posibilidades reales de lograr un acabado conocimiento de los casos que llevan, lo que, a su vez, en más de una ocasión puede afectar en las decisiones que ellos adopten respecto al curso de los mismos.

B) Celeridad: como consecuencia directa de lo señalado en la letra anterior, cabe referirse a la eventual rapidez que podría acarrear un procedimiento concursal seguido ante un árbitro, en contraste al seguido ante el juez naturalmente competente. En este sentido, se ha señalado que, “Los Tribunales del Estado no satisfacen la verdadera necesidad, proclamada como base de una buena organización judicial, de proporcionar una justicia rápida y en lo posible gratuita. Sus procedimientos, por el contrario, son lentos y complicados, permiten que los juicios se alarguen con mil incidentes y dificultades, y casi siempre ocasionan severos gastos. El arbitraje proporciona a los particulares un medio rápido, sencillo y económico de terminar sus contiendas, evitando las dañosas consecuencias de un procedimiento judicial”¹⁴⁸.

Sin embargo, en lo que a los procedimientos concursales respecta, lo señalado anteriormente no puede ser tomado y trasladado a ellos, a secas. De partida, la eventual celeridad que brinda un arbitraje, va muy de la mano con el procedimiento que en éste se siga. Así, como ya fue revisado, nos encontramos con el hecho de que el arbitraje concursal lo es de derecho, lo que implica que el procedimiento a seguir, sí o sí deberá ser el establecido en la ley N.º 20.720 para el procedimiento concursal respectivo; entonces, de aquella vertiente procedimental, no emanará la celeridad; a esto nos volveremos a referir en nuestras reflexiones finales. De esta forma, estimamos que, la manera en que este beneficio se materializaría hoy en día, es siguiendo la referencia que indicamos al inicio de esta letra, es decir, como consecuencia de la mayor posibilidad de dedicación del árbitro al asunto; creemos que aquello, sin duda debería estrechar los

¹⁴⁸ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 76.

tiempos de tramitación de los procedimientos, no porque las etapas a desarrollar sean distintas, sino porque el/la árbitro estará mucho más abocado al asunto, lo que, a modo de ejemplo, implica que no existan demoras excesivas para resolver algo, etcétera; contribuyendo aquello a que los procesos, en general, sean más rápidos y eficientes.

- C) Especialización: sin duda, una de las principales ventajas del arbitraje en general, tiende a ser la especialización de los árbitros; criterio que es bastante tomado en consideración por las partes, al elegir la persona del mismo. En este sentido, se ha señalado que, “Los jueces del Estado no tienen siempre la competencia jurídica que las partes desean en la persona a cuyo fallo se someten, y carecen, por regla general, de conocimientos especiales de ciertas ciencias, artes o técnicas, que son necesarios para resolver muchos litigios”¹⁴⁹.

Pues bien, como es sabido, el derecho concursal es una rama del derecho que posee instituciones y principios que le son propios, por la naturaleza misma de las relaciones que él regula y sus peculiares características; como, por ejemplo, y tal vez la más distintiva, el contemplar remedios colectivos ante -grosso modo- el incumplimiento de las obligaciones. De esta manera, no basta que el tribunal posea conocimientos generales acerca del -en general- derecho de las obligaciones, contractual y juicio ejecutivo singular, sino que se requiere que conozca y comprenda el andamiaje concursal, para el adecuado curso de los respectivos procedimientos.

Nuestra ley concursal, en su artículo tercero, se hace cargo meridianamente de esta situación; al referirse a la especialización en derecho concursal, de los jueces de letras naturalmente competentes para conocer de estos asuntos, y, de los secretarios de los juzgados de letras, a través de la dictación de cursos por medio de la Academia Judicial; además, señala que las causas concursales, en las ciudades asiento de Corte, se radicarán preferentemente en los juzgados que cuenten con esta capacitación, de acuerdo a un auto acordado de la correspondiente Corte. Por otra parte, como ya fue revisado al tratar de los árbitros concursales; para formar parte de la nómina llevada por la SIR, ellos deben

¹⁴⁹ Aylwin, *El Juicio Arbitral*, 76.

ser abogados con no menos de 10 años de ejercicio de la profesión y estar capacitados en derecho concursal, para lo cual la Superintendencia dictará cursos de especialización, al menos una vez al año.

Así entonces, bien podría entenderse que no existen diferencias sustanciales, en lo que a la especialización se refiere, entre un árbitro concursal y un juez de letras naturalmente competente para conocer de un procedimiento concursal. Sin embargo, no debemos dejar de tener en consideración que, en toda la extensión de nuestro país, es más que probable que muchos jueces de letras que actualmente conocen procedimientos concursales, no cuenten con la señalada especialización; al no ser aquella un requisito obligatorio para todos ellos, lo que, nos parece que no tendría lógica alguna; además, señala de manera expresa el artículo tercero antes nombrado, que aquella radicación preferente y la consiguiente especialización, solamente aplica para las ciudades asiento de Corte, por lo que no es algo que alcance -evidentemente- a todo el territorio nacional.

En cambio, respecto de los árbitros concursales, la especialización se trata de un requisito obligatorio, a efectos de que puedan formar parte de la nómina, lo cual sin duda es una garantía. Además, sin ánimo de personalizar ni algo por el estilo, si se realiza una revisión de la nómina¹⁵⁰, solo a modo de ejemplo, nos encontramos con personas que evidentemente son especialistas en estas materias, algunas de las cuales han sido citadas en este trabajo, como: Nelson Contador, Eduardo Jequier y José Luis Goldenberg.

- D) Creación de una atmósfera diferente: bastante conocido es el hecho, de que el arbitraje en nuestro país, es mayoritariamente comprendido como una instancia jurisdiccional, lo que ya fue latamente revisado en otro lugar de este trabajo; como también, que el arbitraje concursal es un arbitraje de derecho. De ambas circunstancias, sin duda podría estimarse que, para los involucrados en el arbitraje, aquello desemboca en que el mismo sea equivalente a un proceso seguido ante un juez estatal permanente. Para nosotros, aquello es de tal manera, para lo cual nos remitimos a lo señalado en lo relativo a la naturaleza jurídica del arbitraje, particularmente a la postura que adoptamos allí.

¹⁵⁰ <https://www.boletinconcursal.cl/nomina/arbitros>

A pesar de lo anterior, estimamos necesario realizar un par de consideraciones relevantes. De partida, no olvidar que el árbitro es un privado, que ejerce una función pública, pero que no deja de ser tal por aquella circunstancia; así como también, que él es elegido directamente por quienes tienen la posibilidad -como en materia concursal- u obligación de hacerlo.

De ambos hechos, a nuestro parecer, se deriva una importante consecuencia; consistente aquella en que, por las razones esgrimidas, la relación árbitro-partes, si bien formalmente es idéntica a la relación juez estatal-partes, materialmente es diferente; porque, producto de la forma en que se origina el arbitraje -particularmente el voluntario, como el concursal- inevitablemente existe una relación más directa entre los involucrados y el árbitro, diferente a la que tendrían con el juez naturalmente competente, al ser aquel un funcionario público, al cual aquellos no lo invisten de tal calidad, no existiendo además -la mayoría de las veces- nada que los ligue. De este modo, estimamos que aquello puede ser muy útil en el arbitraje concursal, sobre todo en el procedimiento concursal de reorganización, porque muy probablemente existirá un ambiente más propicio para alcanzar acuerdos; lo que, en el fondo, obedece a la confianza depositada en el árbitro por quienes lo nombraron, lo que realza la circunstancia de que nos encontramos frente a una relación mucho más estrecha que la que pudiese existir con el juez naturalmente competente.

- E) Descongestión judicial: a diferencia de las cuatro situaciones referidas supra, que, a nuestro juicio, configuran ventajas “directas” -respecto de quienes pueden recurrir a este mecanismo- del arbitraje concursal; aquí se trata de una ventaja indirecta, tomando como referencia a la comunidad en general. Conocido es que, en nuestro país, el sistema judicial en su generalidad se encuentra sobrecargado; lo cual, en el mediano a largo plazo, únicamente acarrea consecuencias negativas para la población, que incluso, en más de una ocasión, están al borde de la denegación de justicia.

De acuerdo a cifras del Poder Judicial¹⁵¹, correspondientes al año 2022; en materias civiles y comerciales, conocidas por juzgados civiles y con competencia común, los que en conjunto suman 221; se ingresaron 371.981 causas, es decir, un promedio aproximado de 1683 por tribunal; por otra parte, existen 907.072 causas en tramitación, resultando un promedio de 4104 por tribunal, aproximadamente. A nuestro parecer, tales cifras resultan abrumadoras, y, solamente vienen a confirmar, e incluso agravar, lo señalado en el párrafo anterior.

Una de las principales consecuencias de esta gigantesca problemática, corresponde a la larguísima duración de los procesos en general, lo cual estimamos que es necesario conectarlo con la situación tratada en la letra B) de este apartado. Así, conforme a la misma fuente antes referenciada, la duración promedio de un procedimiento concursal alcanza los 594 días, es decir, algo así como un año y ocho meses. De esta forma, si conjugamos la sobrecarga laboral de los juzgados naturalmente competentes para tramitar los procedimientos concursales, además de la duración de los mismos; llegamos a la conclusión de que, sin duda alguna, el arbitraje concursal podría ser un paliativo para esta compleja situación, sin dejar de tener en consideración, que ella obedece a problemas estructurales mucho más intrincados, requiriendo, por tanto, soluciones con una vocación muchísimo más expansiva.

¹⁵¹ <https://numeros.pjud.cl/Competencias/Civil>

Capítulo V: Arbitraje y Concurso en el Derecho Comparado

V.1. Antecedentes

Corresponde en este capítulo, que es el último de la presente memoria, realizar un vuelo rasante por las legislaciones de un puñado de países, con la intención de buscar eventuales referencias al arbitraje que puedan existir en su legislación concursal. Por ello, hacemos la prevención de que este será un acercamiento meramente normativo, sin ánimo de entrar a analizar en detalle cada una de las figuras que podamos encontrar. Aquello, contribuirá además a poder comprender cómo se inserta el arbitraje concursal chileno en el marco de las demás legislaciones concursales del mundo.

V.2. Argentina

En nuestro vecino país del lado este de la cordillera, la “Ley de concursos y quiebras” N.º 24.522¹⁵² de 7 de agosto del año 1995; en su Título III denominado “Quiebra”, Capítulo II llamado “Efectos de la quiebra”, Sección IV denominada “Efectos generales sobre relaciones jurídicas preexistentes”, artículo 134, señala:

“Cláusula compromisoria. La declaración de quiebra produce la inaplicabilidad de las cláusulas compromisorias pactadas con el deudor salvo que antes de dictadas la sentencia se hubiere constituido el tribunal árbitros o arbitradores.

El juez puede autorizar al síndico para que en casos particulares pacte la cláusula compromisoria o admita la formación de tribunal de árbitros o arbitradores”.

Como podemos apreciar, se trata de uno de los efectos de la quiebra en las relaciones jurídicas anteriores a su advenimiento. Se relaciona este artículo con la vis atractiva de los procesos concursales; porque el “fuero de atracción”, en los términos del artículo 132 de la ley citada,

¹⁵² <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25379/texact.htm>

no tendrá aplicación en caso de que el tribunal arbitral ya se hubiese constituido. Luego, se trata de que el síndico en ciertos casos particulares, puede pactar una cláusula compromisoria, con autorización del juez; o incluso, que se constituya el tribunal arbitral, haciendo excepción a la inaplicabilidad de las cláusulas arbitrales, también con autorización del juez.

Por último, solo mencionar que el artículo tercero de la citada ley, titulado “juez competente”, no contempla ninguna posibilidad de que los concursos que regula aquella ley puedan ser sometidos a arbitraje; por lo que, en Argentina, los procesos concursales están reservados al conocimiento de los jueces permanentes estatales.

V.3. Perú

El régimen concursal peruano, a diferencia del nuestro -en lo que a empresa deudora se refiere- se podría decir que contiene una tramitación eminentemente administrativa, con ciertas etapas puntuales de carácter jurisdiccional. Sus órganos principales son la Comisión de Procedimientos Concuriales y las Comisiones desconcentradas de las Oficinas Regionales del INDECOPI; además del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

En lo que a nosotros nos incumbe, el artículo 73.1 de la “Ley General del Sistema Concursal” N.º 27.809¹⁵³, titulado “Solución de controversias relativas al Plan de Reestructuración”, señala que:

“73.1 La Junta deberá establecer en el Plan de Reestructuración el fuero jurisdiccional, sea el judicial o el arbitral, para la solución de cualquier controversia que pudiera surgir sobre su ejecución o interpretación; en defecto de indicación, se entenderá que es el fuero judicial”.

Así entonces, se trata de una norma que posee el mismo objetivo que el artículo 68 de nuestra ley concursal, en el sentido de permitir que -en este caso- en el “plan de reestructuración”

¹⁵³ <https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0026/ley-27809.pdf>

vaya incorporada una cláusula arbitral para la resolución de eventuales conflictos que surjan con motivo de la implementación del mismo.

V.4. España

El Real Decreto Legislativo 1/2020¹⁵⁴ tuvo por aprobado el texto refundido de la Ley Concursal Española. Es del caso mencionar que, la ley 16/2022 de 5 de septiembre, viene a introducir una serie no menor de modificaciones a esta legislación concursal, las que entraron en vigor el 26 de septiembre del año 2022.

Nos interesan particularmente los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 140 de la ley antes referida, titulado “Pactos de mediación, convenios y procedimientos arbitrales”, los cuales señalan:

“1. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el deudor.

2. Los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de la declaración de concurso continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral. La representación y defensa del concursado en estos procedimientos se regirá por lo establecido para los juicios declarativos en el capítulo I de este título.

3. El juez del concurso, de oficio o a solicitud del concursado, en caso de intervención, o de la administración concursal, en caso de suspensión, podrá acordar, antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral, la suspensión de los efectos de esos pactos o de esos convenios, si entendiera que pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales”.

Como alguien bien podría intuir, nuevamente nos encontramos aquí frente al efecto de la vis atractiva del proceso concursal. Nos llama la atención el párrafo tercero, en relación con la regulación chilena; porque, en nuestro país, por este efecto ya revisado, una controversia que debiese sujetarse a juicio de árbitros por la existencia de una cláusula compromisoria o

¹⁵⁴ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859>

compromiso, luego de dictarse la resolución de liquidación, debería ser conocida por el tribunal que esté conociendo de la liquidación concursal; pues bien, en España, según emana de aquel párrafo, podría iniciarse tal proceso arbitral; a menos que el juez del concurso suspenda los efectos del pacto arbitral -o de la mediación, en el caso de ellos- si estimara que de su ejecución pudiese seguirse un perjuicio para la tramitación del concurso.

Por último, solo mencionar que en España no existe el “arbitraje concursal” en el sentido que existe en nuestro país. De hecho, el artículo 44 de la ley citada, titulado “competencia objetiva”, señala que “Son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores los jueces de lo mercantil”. La misma circunstancia es ratificada por el artículo 381 de la ley, relativo a el “sometimiento a la aprobación judicial” del convenio.

V.5. Uruguay

En el país oriental, la Ley de Proceso Concursal N.º 18.387¹⁵⁵, en su artículo 12 intitulado “competencia”, se refiere a los tribunales competentes para conocer de los procedimientos concursales, no existiendo ninguna referencia al arbitraje.

En el título III de la misma ley, denominado “efectos de la declaración de concurso”, el artículo 56 inciso 1º señala:

“Declarado judicialmente el concurso, los acreedores del deudor por créditos anteriores a la fecha de la declaración no podrán promover contra el deudor procedimientos judiciales o arbitrales de ningún tipo. Las actuaciones judiciales o arbitrales que se realicen serán nulas”.

Luego, el artículo 57, en sus incisos 1º y 2º expresa:

“Los procesos judiciales de conocimiento o los procesos arbitrales contra el deudor, que se encuentren en trámite a la fecha de declaración del concurso, continuarán ante la sede que esté conociendo en los mismos, hasta que recaiga sentencia o laudo firme.

Los síndicos o los interventores, en este último caso con autorización del Juez del concurso, podrán allanarse total o parcialmente a la demanda, desistir de los recursos interpuestos o transar el juicio”.

¹⁵⁵ <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18387-2008>

Como podemos ver, en esencia, se trata de las mismas reglas antes revisadas. Sin embargo, en el primer inciso del segundo artículo citado, podemos encontrar una gran diferencia con la regulación chilena; porque “los procesos judiciales de conocimiento” siguen tramitándose ante el tribunal que está conociendo de ellos, lo que en Chile no sucede, en virtud de la regla de acumulación revisada en lo pertinente.

V.6. Brasil

En este gigante país sudamericano, su regulación concursal, se contiene en la Ley que “Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária”, N.º 11.101¹⁵⁶ de 9 de febrero de 2005.

El artículo tercero de aquella ley, se refiere a los tribunales competentes en materia concursal, señalando que: “É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil”; es decir, es competente para conocer de los casos allí expresados, el tribunal del lugar del establecimiento principal del deudor o de la sucursal de una empresa que tenga su domicilio social fuera de Brasil. Por lo demás, no existe ninguna disposición en la referida ley, que contemple la posibilidad de someter estos procedimientos a arbitraje.

Por otra parte, el efecto que, como hemos venido viendo, se contempla en distintas legislaciones en un sentido más o menos parecido, también existe aquí; sin embargo, no se hace referencia expresa a los procedimientos arbitrales; no obstante ello, es sensato comprender que aquellos también quedan incluidos. Así, el artículo 99 de la ley, que establece los contenidos de la sentencia que declara la quiebra del deudor, en su número V establece que esta: “ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o falido, ressalvadas as hipóteses previstas nos §§ 1º e 2º do art. 6º desta Lei”; es decir, ordenará la suspensión de todas las acciones o ejecuciones contra el fallido, con excepción de un par de hipótesis que no son de nuestra consideración para efectos de lo que estamos escribiendo.

¹⁵⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm

Así, de haberse iniciado una acción en sede arbitral en contra del fallido, aquella deberá quedar en suspenso en virtud de la declaración de quiebra que afecta al mismo.

V.7. México

Para esta revisión, tenemos por base a la “Ley de Concursos Mercantiles”¹⁵⁷, sin número, de 12/05/2000; cuya última reforma fue publicada en el diario oficial mexicano el 12/05/2022.

Señala el artículo 17 inciso 1º de dicha ley, que: “Es competente para conocer del concurso mercantil de un Comerciante, el Juez de Distrito con jurisdicción en el lugar en donde el Comerciante tenga su domicilio, salvo por lo dispuesto en los párrafos siguientes”. Es decir, se trata de un juez estatal; refiriéndose los párrafos siguientes a situaciones que igual reconducen a uno de ellos. Al igual que en los casos anteriores, no existe una norma que permita someter los concursos a arbitraje.

Por último, el artículo 84 inciso 1º de la ley, en el mismo orden de ideas de las legislaciones antes revisadas, señala que: “Las acciones promovidas y los juicios seguidos por el Comerciante, y las promovidas y los seguidos contra él, que se encuentren en trámite al dictarse la sentencia de concurso mercantil, que tengan un contenido patrimonial, no se acumularán al concurso mercantil, sino que se seguirán por el Comerciante bajo la vigilancia del conciliador, para lo cual, el Comerciante debe informar al conciliador de la existencia del procedimiento, al día siguiente de que sea de su conocimiento la designación de éste”. Así, a diferencia de lo ocurrido en nuestra legislación, aquí no tiene lugar la regla general de acumulación de juicios, en el sentido del artículo 142 de nuestra ley concursal; de ello se desprende que, si existe un procedimiento arbitral en curso, aquel seguirá tramitándose ante el tribunal arbitral, lo que sí contempla nuestra ley en su artículo 143.

¹⁵⁷ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCM.pdf>

Conclusiones

No es necesario seguir explayándose, para percatarse de que el arbitraje concursal en nuestro país, tiene serias probabilidades de continuar como ha permanecido hasta ahora, es decir, inutilizado; por inercia, pero, ante todo, producto de deficiencias legislativas, relacionadas principalmente con lo tratado en el punto IV.1, en lo tocante a las causas de inutilización de la institución en estudio.

A consecuencia de ello, como epílogo de este trabajo, estimamos que es enormemente necesario, referirnos a las que consideramos que plausiblemente constituyen perspectivas de cambio de esta institución, las cuales le brindarían mayores probabilidades de ponerse en marcha, implicando necesariamente refaccionar la actual regulación.

Así, nuestras conclusiones vienen a ser el desenlace de la investigación y análisis hasta ahora realizado, estimando quien escribe que, realizarlas con un enfoque práctico, es algo mucho más útil que limitarse simplemente a elaborar un resumen de todo lo expresado anteriormente; así entonces, se tratará de un análisis de *lege ferenda*. A continuación, en vistas de lograr la consecución de este objetivo final y como producto final de nuestro análisis, nos referiremos a ciertos puntos que consideramos necesario revisar, para que el arbitraje concursal cause mayor atracción e interés, en orden a ser aplicado.

1- A nuestro entender, uno de los principales cambios a realizarse en la regulación del arbitraje concursal, tiene que ver con un asunto que ha sido latamente tratado en este trabajo, cual es la competencia del árbitro concursal. Como tratamos de resaltar, la norma competencial del artículo 296 -fundamentalmente el inciso cuarto- de la ley concursal, deja mucho que desear en cuanto a su precisión, siendo aquella extremadamente vaga y amplia.

Pues bien, urge brindar certeza a quienes pueden sujetar los respectivos procedimientos concursales a arbitraje, a efectos de hacer más atractivo este mecanismo. A priori, estimamos que sería engorroso que se optara por señalar de manera expresa, en cada

trámite, si es que el árbitro puede conocer de él o no, aunque aquello definitivamente entregaría certidumbre.

Una fórmula adecuada, podría consistir en modificar el artículo tercero de la ley concursal, referido a los tribunales competentes para conocer de los procedimientos concursales, señalando algo del siguiente tenor: “en caso de someterse el procedimiento a arbitraje, conforme al capítulo VII de esta ley, el árbitro concursal devendrá en tribunal competente para conocer del respectivo procedimiento, salvo en aquellos casos en que esta ley señale de manera expresa, que un determinado asunto deba tramitarse ante el tribunal naturalmente competente, en los términos del inciso primero de este artículo”.

Esto, debería ir de la mano con una modificación del artículo 296 de la misma ley, el que podría mantener las mismas palabras actuales, pero agregar la siguiente frase, al final de su inciso cuarto: “esta ley señalará los casos en que el árbitro concursal es incompetente para conocer de un determinado asunto, siendo aquel de competencia del tribunal naturalmente competente, en los términos del artículo tercero”. Una segunda alternativa, sería contemplar una nueva norma en el capítulo VII, o bien, otro inciso en el artículo 296, en que se indicara de manera explícita las materias que quedan vedadas del conocimiento del árbitro.

Ahora bien, de adoptarse alguna de las alternativas anteriores, necesariamente el legislador debería realizar un examen de fondo, para determinar precisamente este ámbito competencial, principalmente respecto a las materias a excluir de la órbita de atribuciones del árbitro. Aquello, sin duda es algo que excede los objetivos de la presente memoria, para lo cual nos remitimos a lo tratado en más de algún lugar de este trabajo, respecto a la naturaleza de los procedimientos concursales, sus principios, etcétera; asuntos que debiesen ser tomados en consideración para este fin. Sin embargo, somos de la opinión, que de la actual normativa se puede desprender, que el objetivo legislativo consistía en que el árbitro concursal fuera competente para conocer de la mayor cantidad de materias posibles, de ahí la amplitud de la norma competencial; sin embargo, ello acarrea el defecto que pretende ser subsanado con estas propuestas.

En este sentido, creemos nosotros que tal objetivo legislativo debería mantenerse, porque quienes pueden acudir al arbitraje, lógicamente realizarán un examen ex ante, sopesando las ventajas y desventajas del mismo, punto en el cual se encontrará el asunto aquí tratado; así, si se opta por cercenar las facultades del árbitro, muy probablemente no se recurrirá al arbitraje, porque implicaría mantener “dos procesos” en paralelo, en el sentido de que habría que recurrir constantemente ante el juez naturalmente competente, lo que implica que los costos se multipliquen y el arbitraje derive en un lastre. Así las cosas, estimamos que el camino a seguir conlleva disminuir tanto como sea posible los asuntos que queden vedados del conocimiento del árbitro; únicamente de este modo, el arbitraje sería una herramienta realmente útil para los interesados, porque realmente funcionaría como un “cambio” de sede jurisdiccional, no a medias tintas.

- 2- Una segunda arista de cambios, tiene que ver con el punto correspondiente a los honorarios del árbitro. Como fue revisado, como ejemplo de una de las desventajas de la actual regulación, este asunto es tratado de manera muy superficial por la ley concursal, quedando “en el aire” la determinación de uno de los factores clave que quienes pueden someter el respectivo procedimiento a arbitraje, pondrán en la balanza antes de adoptar tal decisión; por esta y otras razones, es menester que exista un cambio legislativo en esta materia.

En primer lugar, la ley, a efectos de otorgar certeza, debería señalar expresamente quién debe soportar los honorarios del árbitro, asunto que hoy en día no contempla, y que, en nuestra opinión, no es de fácil interpretación. Así, por ejemplo, siguiendo lo dicho por nosotros más arriba, podría la normativa señalar que, en la reorganización judicial, los honorarios serán de cargo de los acreedores y la empresa deudora, en iguales proporciones, al ser ambos quienes acuerdan someterse a arbitraje; como también, expresar que, en la liquidación concursal, serán de cargo de los acreedores, fundado aquello en que son solo ellos quienes pueden decidir acudir al arbitraje, asunto respecto del cual nos remitimos a todo lo ya expresado.

En segundo lugar, estimamos que sería beneficioso para el arbitraje concursal, que se estableciera un sistema de determinación de los honorarios del árbitro. Si bien, la regla generalísima en el arbitraje, consiste en que estos se determinen libremente entre las partes y el árbitro; entendemos que, bajo un esquema general de insolvencia, tal situación podría verse algo entrabada, por la naturaleza misma de este estado; aquello se ve reflejando en la audiencia de determinación de honorarios del veedor, del artículo 57 N.º 9 de la ley concursal, en la cual, si no asisten los allí indicados, o, si no existe acuerdo, los honorarios serán fijados por el tribunal competente, sin ulterior recurso. Así, entre muchos otros ejemplos, podría suceder que, quienes pueden ser designados árbitro, tengan altas expectativas en torno a lo que pueden recibir como retribución por su labor, dejando de tener en consideración que, nos encontramos frente a una situación en la que la liquidez de los involucrados se ha visto golpeada y que malamente podrán costear honorarios altos.

Ahora, en lo tocante a cuál podría ser la forma más adecuada de determinar estos honorarios, sin duda que las opciones son múltiples. A nuestro parecer, habría que tomar como base los montos que los acreedores efectivamente fuesen recibiendo en los respectivos procedimientos, tal como en el caso de los honorarios del liquidador. Podría alguien pensar que esto involucra un incentivo perverso para el árbitro, al tener él que conocer y pronunciarse respecto a la verificación de créditos en la reorganización, y, eventualmente, en la liquidación; dependiendo de esto las acreencias reconocidas, y, más o menos directamente, los fondos que eventualmente se repartirán; sin embargo, somos de la opinión, de que la existencia del recurso de apelación respecto de la resolución que se pronuncia sobre las impugnaciones, operaría como un correctivo importante en caso de que se generase algo así, aunque partimos de la base de que los árbitros actúan de buena fe. En cuanto a los detalles de este sistema, como, por ejemplo, los tramos y porcentajes, aquellos obedecen a criterios técnicos que exceden los márgenes de esta memoria; sin embargo, esbozamos aquí los pilares de nuestra propuesta. Finalmente, consideramos que, a modo de resguardo para los árbitros concursales, sus honorarios debiesen estar cubiertos por una preferencia, la cual podría ser especialmente creada al efecto.

- 3- En tercer lugar, consideramos que debería modificarse la manera en que se puede someter el procedimiento concursal de liquidación a arbitraje. Como ya fue revisado, para que aquello tenga lugar, se requiere únicamente que los acreedores lo acuerden, con quórum especial, en la junta constitutiva u otra posterior; obviando la voluntad de la empresa deudora.

Pues bien, como ya indicamos en algún otro lugar de esta memoria, aquello nos parece que atenta contra la configuración de este arbitraje como “voluntario”; al serlo en este caso únicamente para los acreedores; porque la empresa deudora queda supeditada a la decisión que ellos puedan adoptar en aquel sentido, sin existir algún medio para que ella se pueda oponer, ni algo por el estilo. Por lo demás, existen muchos reparos a la figura del arbitraje forzoso, los que también tratamos en el primer capítulo de esta memoria, los cuales tienen que ver -principalmente- con la pugna de esta institución con ciertos derechos constitucionales.

Así las cosas, estimamos que tal fórmula debiese ser rectificada, en el sentido de requerirse el consentimiento de los acreedores y de la empresa deudora, al igual que en la reorganización judicial. Aquello creemos, sería mucho más acorde a los fundamentos del arbitraje como institución, como también, con ciertos derechos constitucionales. Por su parte, esto acarrearía como consecuencia, que los honorarios del árbitro en este caso, no fuesen soportados únicamente por los acreedores, como es nuestra opinión con la regulación actual, sino que también por el deudor, al otorgar este último ahora su consentimiento.

- 4- En estricta relación con el punto anterior, nos queremos referir al hecho que, en la liquidación concursal, el arbitraje pueda ser acordado en la junta constitutiva, o, en cualquier junta posterior. A nuestro entender, aquello configura un problema que debería ser legislativamente modificado.

Como bien se puede apreciar, existen amplias posibilidades temporales para poder sujetar el procedimiento concursal de liquidación a arbitraje; ahora, ¿por qué decimos que esto es un problema? Principalmente, porque estimamos que puede acarrear que el arbitraje, una vez acordado, derive en algo más bien inútil; porque bien podría darse la situación de que este se configure una vez que el procedimiento se encuentre con un gran estado de avance, limitando seriamente las posibilidades de actuación del árbitro. Si bien esto dependerá -conforme a la actual regulación- de los acreedores, es poco probable que tenga lugar, porque carece de sentido práctico y económico; sin embargo, la ley permite situarse en este tipo de hipótesis, por lo que no hay que dejarlas de lado.

Por nuestra parte, consideramos que, a efectos de que el procedimiento concursal de liquidación pueda ser verdaderamente encauzado a través del arbitraje, lo cual implica que el árbitro tenga competencia cuanto antes sea posible respecto del mismo; es necesario modificar la actual normativa, contemplando únicamente una oportunidad para configurar el arbitraje, tal y como existe respecto de la reorganización judicial.

Estimamos que tal oportunidad, debería continuar siendo la junta constitutiva, al ser aquella la primera vez que los acreedores se reúnen en una junta de acreedores, como órgano del concurso. Así, el artículo 295 inciso 3º de la ley concursal, uniendo lo indicado en el punto número 3 anterior, podría quedar redactado del siguiente modo: “En el Procedimiento Concursal de Liquidación, la Junta Constitutiva referida en el artículo 193 de esta ley, podrá acordar, con Quórum Especial, y, con el consentimiento de la empresa deudora, someterse a arbitraje [...]”. Así, creemos que esto permitiría reflejar una auténtica voluntad de que el procedimiento fuese seguido ante un árbitro, porque traería consigo que el mismo pueda conocer y pronunciarse sobre una cantidad de asuntos no menor, lo cual, bajo la actual regulación, podría verse seriamente mermado.

- 5- Un último punto que creemos importante de abordar, corresponde a la naturaleza del arbitraje concursal; lo cual, ya fue revisado en el desarrollo de este trabajo, como también, en el punto IV.1; concluyendo que, el procedimiento seguido ante un árbitro concursal, no tendrá diferencia alguna con el que se seguiría ante el juez de letras naturalmente

competente. Como expresamos en su momento, en nuestra opinión, aquello constituye un desincentivo a la utilización de la institución en estudio, al no existir diferencias - favorables- de peso, que atraigan a los interesados a este mecanismo. Por esta razón, consideramos que es necesario realizar un cambio normativo respecto a tal circunstancia.

Tal y como fue introducido a la antigua ley de quiebras, por la ley N.º 20.073 de 2005, creemos que sería muy beneficioso para el arbitraje en la reorganización judicial, el que se permitiera que el mismo tuviese el carácter de mixto. El flexibilizar las normas de procedimiento, pudiendo realizar los involucrados las modificaciones que estimen más acorde a sus intereses, sin duda que vendría a ser una circunstancia que quienes pueden someter el procedimiento a arbitraje, tendrían muy en consideración al decidir optar por este mecanismo; porque -muy probablemente- esto traería consigo más de alguna ventaja, como, por ejemplo, hacer más expedito el procedimiento, o, crear más oportunidades para el acercamiento entre el deudor y sus acreedores. Por lo demás, como señalamos en otro lugar de este trabajo, estimamos que aquello es acorde a la naturaleza eminentemente contractual del posible fruto de este procedimiento, el acuerdo de reorganización judicial.

Ahora, en lo que a la liquidación concursal respecta, tal como ya expresamos en otro lugar de esta memoria; nos parece más complejo dejar completamente entregado a los interesados la determinación de las normas de procedimiento a seguir, por las razones que fueron extensamente expuestas en su momento. Sin embargo, no podemos desconocer el hecho de que, en vista de perseguir el mismo objetivo que al permitir otorgar al árbitro el carácter de mixto en la reorganización judicial, no sería una opción desventajosa, el permitir también acordar una relativa flexibilidad respecto a las normas de procedimiento de la liquidación concursal. Decimos “relativa”, porque somos de la opinión de que aquello debería realizarse fijando la ley concursal, ciertas normas indisponibles del procedimiento concursal de liquidación, correspondiéndole al legislador realizar un examen de mérito para determinar las mismas, fundándose predominantemente para ello, en los especiales contornos que enmarcan este procedimiento de último recurso.

6- A modo de cierre, conforme a lo expresado, sostenemos firmemente, que la única manera de que la institución objeto de esta memoria tenga por fin aplicación, de una manera más o menos frecuente, es que se realicen ciertos cambios legislativos en su actual regulación; los cuales, bien podrían recoger lo por nosotros expresado, aunque sin duda que más de alguna persona puede tener propuestas alternativas y/o complementarias al respecto. Sin embargo, no perdemos de vista la circunstancia de que, para ello, se requiere voluntad política en tal sentido, lo cual escapa a lo que uno pueda sostener desde el ámbito académico; requiriéndose, tal vez, que más personas estimen que nos encontramos frente a una regulación deficitaria y que el arbitraje concursal podría traer consigo ciertos beneficios, solo así podría existir una caja de resonancia que haga que, en el mediano plazo, esta problemática pueda ser tomada en consideración por nuestros parlamentarios. De no ser así, muy probablemente, el arbitraje concursal está destinado, o, mejor dicho, condenado, a seguir siendo un mecanismo inerte en nuestra ley concursal, quedando en el más solitario olvido.

Bibliografía

Libros

Aylwin, Patricio. *El Juicio Arbitral*. 5.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Caivano, Roque. *Control judicial en el Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

Casarino, Mario. *Manual de Derecho Procesal Derecho Procesal Orgánico Tomo II*. 5.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Casarino, Mario. *Manual de Derecho Procesal Derecho Procesal Civil Tomo IV*. 6.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2009.

Cea, José Luis. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1988.

Chaigneau, Alberto. *Tramitaciones en las Cortes de Apelaciones*. 5.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.

Chávez, Eric. *Derecho Comercial Procedimientos Concursales Transporte Terrestre, Marítimo y Aeronáutico*. 3.^a ed. Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas, 2019.

Chávez, Eric. *Normas comunes a todo procedimiento*. 3.^a ed. Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas, 2020.

Chávez, Eric. *Derecho Procesal Orgánico y Funcional*. 8.^a ed. Santiago: Tofulex Ediciones Jurídicas, 2021.

Colombo, Juan. *Los Actos Procesales Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Contador, Nelson y Cristián Palacios. *Procedimientos Concursales*. Santiago: Thomson Reuters, 2015.

Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3.^a ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

Eyzaguirre, Rafael. *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.

Fernández Caballero, Gracia. “El arbitraje institucional”. En *El Derecho y sus razones, aportaciones de jóvenes investigadores*, editado por Virginia de Carvalho Leal, 221-227. Madrid: Bubok Editorial, 2013.

Figueroa, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil Tomo III*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

Figueroa, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil Tomo II*. 5.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.

Goldenberg, José Luis. *La Protección Financiera Concursal*. Santiago: Thomson Reuters, 2020.

Gómez, Rafael y Gonzalo Eyzaguirre. *El Derecho de Quiebras Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012

Gómez, Rafael y Gonzalo Eyzaguirre. *El Derecho de Quiebras Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

González de Cossio, Francisco. *Arbitraje*. 4.^a ed. DF México: Editorial Porrúa, 2014.

Horvitz, María Inés y Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Horvitz, María Inés y Julián López. *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Jequier, Eduardo. *Curso de Derecho Comercial Derecho Concursal Tomo III Vol. 1*. Santiago: Thomson Reuters, 2019.

Pérez, Gilberto. *Efectos procesales de la declaración del concurso: la vis atractiva concursal*. Madrid: Editorial Reus, 2007.

Puga, Juan Esteban. *Derecho Concursal Del Procedimiento Concursal de liquidación Ley N° 20.720*. 4.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014.

Puga, Juan Esteban. *Derecho Concursal El Acuerdo de Reorganización*. 4.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.

Robert, Jean. *L'arbitrage*. 5.ª ed. París: Dalloz, 1983.

Rocco, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

Rodríguez, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012

Romero, Alejandro. *La Cosa Juzgada en el Proceso Civil Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Ruz, Gonzalo. *Nuevo Derecho Concursal Chileno*. Santiago: Thomson Reuters, 2017.

Sandoval, Ricardo. *Derecho Comercial La insolvencia de la empresa Derecho Concursal: quiebras, convenios y cesiones de bienes*. 6.ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

Somarriva, Manuel. *Derecho Sucesorio Tomo II*. Editado por René Abeliuk. 7.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. Traducido por Andrés de la Oliva Santos. Bogotá: Editorial Temis, 1973.

Stoehrel, Carlos. *De las disposiciones comunes a todo procedimiento y de los incidentes*. 6.^a ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2010.

Tavolari, Raúl. *Jurisprudencias Esenciales Derecho Civil Tomo II*. Santiago: Thomson Reuters, 2010.

Vásquez, María Fernanda. *Arbitraje en Chile Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2009.

Vásquez, María Fernanda. *Tratado de Arbitraje en Chile: arbitraje interno e internacional*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

Artículos

Alarcón Machuca, Carlos Andrés. “El juramento en el proceso de arbitraje interno en Chile: reflexiones sobre la entidad de este requisito formal, analizado desde sus fuentes históricas directas”. *Revista Ius et Praxis*, núm. 1 (2019): 481-518.

Aguirrezabal Grünstein, Maite. “El principio dispositivo y su influencia en la determinación del objeto del proceso en el proceso civil chileno”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 32 (2017): 423-441.

Bordalí Salamanca, Andrés. “El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 33, núm. 2 (2009): 263-302.

Carretero Pérez, Adolfo. “El principio de economía procesal en lo contencioso-administrativo”. *Revista de Administración Pública*, núm. 65 (1971): 99-142.

Coloma Correa, Rodrigo. “La prueba y sus significados”. *Revista Chilena de Derecho* 46, núm. 2 (2019): 427-449.

Del Pratto, Enrico. “Los poderes innominados de los árbitros”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, núm. 80 (2018): 161-186.

Fuentes Maureira, Claudio. “La persistencia de la prueba legal en la judicatura de familia”. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm. 1 (2011): 119-145.

González Castillo, Joel. “La fundamentación de las sentencias y la sana crítica”. *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1 (2006): 93-107.

González González, Lionel. “Los árbitros arbitradores y mixtos frente a la Constitución 1980: Normas “decisoriae” y “ordinatoriae litis” vinculantes en el arbitraje irritual y en la jurisdicción de equidad”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XL, núm. 1 (2013): 535-573.

Hunter Ampuero, Iván. “Reglas de prueba legal y libre valoración de la prueba: ¿Cómo conviven en el Proyecto de Código Procesal Civil?”. *Revista Ius et Praxis*, núm. 1 (2017): 247-272.

Jequier Lehuedé, Eduardo. “La obtención ilícita de la fuente de la prueba en el proceso civil. Análisis comparativo del ordenamiento jurídico español y chileno”. *Revista Chilena de Derecho* 34, núm. 3 (2007): 457-494.

Jequier Lehuedé, Eduardo. “La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho chileno sobre arbitraje interno: algunas propuestas”. *Estudios Constitucionales*, núm. 4 (2013): 155-200.

Jequier Lehuedé, Eduardo T. “El arbitraje concursal en Chile: revisión crítica de su ambigua regulación en la ley N.º 20.720”. *Revista Chilena de Derecho*, núm. 2 (2020): 459-478.

Laso Cordero, Jaime. “Lógica y sana crítica”. *Revista Chilena de Derecho*, núm. 1 (2009): 143-164.

Lois Estévez, José. “Sobre el concepto de naturaleza jurídica”. *Anuario de Filosofía del Derecho* (1956): 163.

Morales, Hugo Ítalo. “La conciliación laboral”. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 2, núm. 3 (2011): 199-205.

Murillo Valderrama, Felipe. “Breve comentario sobre el arbitraje en Chile y su regulación actual a nivel interno e internacional, a la luz de: “Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia”. *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, núm. 1 (2012): 99-107.

Padilla Parot, Ricardo. “Ese dolor de cabeza llamado prueba legal tasada: La anticipada aplicación del proyecto de Código Procesal Civil, que los tribunales ordinarios de justicia se encuentran llevando a cabo”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, núm. 26 (2016): 401-410.

Romero Seguel, Alejandro. “La independencia e imparcialidad en la justicia arbitral”. *Revista Chilena de Derecho* 28, núm. 3 (2001): 509-535.

Vásquez, María Fernanda. “Determinación de los honorarios del Árbitro desde la óptica obligacional: problematización del estadio actual y propuesta de soluciones”. *Revista Ius et Praxis* 15, núm. 2 (2009): 331-342

Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia. ECHEVERRIA URZUA MARIA, MOLINA SANCHEZ MARIA, MOLINA SANCHEZ MARIA SOLEDAD, MOLINA SANCHEZ ALEJANDRO, MOLINA SANCHEZ RAMON-MOLINA SANCHEZ JOSE, MOLINA SANCHEZ JUAN. Casación forma y fondo. Rol N.º 6365-2018.

Corte Suprema de Justicia. POBLETE/CARVAJAL – (LTE). Casación fondo. Rol N.º 21255-2020.

Corte Suprema de Justicia. CONSTRUCTORA SIGRO S.A. (BARRIENTOS). Recurso de Queja. Rol N.º 14576-2021.

Corte Suprema de Justicia. KOMATSU CUMMINS CHILE ARRIENDA CON FREDES FARIAS XIMENA MABEL. Casación fondo. Rol N.º 40613-2016.

Corte Suprema de Justicia. COMPAÑÍA MINERA LINDEROS LIMITADA (L). Casación fondo. Rol N.º 22218-2018.