

Oficio N° 40

INFORME PROYECTO LEY 84-2007

Antecedente: Boletín N° 5606-07

Santiago, 31 de enero de 2008

Mediante oficio N° 1656 de 19 de diciembre de 2007, el señor Presidente del H. Senado, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 de la Ley N° 18.918 y 77 de la Constitución Política de la República, ha recabado la opinión de esta Corte Suprema respecto del proyecto de ley – iniciado por Moción – que modifica el artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales, con el fin de regular el nombramiento de árbitros (Boletín N° 5.606-07).

Impuesto el Tribunal Pleno sobre el proyecto señalado, en sesión del día de hoy, presidida por el titular don Urbano Marín Vallejo y con la asistencia de los Ministros señores Marcos Libedinsky Tschorne, Ricardo Gálvez Blanco, Milton Juica Arancibia, Nivaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez, señores Hugo Dolmestch Urra, Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, señoras Gabriela Pérez Paredes, Sonia Araneda Briones y señor Carlos Künsemüller Loebenfelder, acordó informar el proyecto, formulando las siguientes observaciones:

**AL SEÑOR
PRESIDENTE
H. SENADO
EDUARDO FREI RUIZ-TAGLE
VALPARAISO**

Antecedentes.

I. Idea general del proyecto.- Fundamento: a)

En las relaciones comerciales los contratantes no tiene el mismo poder de discusión y elección respecto del servicio que contratan; b) Los proveedores de cierta envergadura, grandes empresas con giros comerciales de servicios básicos, que surgen como monopolios legales luego de la privatización, se encuentran en una posición privilegiada respecto de quienes deben satisfacer una necesidad, que de no mediar el contrato ésta queda insatisfecha; c) Es una práctica común, en los contratos en que se conviene la prestación del servicio, éste tenga el carácter de adhesión, al igual que en los de provisión y suministro, y en todos aquellos en que una de las partes se encuentra en una posición ventajosa en relación a la otra; d) Aunque teóricamente se indica que los jueces árbitros son designados por las partes, en los contratos de adhesión se imponen cláusulas compromisorias o estipulan compromisos, aun cuando no en todos se les otorgan facultades de arbitrador a los árbitros que designan; e) Tales jueces, evidentemente –señala la moción –, *“tendrán una tendencia a declarar válidas las normas contenidas en contratos de adhesión o a interpretarlas a favor de la redactora del contrato, en desmedro de la parte más débil de la relación, dada la factibilidad de redesignación por parte de la empresa que los nomina”*; f) El inciso final del artículo 16 de la Ley 19.496, que protege los derechos de los consumidores, tiene un alcance restringido; g) De esta forma se produce un abuso al restar competencia a los tribunales ordinarios mediante el nombramiento de árbitros, especialmente arbitradores, a través de contratos de adhesión, así como los de provisión y suministro, y h) Se hace necesaria una modificación general, además de la norma especial, como ocurre respecto de los accionistas minoritarios en las sociedades anónimas.

II. Resulta pertinente tener en consideración lo dispuesto en la norma referida a la protección de los derechos de los consumidores:

“Artículo 16 de la Ley 19.496

Si en estos contratos se designa árbitro, el consumidor podrá recusarlo sin necesidad de expresar causa y solicitar que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o parcialmente respecto de algunos. Todo ello de conformidad a las reglas del Código Orgánico de Tribunales.

En todo contrato de adhesión en que se designe un árbitro, será obligatorio incluir una cláusula que informe al consumidor de su derecho a recusarlo, conforme a lo establecido en el inciso anterior. Lo que se entiende sin perjuicio del derecho que tiene el consumidor de recurrir siempre ante el tribunal competente”.

III. La iniciativa legal consta de un artículo único que agrega dos incisos finales al artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales, del siguiente tenor:

“Artículo 225. Puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga libre disposición de sus bienes y sepa leer y escribir. Los abogados habilitados para ejercer la profesión pueden ser árbitros aunque sean menores de edad.

El nombramiento de árbitros de derecho sólo puede recaer en un abogado.

En cuanto al nombramiento de partidario, se estará a lo dispuesto en los artículos 1323, 1324, y 1325 del Código Civil.

Sin embargo, con excepción del testamento, en los actos unilaterales que afecten o puedan afectar a personas o partes

distintas de su autor y en los contratos de adhesión, o en los de provisión o suministro, cualquier afectado podrá recusar al o los árbitros que hubiera sido nominado determinadamente, sin necesidad de expresar causa y tendrá derecho a que se nombre otro por el juez letrado competente. Si se hubiese designado más de un árbitro, para actuar uno en subsidio de otro, podrá ejercer este derecho respecto de todos o sólo respecto de algunos.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá además sustraer el conocimiento de la litis de la justicia arbitral, sometiéndola a la decisión de la justicia ordinaria”.

IV. Principios de los contratos. El contrato se ha entendido por el legislador como la convención, en que existe concurso real de voluntades de las partes, que pueden estar constituidas por una o muchas personas, que tiene por objeto crear obligaciones, que pueden consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer alguna cosa (artículos 578, 1437, 1438 y 2284 del Código Civil). Por las innegables funciones económicas y sociales de los actos jurídicos, nuestro Código Civil y en general la legislación, los ha regulado, al igual que las convenciones y los contratos, desde el un punto de vista de su formación y los efectos que origina como relación jurídica constituida. En la génesis del contrato concurren los principios de libertad contractual o autonomía para concluirlo, además de la libertad de configuración interna, esto es, tanto para decidir con quien se contrata, si contrata o no y, en el evento que decida hacerlo, las cláusulas o estipulaciones que se acordarán. Limitan estos principios los contratos por adhesión, dirigidos y forzosos, así como los contratos tipo unilaterales. Se une a lo anterior que el principio del consensualismo, constituido por la manera como se exterioriza el acuerdo de voluntades, se ha visto igualmente limitado por diferentes categorías contractuales y en especial por las distintas formalidades y el efecto absoluto que se atribuye a algunos contratos.

En lo referido a los efectos de los contratos, que la doctrina precisa en su fuerza obligatoria y efecto relativo, el legislador ha creado también diferentes categorías contractuales que limitan o expanden tales principios, estableciendo la distinción entre partes y terceros, así como en estos últimos también se distingue aquellos que generan efectos relativos y absolutos o expansivos, afectando a terceros.

El estado de la cuestión, como la aparición de un sin número de nuevas categorías de contratos en las relaciones económicas modernas, permite considerar el fenómeno en su integridad, de manera tal que, atendiendo al principio de la realidad, muchos contratos no son acordados libremente por las partes o, a lo menos, algunas de sus cláusulas o sus efectos respecto de terceros son impuestos por una de las partes o la Ley. En tales condiciones el compromiso resulta de estilo en muchos contratos, a los que en muchos casos, además, se les puede calificar de forzosos, por adhesión, de tipo unilateral y prerredactados, de manera que se hace imprescindible garantizar que el juez sea objetivamente independiente, subjetivamente imparcial y éticamente probo, aspectos que constituyen una garantía básica del debido proceso, conforme a los tratados internacionales suscritos por Chile y que se encuentran actualmente vigentes: artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

V. Comentario a la iniciativa:

1. El proyecto agrega dos incisos finales nuevos al artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales, con el fin de permitir, en ciertos actos jurídicos unilaterales, a excepción del testamento, y en los contratos de adhesión y de provisión o suministro, que cualquier afectado pueda recusar al árbitro que hubiera sido nominado determinadamente, sin necesidad de expresar causa, teniendo derecho a que se nombre otro por el juez letrado competente, con lo cual se mantienen los efectos de lo dispuesto por el contrato como cláusula

compromisoria. Por otra parte, también se establece el derecho de sustraer el conocimiento del asunto de la justicia arbitral para someterla a la justicia ordinaria.

2. En lo referente a la recusación de estos jueces, el artículo 243 del Código Orgánico de Tribunales establece 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 ignoraban al pactar el compromiso, por lo que correspondería introducir una modificación expresa a este artículo para evitar contradicciones, sin perjuicio que conforme a una correcta interpretación podría considerarse que la moción importa una modificación orgánica en este mismo aspecto.

3. En ese sentido el proyecto, viene a alterar la regla general contenida en el artículo recién mencionado, ampliando una regla contenida en una ley especial como es la Ley 19.496, sobre Protección al Consumidor.

4. Por su parte, el artículo 204 del Código Orgánico de Tribunales dispone que las recusaciones de los árbitros serán de competencia del juez ordinario del lugar donde se sigue el juicio. De dicha norma pudiera desprenderse que la recusación de un árbitro debe ser siempre en el contexto de un juicio o litigio, de forma que correspondería establecer expresamente que la recusación se plantee como incidente tanto ante el juez ordinario, como ante el mismo árbitro, quien en ese evento remitirá los antecedentes al juez ordinario para que resuelva lo que corresponda, conforme al derecho que se ejerza.

5. Cabe tener presente que el artículo 2° bis de la Ley 19.946 dispone que las normas de dicha ley, no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo:

“(...) c) en lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.”

6. De lo anterior se desprende que, de modificarse el Código en los términos propuestos, se podrá generar recarga en el trabajo de los tribunales civiles por recusaciones de árbitros en contratos de adhesión, la cual puede llegar a ser importante. Lo anterior, teniendo en consideración que hasta ahora al ser el ámbito de aplicación de la Ley 19.946 más restringido, hay muchos contratos de adhesión, especialmente los de prestación de servicios públicos domiciliarios, que no quedan regidos por dicha ley, todo ello según la norma precedentemente transcrita. Asimismo, al disponer el proyecto que se puede “sustraer el conocimiento de la litis de la justicia arbitral, sometiéndola a la decisión de la justicia ordinaria, claramente se abre la posibilidad a una recarga evidente del trabajo judicial, por lo cual el proyecto debiera contemplar los recursos necesarios.

7. Este Tribunal, esta de acuerdo con la moción propuesta a fin de asegurar los derechos del contratante más débil en este tipo de contratos dirigidos o de adhesión. En especial, el de preservar la existencia de un tribunal independiente e imparcial en la resolución del conflicto.

Sin embargo, no distingue la iniciativa entre el compromiso y la cláusula compromisoria, ya que como se sabe en el primero es de la esencia del contrato de arbitraje que se indique el nombre y apellido del árbitro designado y cuya omisión, según lo dispone el artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales acarrea la nulidad del compromiso. En cambio la cláusula compromisoria, que es aceptada como legítima, aun cuando no tiene claramente una consagración legal, se constituye como una convención en que las partes sustraen el asunto de la justicia formal para que sea conocido y decidido por árbitros que serán nombrados posteriormente por las partes de común acuerdo o por la justicia en subsidio.

En este ámbito, el peligro que encierra el arbitraje en los contratos de adhesión, sólo puede entenderse referido al compromiso y así parece comprenderlo la iniciativa legal cuando se refiere a la recusación del *“árbitro que hubiera sido nominado determinadamente”* y por lo tanto, el proyecto de ley es correcto hasta la expresión *“sin necesidad de expresar causa”* ya que inhabilitado ese juez árbitro se termina el compromiso y sólo cabe decidir a la justicia ordinaria, a menos que se trate de un asunto de arbitraje forzoso o las partes de consuno convengan designar luego un nuevo árbitro. En consecuencia, si la contratante afectada por la designación impuesta de un árbitro lo recusa, ya no cabe su reemplazo, unilateralmente por la justicia ordinaria.

La ventaja de la cláusula compromisoria es que si no hay acuerdo entre las partes sobre la designación de un árbitro lo decide la justicia ordinaria, lo que asegura una igualdad de armas en esta designación.

En estas condiciones, se informa favorablemente el inciso cuarto del artículo 225 del Código Orgánico de Tribunales del proyecto hasta la expresión *“sin necesidad de expresar causa”*, expresando su parecer desfavorable en su parte final y el inciso quinto.

8. Además, debiera corregirse en el nuevo inciso cuarto la expresión *“al árbitro que hubiera sido nominado”* por *“al o los árbitros que hubieran sido nominados”* en atención a lo expresado en el artículo 231 del Código Orgánico de Tribunales y modificaría el artículo 243 del mismo cuerpo de leyes en el sentido de incluir entre las palabras *“partes”* y *“no”* la expresión *“sin perjuicio de lo indicado en el inciso cuarto del artículo 225”*

9. En atención a lo dispuesto en el artículo 523 del Código Orgánico de Tribunales, el que exige tener 20 años cumplidos para ser abogado, correspondería en esta oportunidad compatibilizar esa disposición, eliminando la referencia que hace el inciso primero del artículo 225 del mismo cuerpo legal, al establecer que: *“Puede ser nombrado árbitro toda persona mayor de edad, con tal que tenga la libre disposición de sus bienes y sepa leer y escribir. Los abogados habilitados para ejercer la profesión pueden ser árbitros aunque sean menores de edad”*.

Se deja constancia que ocho señores Ministros estuvieron por informar favorablemente el proyecto en los dos incisos propuestos.

Es todo cuanto puede informar.

Urbano Marín Vallejo
Presidente

Carola Herrera Brümmer.
Secretaria Subrogante.