



Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales.

Arbitration in Chile with State entities.

“[D]ebiendo la Administración del Estado someter su actuar al principio de juridicidad consagrado en la Constitución y en la Ley de Bases, sus entidades requerirán en la generalidad de los casos de una autorización legal previa para someter disputas con privados a arbitraje”.

Antonio Larraín Herlín*

Felipe Ossa Guzmán*

Resumen: Este artículo describe en forma general la regulación del arbitraje en Chile y la forma en que se organiza la Administración del Estado chileno, para luego analizar la posibilidad que tienen sus entidades de participar en arbitrajes, los impedimentos específicos que pueden limitar esta posibilidad y ciertos casos en los que se permite expresamente.

Palabras claves: arbitraje, administración del Estado, entidades estatales, principio de juridicidad, orden público.

Abstract: This article describes generally the regulation of arbitration in Chile and the organization of the Chilean State Administration, in order to analyze the possibility of its entities to participate in arbitrations, the specific impediments that may limit this possibility, and certain cases where it is expressly allowed.

Keywords: arbitration, state administration, state entities, rule of law, public policy.

* Abogado del área de resolución de disputas y comercio internacional de Claro & Cía. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: alarrain@claro.cl

** Socio del área de resolución de disputas y comercio internacional de Claro & Cía. Magister Luris por la Universidad de Oxford. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: fossa@claro.cl

Sumario: 1. Introducción. 2. Aparente hostilidad de los Estados latinoamericanos hacia el arbitraje. 3. El arbitraje en Chile y la organización administrativa del Estado chileno. 3.1. Regulación del arbitraje. 3.2. Organización administrativa del Estado. 3.3. El principio de juridicidad como limitación a la Administración del Estado. 4. Estudio particular de la participación de la Administración del Estado como parte de un arbitraje. 4.1. Arbitraje doméstico. 4.2. Arbitraje comercial internacional. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El arbitraje presenta una serie de ventajas en comparación con la justicia estatal. Usualmente se destaca su flexibilidad y rapidez, la confidencialidad en el debate, una mayor intermediación entre las partes y el tribunal, y la posibilidad que tienen estas de definir -incluso anticipadamente- las cualidades o competencias específicas que debe reunir un árbitro. En ciertas legislaciones, también se contempla un plazo para la emisión del laudo final, que otorga a las partes una garantía adicional respecto de la eficiencia y celeridad del proceso.¹

En el ámbito internacional, se agregan al menos dos características de gran importancia: la plena neutralidad del tribunal y la ejecutividad del laudo.² Es usual en estos conflictos que sus partes provengan de países distintos, de manera que, para al menos una de ellas, los tribunales estatales de la otra serán percibidos como un foro poco conveniente

para resolver sus disputas. El arbitraje les permite sustraerlas de la justicia estatal y someterlas a la decisión de un tribunal que estiman neutral, que puede incluso tener como sede una tercera jurisdicción. Por último, otorga a las partes mayores facilidades para ejecutar un eventual laudo favorable, tanto en el lugar en el que fue emitido, como en otras jurisdicciones donde la parte vencida mantenga activos.³

Las ventajas apuntadas precedentemente adquieren mayor relevancia cuando una de las partes de la controversia es un Estado o una de sus entidades; principalmente por cuanto tales casos normalmente deben ser resueltos por los tribunales domésticos de ese mismo Estado, generando un temor en el particular respecto de su imparcialidad para dirimirlos. El problema, sin embargo, es que los ordenamientos jurídicos suelen limitar las oportunidades en la que un Estado o sus entidades pueden arbitrar sus disputas con particulares.

1 Alejandro Romero y José Ignacio Díaz, *El Arbitraje Comercial Interno y Comercial Internacional* (Santiago: Ediciones UC, 2016), 2-3. Fernando Cantuarias Salvarrey, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones* (Lima: Universidad Peruana de las Ciencias Aplicadas, 2008), 7-12. Julio César Rivera, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico* (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2014), 83-84. Patricio Aylwin Azócar, *El Juicio Arbitral*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 76-78.

2 Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC, *Redfren and Hunter on International Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2015), 28-29. Autores como Fernando Cantuarias Salvarrey destacan además que el arbitraje permite evitar problemas de competencia entre jurisdicciones, cuando las partes de un contrato internacional optan por someterlas a los tribunales domésticos de una tercera jurisdicción neutral para que no sean conocidas por aquellos de sus respectivos países. Lo anterior, pues dicha sumisión conlleva el riesgo y la incertidumbre de no ser respetada; por ejemplo, si el tribunal de la jurisdicción neutral se niega a conocer la controversia o, peor aún, cuando un tribunal del país de alguna de las partes afirma tener de todas formas jurisdicción sobre la disputa (Fernando Cantuarias Salvarrey, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones* (Lima: Universidad Peruana de las Ciencias Aplicadas, 2008), 16-22).

3 De hecho, en la reciente encuesta realizada por la Queen Mary University of London, en colaboración con el estudio jurídico White & Case LLP, al ser preguntados los encuestados sobre las tres características más valiosas del arbitraje internacional, el 64% de ellos destacó la ejecutividad de los laudos y el 25% la neutralidad del procedimiento arbitral (White & Case LLP and Queen Mary University of London School of International Arbitration «2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration», 7).

Con el objeto de abordar este tema de interés doctrinario y práctico, el presente artículo comienza analizando brevemente la aparente hostilidad que se le ha atribuido a los Estados latinoamericanos respecto de la recepción del arbitraje en sus ordenamientos.

A continuación, describe la regulación del arbitraje en Chile, en el ámbito doméstico y en el comercial internacional; la forma en que se organiza la Administración del Estado chileno; y el principio de juridicidad que deben observar los organismos que la integran cuando pretenden someter sus disputas a arbitraje. Con base en estos antecedentes, se analizan seguidamente otros impedimentos específicos que pueden limitar esta posibilidad y ciertos casos en los que se permiten expresamente. Por último, se ofrecen algunas conclusiones sobre el tema.

2. La aparente hostilidad de los Estados latinoamericanos hacia el arbitraje

Autores como Fernández Arroyo notan que, para la amplia literatura que trata la incorporación del arbitraje en nuestra región, el concepto hostilidad surge como una especie de mantra. En síntesis, la idea que avanza es que los Estados latinoamericanos han desde antaño rehusado introducir el arbitraje a sus ordenamientos; y que hoy, en el mejor de los escenarios, esta actitud solo se ha morigerado.⁶

Sin embargo, concordamos con el autor en que la resistencia no puede hacerse extensiva a todo el instituto del arbitraje y menos aún en términos tan

categoricos. El arbitraje existió en América Latina incluso antes de la constitución de sus Estados, y fue utilizado por estos y sus habitantes con buenos resultados.⁷ En este sentido, cualquier hostilidad se circunscribió principalmente al arbitraje internacional público y de las inversiones, es decir, a aquellos arbitrajes que suponen la participación estatal. Por el contrario, no se habría extendido al arbitraje comercial, y menos a los que tenían por objeto resolver exclusivamente disputas entre privados.⁸

En cualquier caso, se debe apuntar que la oposición inicial y en bloque que en algún momento podrían haber mantenido los países latinoamericanos, no tuvo como causa el que no asignaran valor al arbitraje como un mecanismo alternativo de resolución de disputas. Más bien, constituyó un mecanismo de protección frente a los que se consideraban abusos por parte de las potencias extranjeras. En efecto, a partir del siglo XVIII, estas efectuaron numerosas intervenciones armadas en la región, que intentaron legitimar al amparo de la protección diplomática; arguyendo que el daño provocado a uno de sus nacionales constituía un agravio al Estado mismo.⁹

Como era de esperarse, los países latinoamericanos reaccionaron. En el ámbito jurídico, la consecuencia más emblemática fue la denominada doctrina Calvo, que proclamó la igualdad de beneficios y privilegios entre nacionales y extranjeros, dando paso a la cláusula del mismo nombre. Bajo esta última, los extranjeros que invertían o contrataban con un Estado o sus nacionales debían someterse al derecho local y a la jurisdicción de sus tribunales;

6 Diego P. Fernández Arroyo, «La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación», en: *Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, ed. por Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA (OEA/Ser.D/XIX.15:2015), 345.

7 Ibid.

8 María Fernanda Vásquez Palma, *Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional* (Santiago: Legal Publishing, 2018), 40.

9 Gonzalo Biggs, «La Institucionalidad Chilena y el Arbitraje Internacional», en: *Estudios de Arbitraje. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, ed. por Eduardo Picand Albónico (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 354.

renunciando como consecuencia a la protección diplomática otorgada por sus Estados de origen.¹⁰ El mecanismo de protección jurisdiccional ideado por Calvo, fue a su vez complementado a comienzos del siglo XX con la doctrina Drago,¹¹ que rechazó el uso de la fuerza de un Estado como mecanismo de cobro de la deuda pública de otro.¹² Posteriormente, la Carta de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos incorporaron el principio de no intervención.

Lo anterior, sin embargo, no fue óbice para que los países industrializados continuaran con prácticas que se consideraban intervencionistas, fundamentalmente en materia de expropiación de inversiones. Por esta razón, en 1964 el Banco Mundial planteó la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, con el propósito de ofrecer una alternativa que estuviese al margen de los foros locales y evitara disputas entre los Estados. Aunque en una primera instancia los países latinoamericanos rechazaron colectivamente la idea mediante el denominado “No de Tokyo” de 1964, posteriormente fueron flexibilizando su posición, en un intento de adaptarse a la globalización y a la internacionalización del tráfico comercial y jurídico.

En efecto, cualquier hostilidad desmedida resultaba incompatible con la imperante necesidad de atraer capitales extranjeros a sus economías, además de configurarse como un requisito indispensable para

promocionarse como sedes amigables al arbitraje. En este mismo espíritu, muchos de ellos ratificaron el Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965, y se encargaron de dar amplio acceso a sus inversionistas extranjeros al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión, mediante la suscripción o ratificación de diversos instrumentos internacionales.

En el ámbito del arbitraje comercial, muchos Estados incorporaron en mayor o menor medida la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”),¹³ ratificaron la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“Convención de Nueva York”), e incluso perfeccionaron la regulación del arbitraje que ofrecían sus antiguos códigos orgánico-procesales.

Todos estos esfuerzos, al alero de una incansable comunidad académica y de practicantes, permitieron a América Latina posicionarse como una región relevante del arbitraje, que hoy continúa desarrollándose. De hecho, conforme a las estadísticas de la Cámara de Comercio Internacional del año 2018, los países latinoamericanos -junto con los del Caribe- representaron el 14,9% del total de los casos pendientes que fueron administrados por la institución: 339 partes en total, de las cuales 29 correspondieron a Estados o entidades estatales.¹⁴

10 Cristián Conejero Roos, «La Constitución y el Arbitraje Internacional: ¿Hacia un Nuevo Lenguaje?», en: Revista Chilena del Derecho Privado, núm. 7 (Santiago: Universidad Diego Portales, 2006), 236

11 Desarrollada por Luis María Drago, nombrado Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina en 1902.

12 Gonzalo Biggs, «La Institucionalidad Chilena y el Arbitraje Internacional», en: Estudios de Arbitraje. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, ed. por Eduardo Picand Albónico (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 354.

13 La Ley Modelo es un arquetipo de texto legal elaborado con el objeto de establecer un marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, mediante su incorporación por parte de los Estados a la legislación interna. Ella regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y busca reflejar el consenso general sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje comercial internacional.

14 International Chamber of Commerce, ICC Dispute Resolution 2018 Statistics (París: ICC Publications, 2019), www.iccwbo.org/dr-stat2018.

Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales

Según este mismo centro, partes latinoamericanas de la misma nacionalidad disputaron 55 casos, destacándose Brasil con 26 de ellos. Este país junto con México se posicionó dentro del ranking de las 10 sedes más solicitadas, el primero con 27 arbitrajes y el segundo con 18 casos. Finalmente, 198 profesionales de la región se desempeñaron como árbitros en arbitrajes administrados por este centro.¹⁵

En definitiva, el arbitraje goza hoy de una amplia recepción y respeto por parte de los países de América Latina, quienes han efectuado progresivos esfuerzos para favorecer su utilización como método de resolución de controversias.

3. El arbitraje en Chile y la organización administrativa del Estado chileno

3.1. Regulación del arbitraje

Chile tiene un sistema de arbitraje dualista; esto es, que contempla normas aplicables distintas, dependiendo si se trata de un arbitraje nacional o internacional.

3.1.1. Arbitraje interno o doméstico

El arbitraje interno corresponde a un mecanismo establecido para resolver conflictos en el que todos los elementos de la controversia están vinculados con el ordenamiento nacional.

El primer cuerpo legal que reglamentó pormenorizadamente el arbitraje fue la Ley De Organización y Atribución de los Tribunales de 1875, destinando su Título XI a “los jueces árbitros”. Años más tarde le siguió el Código de Procedimiento Civil de 1902, vigente hasta hoy, que reglamenta en el Título IX de su Libro III el “Juicio Arbitral” y que, en ese entonces, complementó la Ley de Organización y Atribución de los Tribunales en materias relativas al procedimiento arbitral. Esta última y otras leyes relacionadas con la materia fueron refundidas para dar origen al Código Orgánico de Tribunales de 1943, también vigente en la actualidad, que destina su Título IX a la regulación “De los Jueces Árbitros”.¹⁶

La regulación del arbitraje doméstico, de esta forma, se encuentra contenida principalmente en el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, que se ha mantenido prácticamente inalterados en esta materia desde que fueron promulgados.¹⁷ En general, sus disposiciones se refieren en conjunto a los tribunales arbitrales, a sus clases, requisitos, su nombramiento y constitución, los asuntos que deben, pueden y no pueden conocer, sus obligaciones, la manera como deben proceder a los acuerdos, los recursos que pueden interponerse contra sus sentencia, su recusación y las causales que ponen fin al compromiso.¹⁸

Sin perjuicio de lo anterior, se debe destacar que Chile carece de una regulación del arbitraje doméstico como institución de características propias. En este sentido, autores como Vásquez correctamente observan que “el legislador sólo se ha ocupado de normar algunos de sus elementos, más no del

15 Ibid.

16 Patricio Aylwin Azócar, *El Juicio Arbitral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 74-75.

17 Sin perjuicio que existen otras leyes especiales que contienen disposiciones relacionadas con el instituto arbitral, alguna de las cuales veremos en los capítulos siguientes.

18 Patricio Aylwin Azócar, *El Juicio Arbitral* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 74.

arbitraje propiamente tal, lo que sin duda se proyecta en la visión que normalmente se ha predicado sobre el arbitraje al verlo de una manera simplificada, es decir, como un juicio de carácter procesal-judicial”.¹⁹

La falta de actualización y regulación propia es responsable, en gran medida, que el arbitraje doméstico se destaque por su formalismo y rigidez; hoy atenuado por el arbitraje institucional y sus reglamentos, a través de los cuales se permite a los usuarios acomodar las bases del procedimiento arbitral a sus necesidades particulares.

3.1.2. Arbitraje comercial internacional

El arbitraje comercial internacional, por el contrario, aunque por varias décadas presentó un vacío legislativo importante, hoy se encuentra regulado por una ley que permite un arbitraje flexible y desformalizado. En efecto, hasta el año 2004

el arbitraje internacional no estaba regulado específicamente en la legislación chilena; de manera que cuando él tenía lugar en el territorio nacional, se aplicaban las normas del Código de Procedimiento Civil y del Código Orgánico de Tribunales que regulan el arbitraje doméstico.²⁰

Sin embargo, el 29 de septiembre de 2004 entró en vigor Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (“LACI”). Esta ley responde a una iniciativa conjunta del Colegio de Abogados de Chile A.G., el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio A.G. y se basó en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.²¹ Con su aprobación, se dio origen al sistema dualista referido precedentemente, cuyo estatuto normativo específico para el arbitraje comercial internacional se funda en la LACI y en las disposiciones contenidas en la Convención de Nueva York²² y otros acuerdos internacionales.²³

19 María Fernanda Vásquez Palma, *Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional* (Santiago: Legal Publishing, 2018), 107.

20 La principal motivación del Ejecutivo al presentar el proyecto para regular el arbitraje internacional, tal como quedó recogida en el Mensaje que dio inicio a la tramitación de la LACI, fue la insuficiencia e inadecuación de las normas internas de arbitraje para casos internacionales: “[c]onsiderando que las normas internas actuales, por estar concebidas para un arbitraje de derecho interno, son inadecuadas para los casos internacionales, es posible concluir que hay un vacío legal del derecho chileno que es necesario llenar en materia de arbitraje comercial internacional. En efecto, las normas del derecho chileno a propósito del arbitraje comercial internacional son claramente insuficientes y no recogen el carácter particular y específico del derecho del arbitraje en materia internacional. Esta insuficiencia e inadecuación normativa es doble, pues dice relación tanto con el carácter comercial del arbitraje como con su internacionalidad”.

21 Así lo corroboró el mismo Ejecutivo, al señalar que “[d]ebe destacarse que el proyecto propone el texto de la Ley Modelo sin mayores cambios o modificaciones. Ello parece absolutamente necesario para obtener la uniformidad que pretende la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. También resulta indispensable para conseguir la aceptación internacional al deseo de los centros arbitrales chilenos de transformarse en centros arbitrales internacionales”.

22 La Convención de Nueva York fue aprobada por Chile mediante Decreto Ley N° 1.095 del Ministerio del Interior, el 31 de julio de 1975, ratificada el 4 de septiembre de 1975 y promulgada mediante Decreto Supremo N° 664 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 2 de octubre de 1975, publicado en el Diario Oficial el 30 de octubre del mismo año.

23 En particular, (i) Código de Derecho Internacional Privado, suscrito el 29 de febrero de 1928, ratificado el 14 de junio de 1933 y promulgado mediante Decreto Ley N° 374 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 10 de abril de 1934, publicado en el Diario Oficial el 25 de abril del mismo año; (ii) Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, suscrita el 30 de enero de 1975 y ratificada mediante el Decreto Ley N° 1.376 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 18 de marzo de 1976, publicado en el Diario Oficial el 8 de abril del mismo año; y (iii) Acuerdo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados Partes del Mercosur y la República de Bolivia y la República de Chile suscrito el 5 de julio de 2002, ratificado el 9 de enero de 2009 y promulgado mediante Decreto Ley N° 71 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 24 de abril de 2009, publicado en el Diario Oficial el 7 de agosto del mismo año. No incluimos el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965 ni los tratados bilaterales de inversión suscritos por Chile, en atención a que forman parte de un estatuto normativo especial aplicable al arbitraje de inversiones.

Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales

El ámbito de aplicación material de la LACI está regulado en sus artículos 1 y 2. La primera norma señala que esta ley se aplica al “arbitraje comercial internacional” y describe los casos en que un arbitraje se reputa como internacional: cuando las partes tienen, al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje, sus establecimientos en Estados diferentes; cuando el lugar del arbitraje, el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tiene una relación más estrecha está ubicado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos; o cuando las partes han convenido expresamente que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

El artículo 2 letra e) describe la expresión “comercial” como referida a todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no, incluyendo diversas formas de cooperación industrial o comercial y señala varios ejemplos de actos comerciales. En relación con la expresión “comercial”, el Mensaje de la LACI señaló que los textos de derecho uniforme elaborados en materia de comercio internacional se orientan actualmente en el sentido de dar una interpretación amplia a dicho término, para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole mercantil, contractuales o no; de modo que tiene una acepción y enfoque diferentes a las del derecho interno.²⁴ Asimismo, precisó que la referida expresión “es distinta y mucho más amplia que el concepto de actos de comercio que consagra el Código de Comercio. No puede recurrirse, en consecuencia, al Art. 3° del mismo para dicha interpretación”.²⁵

En relación con la internacionalidad del arbitraje, el Ejecutivo observó que resultaba indispensable contar en un sistema jurídico con reglas que establecieran criterios claros de calificación jurídica de la misma.²⁶ Asimismo, advirtió que el “reconocimiento a la autonomía de la voluntad [en la LACI] tiene límites en cuanto no podría declararse internacional una controversia que no tenga efectivamente algún elemento extranjero de cierta relevancia o contravenga normas de orden público, como por ejemplo, las relativas a la protección del consumidor”.²⁷

La Excelentísima Corte Suprema en el caso “Marlex Limitada con European Industrial Engineering”,²⁸ estimó que, para que un caso tenga carácter internacional, debe contener un elemento extranjero relevante: “no todo elemento extranjero transforma el caso en internacional, sino que es menester que las consecuencias de los hechos demanden una reglamentación que corresponda a su carácter internacional. Por consiguiente, para que se trate de un auténtico caso de derecho internacional, ese elemento extranjero debe ser relevante, esto es, importante o significativo”.²⁹

En procedimientos posteriores de ejecución de sentencias arbitrales, la Excelentísima Corte Suprema ha aseverado que, para reconocer carácter internacional a un contrato, “resulta indispensable que sea posible la aplicación de distintos sistemas jurídicos, en especial por el desplazamiento de un Estado a otro para el cumplimiento de la prestación o que las partes se encuentren localizadas en el territorio de diferentes países. Se conjugan aspectos formales como materiales en la calificación de internacional de

24 Mensaje de S.E. el Presidente de la República, p. 7.

25 Ibid., p. 9.

26 Ibid., p. 7.

27 Ibid., p. 9.

28 Rol N° 2026-2007, Excelentísima Corte Suprema, 28 de julio de 2008.

29 Ibid.



un negocio jurídico, siendo el de mayor importancia la concurrencia de distintos ordenamientos jurídicos en la regulación de sus elementos y la competencia de sus sistemas judiciales”.³⁰

Finalmente, cabe señalar que la LACI se aplica sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.³¹ Asimismo, su artículo 1 N° 5 señala que esta ley “no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”.

El artículo 1 de la LACI, además de referirse al ámbito material de aplicación, abarca también el aspecto territorial, estableciendo que ella se aplica sólo si el lugar del arbitraje se encuentra en territorio nacional; con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, que rigen con independencia de la sede del arbitraje.³²

En relación con el lugar del arbitraje, el artículo 20 N° 1 de la LACI señala que las partes podrán fijarlo libremente y, en caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral deberá determinarlo atendidas las circunstancias del caso. Por otra parte,

en conformidad con el numeral 2 del mismo artículo, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos. Así lo corroboró la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en el caso “Ann Arbor Foods S.A. con Domino’s Pizza Internacional”.³³

En relación con la aplicación temporal de la LACI, en la causa “D’Arcy Masius Benton & Bowles Inc. Chile Ltda. con Otero Lathrop”³⁴ se discutió ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago si aquella podía extenderse a contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor. Dicha Corte resolvió que la fecha de celebración del contrato en el que se encuentra inserta una cláusula arbitral es irrelevante para determinar la aplicación de la LACI: “por ser la Ley 19.971 de carácter netamente procesal rige desde el momento de su entrada en vigencia y las normas del Código de Procedimiento Civil y otras que regulaban estas materias al momento de celebrarse el contrato, no están comprendidas, en caso alguno, dentro de las que deben entenderse incorporadas al contrato a la fecha de su celebración”.³⁵ La misma Corte, en la causa “D’Arcy Masius Benton & Bowles

30 “Stemcor UK Limited”, Rol N° 1724-2010, Excelentísima Corte Suprema, 21 de junio de 2010; “Kreditanstalt Für Wiederaufbau”, Rol N° 5228-2008, Excelentísima Corte Suprema, 15 de diciembre de 2009; “Comverse Inc.”, Rol N° 3225-2008, Excelentísima Corte Suprema, 8 de septiembre 2009.

31 Artículo 1 N° 1 de la LACI.

32 Que se refieren a la obligación de remisión al arbitraje de los tribunales ordinarios, la adopción de medidas provisionales de parte de los mismos y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

33 La recurrente de nulidad impugnó el laudo por no respetar la sede del arbitraje. Señaló que el árbitro habría infringido el artículo 20 de la LACI, toda vez que, según su interpretación, éste obliga al tribunal arbitral “a reunirse con las partes en el lugar del arbitraje, para oír testigos, peritos y partes, y el solo oyó a los testigos, en lo demás se mantuvo en México sin cumplir su obligación de despacho en la ciudad de Santiago”. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago desestimó esta causal fundada en que, según el reglamento de arbitraje pactado por las partes, el tribunal arbitral podía deliberar en cualquier lugar que considerase apropiado y en el hecho que se consolidó la relación procesal al comparecer la recurrente en la sede compromisaria, convalidando la competencia de dicho tribunal.

34 “D’Arcy Masius Benton & Bowles Inc. Chile Ltda. con Otero Lathrop”, Rol N° 865-2006, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de mayo de 2006.

35 Ibid. En esta sentencia la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago desestimó un recurso de hecho que incidía en una resolución dictada por un árbitro de derecho designado por el Presidente del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, el cual estaba fundado en que las normas de la LACI no eran aplicables, por ser su vigencia posterior a la fecha de celebración del contrato.

Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales

Inc. Chile Ltda. con Jorquiera”,³⁶ sostuvo que la fecha de solicitud del arbitraje es la determinante a la hora de establecer la aplicación de la LACI.³⁷

Finalmente, la Convención de Nueva York, según es sabido, regula fundamentalmente el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras y acuerdos de arbitraje. Resulta relevante recordar que, en el caso de Chile, la Convención de Nueva York se aplica a todas las sentencias arbitrales extranjeras y no solo a aquellas dictadas en el territorio de un Estado Contratante; toda vez que Chile no formuló la reserva de reciprocidad establecida en el artículo I N° 3 de la referida convención.

En definitiva, ambos sistemas, doméstico y comercial internacional, se comportan de manera independiente; procurando que ninguno interfiera en el otro, salvo contadas excepciones.³⁸

3.2. Organización administrativa del Estado

Para abordar los casos en los cuales el Estado chileno y sus entidades pueden participar como parte de un arbitraje, primero debemos establecer cómo se organiza. Evidentemente, a estos efectos se admiten múltiples clasificaciones, por lo que nos centraremos solo en una que permite identificar las entidades que conforman la denominada Administración del Estado.

Los sistemas de organización administrativa se encuentran regulados en Chile principalmente en la Constitución Política de la República (“Constitución”) y en la ley orgánica constitucional 18.575 sobre

Bases Generales de la Administración del Estado (“Ley de Bases”).³⁹

La Constitución contempla una organización administrativa bastante difusa, sin que exista un párrafo o título que la trate en forma ordenada y coherente.⁴⁰ En lo que nos interesa, el Capítulo I -sobre Bases de la Institucionalidad- dispone en su artículo 3 que “[e]l Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley”. El Capítulo IV, sobre el Gobierno, establece en su artículo 24 que “[e]l Gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”.

Lo anterior debe ser complementado con el artículo 33, que estatuye a los Ministros de Estado como “colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado”. También, el párrafo III de este mismo capítulo, que trata las Bases Generales de la Administración del Estado, encomienda en el artículo 38 a una ley orgánica constitucional la determinación de la organización básica de la Administración Pública, que entre nosotros es la Ley de Bases.

Finalmente, resultan relevantes las disposiciones de los Capítulos X al XIV de la Constitución, destacándose este último por referirse particularmente al Gobierno y Administración del Estado. Desde una perspectiva territorial, se divide en regiones, estas en provincias, y las últimas a su vez en comunas para los efectos

36 “D’Arcy Masius Benton & Bowles Inc. Chile Ltda. con Jorquiera”, Rol N° 88-2006, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de mayo de 2006.

37 Ibid.

38 Alejandro Romero y José Ignacio Díaz, *El Arbitraje Comercial Interno y Comercial Internacional* (Santiago: Ediciones UC, 2016), 10.

39 Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General* (Santiago: Legal Publishing Chile, 2014), 400.

40 Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago: Legal Publishing Chile: 2009), 117.

de la administración local. A su vez, se estatuye un gobierno regional a cargo de un intendente, una administración regional a cargo de un gobierno regional, el gobierno y administración provincial a cargo un gobernador, y una administración comunal que reside en la municipalidad.

En atención a esta organización y a las demás disposiciones pertinentes de la Constitución, la Ley de Bases establece en su artículo 1 que “[l]a Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República,⁴¹ el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”.

150

La referencia que la Ley de Bases hace a las empresas públicas creadas por ley requiere ser precisada para evitar equívocos, pues dentro de las denominadas “empresas estatales” se suele distinguir entre las “Empresas del Estado” y las denominadas “Sociedades del Estado”. Esta distinción, como veremos en la sección siguiente, es importante al momento de analizar la libertad que cada una tiene para someter resolver sus controversias mediante arbitraje.

La posibilidad del Estado para desenvolverse en la actividad económica se encuentra expresamente autorizada por el artículo 19 N° 21 inciso 2° de la

Constitución, el cual establece que “el Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Las denominadas Empresas del Estado, en consecuencia, corresponden a personas jurídicas estatales de derecho público, que integran la Administración del Estado y se constituyen por ley para permitirle desarrollar una determinada actividad económica con el objeto de satisfacer necesidades públicas.⁴² Lo que las caracteriza entonces, es que se rigen por el derecho público desde una perspectiva organizativa, pero por el derecho común en el desarrollo de sus actividades económicas y sus relaciones comerciales con los privados, salvo ley en contrario. Por esta razón, la Contraloría General de la República las ha definido como “entidades creadas por ley que tienen personalidad jurídica de derecho público distinta y separada del Fisco; cuentan con un patrimonio propio que originalmente está constituido por fondos públicos y han sido dotadas de autonomía para gestionar el mismo”.⁴³

Las Sociedades del Estado, por otra parte, corresponden a personas jurídicas de derecho privado constituidas por un órgano que forma parte de la Administración del Estado o en las que estos tienen una participación relevante. Así lo confirma también la Contraloría General de la República, quien

41 La Contraloría General de la República es un órgano perteneciente a la Administración del Estado encargada de su control administrativo externo y de la fiscalización de la legalidad de los actos del resto de los órganos administrativos. Para la realización de su labor fiscalizadora, la Contraloría cuenta con diversas herramientas, como la emisión de dictámenes, que no es sino la jurisprudencia administrativa a la que los órganos de la administración del Estado le deben observancia y obediencia (Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General* (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 487, 488 y 508).

42 Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago: Legal Publishing Chile: 2009), 200.

43 Jorge Bermúdez Soto, *Derecho Administrativo General* (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 423.

las ha considerado como “empresas privadas del Estado, comprendiendo las empresas, sociedades o entidades privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción o, en las mismas condiciones, representación o participación”.⁴⁴

La posibilidad de los órganos de la Administración del Estado para participar en este tipo de empresas se reconoce indirectamente en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, citado precedentemente, y expresamente en el artículo 6 de la Ley de Bases. Dispone este último que “[e]l Estado podrá participar y tener representación en entidades que no formen parte de su Administración sólo en virtud de una ley que lo autorice, la que deberá ser un quórum calificado si esas entidades desarrollan actividades empresariales. Las entidades a que se refiere el inciso anterior no podrán, en caso alguno, ejercer potestades públicas”.

De esta manera, las Empresas del Estado -y no las Sociedades del Estado- forman parte de su administración. Las últimas, por el contrario, en atención a que son creadas de acuerdo con el derecho común, se rigen por las mismas normas que regulan a las sociedades constituidas por los particulares.

3.3. El principio de juridicidad como limitación a la Administración del Estado

Tanto los privados como el Estado y sus entidades deben observar y respetar el ordenamiento jurídico chileno, encabezado jerárquicamente por la Constitución.

Para los privados, esta obligación supone principalmente un deber negativo o de abstención, conforme al cual deben procurar no contravenir en su actuar la normativa legal vigente. En otras palabras, se encuentran autorizados para hacer todo aquello que la ley no prohíbe expresamente; desenvolviéndose así con gran libertad y dando origen a un sinfín de negocios jurídicos al amparo de su autonomía y libertad contractual.

La actuación de la Administración del Estado, por el contrario, es sustancialmente más restringida. En efecto, debe someterse al denominado principio de juridicidad o legalidad, que en Chile se encuentra consagrado y recibe aplicación directa en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución. La primera de estas normas dispone en su inciso 1° que “[l]os órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”. Por su parte, del artículo 7 señala que “[l]os órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

En la misma línea, la Ley de Bases establece en su artículo 2 que “[l]os órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

⁴⁴ Ibid., 428.

Como ya se puede anticipar, el principio de juridicidad adquiere especial importancia al momento de analizar la participación del Estado o sus entidades en el arbitraje. En efecto, esta participación viene dada, en primer término, por la posibilidad que tienen los organismos que la integran para someterse válidamente a la jurisdicción arbitral; lo que ordinariamente ocurre mediante la celebración del acuerdo de arbitraje, sin perjuicio de los casos en que la propia ley constituye su fuente inmediata.

Con base en la normativa citada y a diferencia de lo que ocurre en la forma de actuación de los privados, tratándose de un acto de un órgano de la Administración del Estado, la mera voluntad del jefe del servicio respectivo es ineficaz si dicho organismo no se encuentra debidamente autorizado por una ley en forma previa.⁴⁵ De lo contrario, el acto celebrado, dentro de los cuales se incluye el acuerdo de arbitraje, podrá adolecer de nulidad de derecho público; que entre nosotros se caracteriza por operar de pleno derecho, ser insanable e incluso imprescriptible.⁴⁶ Así lo establece expresamente el artículo 7 inciso 3° de la Constitución al señalar que “[t]odo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”.⁴⁷

La necesidad por parte de la Administración del Estado de observar estrictamente el principio de juridicidad al momento de someter sus disputas a arbitraje ha sido sistemáticamente ratificada por la Contraloría General de la República. Por ejemplo, examinando las bases administrativas de una licitación pública efectuada por una entidad que forma parte de la Administración, el órgano contralor señaló:

“[t]ampoco procede estipular, para la sociedad o sociedades que eventualmente se constituyan con SERVIU, que cualquier discrepancia entre los socios será resuelta por árbitros arbitradores, porque no existe norma legal o reglamentaria que permita a ese servicio someterse a arbitraje”.⁴⁸

Asimismo, conociendo de una consulta formulada por un particular respecto de un contrato celebrado con el Ministro de Energía, referida a la fuerza obligatoria de la opinión del experto que acordaron para dirimir sus controversias, la Contraloría General de la República dictaminó que “[l]os organismos públicos requieren de una autorización legal y expresa para someter a arbitraje los conflictos en que sean parte, lo que no ocurre respecto del Ministerio de Energía. De esta forma, considerando lo expuesto, es dable sostener que lo concluido por el experto sólo constituye una opinión que no resulta vinculante para las partes, siendo del caso tener presente que el Ministerio de Energía no pudo haber sometido sus controversias a arbitraje ya que no hay texto legal que lo habilite para tal efecto”.⁴⁹

En el sentido inverso, ante la existencia de la norma habilitante, la Contraloría General de la República ha visado la participación de entidades estatales en arbitrajes: “[e]n relación con el asunto planteado cabe considerar que los artículos 117 y siguientes del citado decreto con fuerza de ley N° 1, han establecido un sistema de arbitraje para resolver los conflictos entre los beneficiarios y FONASA, entregando al efecto una jurisdicción especial a los órganos de la Superintendencia de Salud”.⁵⁰

45 Ibid., 89-103.

46 Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales* (Santiago: Legal Publishing Chile: 2009), 200.

47 También lo reafirma el artículo 2 de la Ley de Bases, citado precedentemente.

48 Dictamen N° 001682N94, Contraloría General de la República, 14 de enero de 1994.

49 Dictamen N° 011398N17, Contraloría General de la República, 4 de abril de 2017.

50 Dictamen N° 039253N13, Contraloría General de la República, 21 de junio de 2013.

Por último, la jurisprudencia de este mismo órgano indica que la limitación impuesta por el principio de juridicidad a la Administración del Estado, también se extiende a otros mecanismos alternativos de solución de controversias que no implican el ejercicio de facultades jurisdiccionales, tales como la mediación. En este sentido la Contraloría General de la República, conociendo de una consulta sobre la posibilidad de mediar una disputa que tenía como parte a una entidad pública, dictaminó que “los organismos públicos -entre los cuales se encuentra el SERVIU Metropolitano- requieren de una autorización legal y expresa para someter a arbitraje los conflictos en que sean parte, criterio que, en virtud del principio de juridicidad, cabe hacer extensivo a los procedimientos de mediación.

Enseguida, [...] no se advierte la existencia de disposición alguna que habilite a dichas reparticiones para someter sus controversias a arbitraje, como tampoco de una que las faculte para sujetarlas a un proceso de mediación. Por lo anterior, y habida consideración del señalado principio de juridicidad que conforme a lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, rige a las entidades administrativas, cabe concluir que resulta improcedente que el SERVIU Metropolitano someta a arbitraje o a mediación la controversia de que se trata”.⁵¹

Por todo lo anterior, el principio de juridicidad podría considerarse como un primer obstáculo para que el Estado y sus entidades puedan resolver sus disputas con privados mediante arbitraje; toda vez que requerirán de una norma habilitante que las autorice previamente a celebrar el respectivo acuerdo de arbitraje.

4. Estudio particular de la participación de la Administración del Estado como parte de un arbitraje

4.1. Arbitraje doméstico

Corresponde analizar a continuación si el ordenamiento jurídico interno contempla casos en los cuales se permite o prohíbe expresamente a la Administración del Estado someter a arbitraje local sus disputas.

Lo primero que debemos destacar es que el Derecho arbitral chileno “no delimita su ámbito de aplicación subjetivo, esto es, las personas que pueden participar en este instituto, por lo que, en principio, sería factible que la administración del Estado pudiera someterse a un arbitraje [...]”.⁵² En otras palabras, aunque el ordenamiento jurídico chileno carece de una norma jurídica con carácter general que autorice a la Administración a arbitrar sus disputas domésticas, tampoco contempla una disposición que lo prohíba a todo evento. Lo anterior no se ve modificado por el principio de juridicidad analizado precedentemente. Correctamente entendido, este no constituye una prohibición absoluta y definitiva para que la Administración del Estado participe en un arbitraje, configurándose más bien como un requisito adicional y previo que sus entidades deben cumplir para obrar válidamente en el ordenamiento jurídico.

El primer impedimento, en consecuencia, vendría dado por los denominados arbitrajes prohibidos; que corresponden a casos en donde la propia ley declara inarbitrables ciertos asuntos en atención a su naturaleza, generalmente por existir un interés público comprometido o versar sobre materias no

51 Dictamen N° 052185N12, Contraloría General de la República, 20 de agosto de 2012.

52 María Fernanda Vásquez Palma, Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional (Santiago: Legal Publishing, 2018), 680.

patrimoniales.⁵³ Aunque estos suelen estudiarse en relación con las disputas que resultan inarbitrables para los privados, su aplicación a las entidades de la Administración del Estado resulta obvia a la luz del principio de juridicidad que están llamadas a observar.

En particular, los artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales disponen, respectivamente, que “[n]o podrán ser sometidas a la resolución de árbitros las cuestiones que versen sobre alimentos o sobre derecho de pedir separación de bienes entre marido y mujer” y “[t]ampoco podrán someterse a la decisión de árbitro las causas criminales, las de policía local, las que se susciten entre un representante legal y su representado, y aquellas en que debe ser oído el fiscal judicial [...]”. Tratándose del arbitraje con la Administración del Estado, adquieren particular relevancia las causas en las que deba ser oído el fiscal judicial. En efecto, dentro de ellas se encuentran, por ejemplo, los juicios de hacienda; en los cuales el Fisco tiene un interés y cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios de justicia.⁵⁴

También constituirían un impedimento las hipótesis en que la ley remite ciertas materias a tribunales domésticos específicos. Así, por ejemplo, la mayoría de las materias en las cuales debe ser oído el fiscal judicial tienen a su vez asignado un tribunal estatal determinado para su conocimiento.⁵⁵

Finalmente, una tercera limitación vendría dada por el concepto de orden público, que imposibilitaría a la Administración del Estado arbitrar aquellas materias en que exista un claro interés público comprometido. El artículo 1462 del Código Civil establece que “[h]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene al orden público chileno”, por lo cual un acuerdo de arbitraje que lo infrinja sería sancionado entre nosotros con nulidad absoluta. En todo caso, cabe apuntar que a este concepto debe atribuírsele un alcance y contenido restringido, consistente con el respeto y promoción del arbitraje; de manera que solo son inarbitrables las materias que evidentemente van más allá de la disponibilidad de las partes.⁵⁶

Analizadas las posibles limitaciones establecidas por el ordenamiento jurídico chileno para que la Administración del Estado pueda arbitrar sus controversias, es fundamental señalar que también existen casos en que se contempla el recurso arbitral como un medio a disposición de ciertas entidades estatales para resolver sus controversias con privados. A dos de ellos dedicaremos los párrafos siguientes, sin perjuicio de existir otro que por su menor relevancia no analizaremos.⁵⁷

4.4.1. Contrato de concesión de obra pública

En Chile el contrato de concesión de obra pública se conceptualiza como “aquel en que el Estado entrega a particulares la ejecución, conservación y

53 Alejandro Romero y José Ignacio Díaz, *El Arbitraje Comercial Interno y Comercial Internacional* (Santiago: Ediciones UC, 2016), 16.

54 El artículo 748 del Código de Procedimiento Civil señala que “Los juicios en que tenga interés el Fisco y cuyo conocimiento corresponda a los tribunales ordinarios, se substanciarán siempre por escrito, con arreglo a los trámites establecidos para los juicios del fuero ordinario de mayor cuantía, salvo las modificaciones que en los siguientes artículos se expresan”.

55 María Fernanda Vásquez Palma, *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia* (Santiago: Legal Publishing, 2009), 447.

56 *Ibid.*, 681.

57 Existe otro caso en la ley 19.420 sobre incentivos para el desarrollo económico de las provincias de Arica y Parícuta, que dispone juicio de arbitadores para las controversias suscitadas entre el Ministerio de Hacienda y las personas jurídicas o naturales que se hayan adjudicado el proceso de licitación respectivo.

explotación de una obra pública fiscal, constituida sobre bienes nacionales de uso público o fiscales, sujeto a un plazo determinado, en que el pago de la inversión y costos operacionales son de cargo del concesionario, lo que puede ser complementado por un sistema de aporte o pagos del Estado al concesionario”.⁵⁸

A partir de la década de los noventa, esta forma de asociación público-privada ha permitido el desarrollo de infraestructura que de otra forma no habría sido posible realizar. En concreto, durante sus más de 20 años de historia, este régimen ha permitido al Estado chileno celebrar más de 82 contratos con inversionistas locales y extranjeros, logrando la construcción de más de 3.000 kilómetros de autopistas y la gestión de 11 terminales aeroportuarios, con una inversión comprometida acumulada de aproximadamente 19.000 millones de dólares.⁵⁹

Considerando el monto de las inversiones que suponen estos contratos, su larga duración, y la susceptibilidad propia de la industria para dar origen a disputas entre el mandante de una obra y su contratista, un elemento al cual los inversionistas otorgan gran importancia es el mecanismo de resolución de controversias que ofrece el contrato de concesión. Por esta razón, la Ley de Concesiones de Obra Pública, promulgada en 1996 mediante el Decreto N° 900 del Ministerio de Obras Públicas, contempló el arbitraje dentro de las posibilidades del concesionario para solucionar sus controversias con el Ministerio de Obras Públicas.⁶⁰

La Ley de Concesiones de Obra Pública fue modificada sustancialmente en el año 2010, incluyendo lo relativo a solución de controversias. De hecho, fue uno de los aspectos más discutidos durante su tramitación legislativa y hoy, su texto final, tampoco ha dejado de estar exento de controversias y discrepancias entre los actores del mercado y la doctrina especializada.⁶¹

Debido a esta modificación legislativa, las controversias y reclamaciones surgidas entre la autoridad y el concesionario se rigen por normas de resolución de controversias distintas, dependiendo si los respectivos contratos de concesión fueron celebrados o no con anterioridad a la enmienda legal.

En el primer caso, las disputas entre concesionario privado y la autoridad deben ser sometidas inicialmente a una Comisión Conciliadora compuesta de tres miembros; dos designados por cada parte y el tercero presidente por ambas conjuntamente o, a falta de acuerdo, por el Presidente de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago. Lo característico de esta comisión es que, de no llegar las partes a un acuerdo, el concesionario se encuentra facultado para solicitar la constitución de esta comisión, integrada por los mismos miembros, con el carácter de tribunal arbitral. Desde ese momento en adelante, es ella la llamada a resolver la controversia mediante sentencia definitiva respecto de la cual no procede recurso alguno, detentando sus miembros para estos efectos la calidad de árbitros arbitradores (o de equidad).⁶²

58 Víctor Ríos Salas y Carlos Molina Zaldívar, *Derecho de la Construcción* (Santiago: O'Print Impresores S.A., 2016), 62 y 63.

59 José Miguel Torres Villarroel, Juan Eduardo Chackiel Torres, Nicolás Riveros Neira y Pablo Hernández Martínez, *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años* (Santiago: Gráfika, 2016), 7 y 8.

60 Cuyo texto fue refundido, coordinado y sistematizado por el DFL MOP N° 164 de 1991.

61 José Miguel Torres Villarroel, Juan Eduardo Chackiel Torres, Nicolás Riveros Neira y Pablo Hernández Martínez, *Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años* (Santiago: Gráfika, 2016), 52

62 Víctor Ríos Salas y Carlos Molina Zaldívar, *Derecho de la Construcción* (Santiago: O'Print Impresores S.A., 2016), 365.

La modificación legal del año 2010 reemplazó las antiguas Comisiones Conciliadoras por un Panel Técnico integrado por dos abogados, dos ingenieros y un especialista en ciencias económicas o financieras; que permanecen en sus funciones durante seis años. Sin perjuicio que sus decisiones mantuvieron un carácter no vinculante para las partes, se distinguen de las comisiones conciliadoras en diversos aspectos, de los cuales debemos destacar al menos dos.

El primero se relaciona con la naturaleza de las disputas que pueden ser sometidas a su conocimiento, limitándose únicamente a discrepancias que revistan carácter técnico o económico y que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato. Por otra parte, se le encomendó como función propia el emitir una recomendación de carácter técnico a las partes, luego de estudiar y analizar los antecedentes allegados al proceso y escuchar las alegaciones de las partes. Es decir, aunque se mantuvo como finalidad del proceso el facilitar un acuerdo entre ellas, este ya no se efectúa a través de un procedimiento propiamente de mediación, sino más bien bajo uno que se asimila al de los conocidos *dispute boards*.

La enmienda legislativa también efectuó profundos cambios a la Comisión Arbitral. Por una parte, se modificó la forma en que se realiza su nombramiento, reemplazando los representantes de las partes por tres miembros que estos designan de común acuerdo o, a falta de este, por sorteo efectuado por el Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Todos ellos deben ser profesionales universitarios, al menos dos abogados, incluyendo a su presidente, y el último ligado a la economía, ingeniería o la construcción.⁶³

En cuanto a las materias sometidas a su decisión, el artículo 36 bis de nueva ley dispone que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago. En este sentido, establece que el Ministerio de Obras Públicas sólo podrá recurrir ante la Comisión Arbitral una vez que se haya autorizado la puesta en servicio definitiva de la obra, salvo la declaración de incumplimiento grave a que se refiere el artículo 28, la que podrá ser solicitada en cualquier momento. Los aspectos técnicos o económicos de una controversia podrán ser llevados a conocimiento de la Comisión Arbitral, o de la Corte de Apelaciones, sólo cuando hayan sido sometidos previamente al conocimiento y recomendación del Panel Técnico.

Finalmente, el cambio de mayor trascendencia radicó en la calidad con la que deben actuar los árbitros, pasando de arbitradores a árbitros mixtos, es decir, arbitradores en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo. Lo anterior, sin perjuicio de mantener la facultad de apreciar la prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica. Parte de la doctrina percibe positivamente esta modificación, por cuando otorga a las partes mayor certeza jurídica y protege en mayor medida la intangibilidad del contrato de concesión. Sin embargo, para otros limita las facultades de la Comisión Arbitral para proteger a las partes -y particularmente al concesionario- ante situaciones que requieren una aplicación más laxa de la normativa, por ejemplo, ante un importante desequilibrio económico del contrato de concesión.⁶⁴

63 Los miembros abogados provienen de una nómina elaborada por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, mientras que el restante de otra confeccionada por el Honorable Tribunal de la Libre Competencia.

64 María Fernanda Vásquez Palma, Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional (Santiago: Legal Publishing, 2018), 685.

Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales

La Ley de Concesiones de Obra Pública también ha sido objeto de críticas en atención a su régimen recursivo. En efecto, cuando se recurre ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la sentencia pronunciada por esta última puede ser impugnada mediante recurso de apelación ante la Excelentísima Corte Suprema. Por el contrario, el laudo emitido por la Comisión Arbitral no es susceptible de recurso alguno, generándose así una asimetría respecto de una misma y única controversia, simplemente en atención a la vía optada para resolverla.⁶⁵

Finalmente, esta comisión ha sido cuestionada en cuanto a su naturaleza arbitral, desde una doble perspectiva. Por una parte, se le critica el hecho de que la propia ley sea quien la consagre, oponiéndose así al arbitraje entendido como una criatura emanada del acuerdo de voluntades de las partes. Por la otra, se cuestiona su autonomía respecto de la Administración del Estado, pues en definitiva es la autoridad la que elabora las nóminas de sus integrantes, pudiendo las partes -y particularmente el concesionario- escoger exclusivamente de entre sus miembros.⁶⁶

4.4.2. Financiamiento urbano compartido

El segundo caso en que la ley faculta a ciertos organismos de la Administración de Estado a someterse a arbitraje se encuentra en la Ley 19.865 sobre financiamiento urbano compartido de abril de 2003. Siguiendo el modelo de asociación público-privado de la Ley de Concesiones de Obra Pública, esta ley permite a los Servicios de Vivienda y Urbanización y las Municipalidades celebrar con terceros contratos de participación, destinados a la

adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá consistir en otorgar a aquellos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras.

Conforme al artículo 21 del mismo cuerpo legal, las controversias que se produzcan entre las partes con motivo del contrato de participación se someterán al conocimiento y resolución de una Comisión Conciliadora, integrada por un profesional designado por el Director del Serviu o la Municipalidad, según corresponda, un profesional designado por el participante y otro nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. A falta de acuerdo, este último será designado por el juez de letras competente.

Una particularidad de esta ley es que los integrantes de la Comisión Conciliadora deben ser designados dentro del plazo de 60 días contado desde la suscripción del contrato, sin perjuicio de que puedan ser reemplazados cuando ello sea necesario o se estime conveniente. Por otra parte, es la propia Comisión Conciliadora quien determina sus normas y procedimientos, debiendo contemplar, en todo caso, la audiencia de las partes y los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que éstas aporten, el modo en que se le formularán las solicitudes y el mecanismo de notificación que utilizará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte.

Finalmente, al igual que las antiguas comisiones conciliadoras de la Ley de Concesiones de Obra Pública, esta tiene como finalidad buscar la conciliación entre las partes, formulando proposiciones para ello.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid., 686.



En caso de que no se produzca acuerdo dentro de un plazo de 30 días, cualquiera de las partes puede solicitar que se constituya en Tribunal Arbitral, que, actuando como árbitro arbitrador, resolverá la controversia mediante sentencia arbitral; susceptible de ser impugnada mediante recursos de apelación y de casación en la forma.

4.2. Arbitraje comercial internacional

En el ámbito del arbitraje comercial internacional, la posibilidad de que el Estado y sus entidades puedan ser parte de un arbitraje se amplía considerablemente.

Por una parte, el desarrollo en Chile de un concepto de orden público internacional más laxo que el aplicable al ámbito doméstico, tanto desde una perspectiva procesal como sustantiva, atenúa las posibles limitaciones en materia de arbitrabilidad impuestas por el orden público. En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en la sentencia “Vergara Varas con Costa Ramírez”, señaló que “[e]l establecimiento en el artículo 34, de una causal de nulidad basada en el orden público de Chile, hace referencia a lo que en el derecho internacional privado clásico se denomina orden público internacional”.⁶⁷

A su vez, dicha sentencia indica ejemplos de principios que componen el orden público internacional y contravenciones al mismo. Así, asevera que el orden público procesal internacional comprende las condiciones del debido proceso, el trato igualitario a las partes, la existencia de un procedimiento contradictorio, la imparcialidad del tribunal arbitral y la prohibición de fraude o corrupción

de algunos de sus miembros; mientras que el orden público sustantivo incluye la prohibición del abuso del derecho, la protección de los intereses políticos, sociales y económicos esenciales del Estado y el respeto a las obligaciones asumidas por este con otros estados u organismos internacionales.⁶⁸

Por otra parte, aunque la Administración del Estado sigue sujeta al principio de jurisdicción, en el ámbito del arbitraje comercial internacional la posibilidad de arbitrar sus disputas con privados se ve ampliada por el Decreto Ley N° 2349 del Ministerio de Hacienda de 13 de octubre de 1978 sobre contratos internacionales del sector público (“DL 2349”), que seguidamente analizáramos. Debemos adelantar, sin embargo, que su ámbito de aplicación es limitado, pues se refiere exclusivamente a contratos internacionales celebrados por ciertas entidades de la Administración del Estado. Además, solo autoriza el pacto de sumisión respecto de una jurisdicción extranjera, incluyendo la arbitral. En consecuencia, no autoriza a las partes para pactar un arbitraje con sede en Chile, lo que requerirá de otra norma legal habilitante y se regirá por las disposiciones de la LACI.

4.2.1. Antecedentes del DL 2349

El DL 2349 respondió a la necesidad que tuvo el Estado chileno, a raíz de los cambios políticos y económicos ocurridos a partir de la segunda mitad de la década de los setenta, de pactar en contratos internacionales que se celebraren con entidades extranjeras cláusulas que permitieran someterse a legislación y a tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales.

67 “Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013.

68 Ibid.

El DL 2349 se inspiró principalmente en la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 de los Estados Unidos y la *State Immunity Act* de 1978 de Inglaterra, siendo pionera en nuestra región y por muchos años la única existente en Latinoamérica. Lo anterior, sin perjuicio de que reconoció una realidad ya existente; tal como quedo fielmente reflejada en los tres considerandos esbozados por la autoridad al momento de presentar el proyecto de ley.

En efecto, en el primero de ellos se señala “[q]ue constituye una práctica comercial generalizada, cuya aplicación alcanza a nuestro país, que en los contratos internacionales relativos a negocios y operaciones de carácter patrimonial que el Estado o sus organismos, instituciones y empresas celebran con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras, cuyo centro principal de negocios se encuentra en el exterior, se inserten estipulaciones en virtud de las cuales se les sujeta a determinada legislación extranjera, se sometan las controversias que de ellos pudieran derivarse al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ordinarios o arbitrales, se pacte domicilio especial fuera del país y se establezcan mecanismos para configurar la relación procesal”.

En la misma línea, el segundo y terceros de sus considerandos afirman respectivamente “[q]ue, dentro del sistema jurídico chileno, tales estipulaciones son lícitas y en esta virtud tienen frecuente aplicación en los contratos celebrados entre particulares, siendo de advertir, además, que ellas están consagradas en el Código de Derecho Internacional Privado aprobado en la Sexta Conferencia Internacional Americana, el que rige en nuestro país desde 1934” y “[q]ue, sin perjuicio de la plena vigencia de las normas en cuya virtud los particulares pueden ejercer la libertad de estipulación, resulta de toda conveniencia regular

en nuestro ordenamiento legal, con respecto al sector público, determinadas cuestiones de la índole precedentemente considerada, precisando el ámbito de aplicación de tales estipulaciones y sus efectos. Asimismo, se hace necesario modificar algunas normas existentes, a fin de armonizarlas con dicha regulación”.

Finalmente, la doctrina señala un cuarto fundamento -de carácter económico- para la existencia de esta normativa, contenido en el considerando quinto del Decreto Supremo N° 1009 de 1978, que según veremos, regula el régimen de autorización que requiere el DL 2349.⁶⁹ Así, este señala en lo pertinente “[q]ue no es conveniente dejar al Estado, sus organismos, instituciones o empresas en situación diferente y más limitada para contratar que la que tienen los particulares cuando aquéllos actúan en el terreno patrimonial, por lo que se hace conveniente otorgar las autorizaciones en armonía con el funcionamiento de nuestro sistema económico, ya que ello tampoco limita el necesario control y fiscalización de los actos patrimoniales del Estado”.

4.2.2. Ámbito de aplicación del DL 2349

Aunque la denominación que se le otorga al DL 2349 pudiese indicar que este se aplica a todas las entidades de la Administración del Estado y respecto de la totalidad de los contratos internacionales que estas celebran, lo cierto es que su ámbito de aplicación es bastante más limitado. Como correctamente señala Picand Albónico, necesariamente deben concurrir en forma acumulativa las circunstancias subjetivas y objetivas que esta norma señala; las primeras referidas a la identidad de los contratantes del contrato internacional, y las segundas a su objeto.⁷⁰

69 Eduardo Picand Albónico, *Arbitraje Comercial Internacional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2005), 250.

70 *Ibid.*, 251.

En relación con la identidad de los contratantes, el DL 2349 en su artículo 1 declara válidos, entre otros que veremos posteriormente, “los pactos destinados a sujetar al derecho extranjero los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero, celebrados o que se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas”. A su vez, el artículo 3° aclara que se entenderán como organismos, instituciones o empresas del Estado de Chile todo servicio público, institución fiscal o semifiscal, centralizada o descentralizada, empresa del Estado y, en general, todo organismo autónomo creado por la ley, como asimismo toda entidad pública o privada en que el Estado o sus empresas tengan aportes de capital social, aun cuando se exija norma expresa para aplicarles las disposiciones legales del sector público.

Respecto del objeto del contrato, además de ser internacional, debe guardar relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero; según se desprende del artículo 1 ya citado. Aunque el DL 2349 exige estos dos requisitos objetivos, no precisa qué se debe entender por contrato internacional, ni tampoco qué tipos de negocios u operaciones tienen carácter económico o financiero. Sin embargo, se ha entendido que el carácter internacional del contrato vendría dado por los factores de conexión que lo relacionan con más de un ordenamiento jurídico nacional. Por otra parte, en relación con su carácter económico o financiero, la redacción buscaría excluir los actos de autoridad del Estado, esto es, aquellos celebrados con una finalidad pública.⁷¹

Sin perjuicio de lo anterior, no todo contrato internacional se rige por esta normativa. En efecto, el DL 2349 advierte en su artículo 7 que las estipulaciones permitidas por este -incluyendo el pacto de sumisión a una jurisdicción extranjera, según veremos- no podrán pactarse en los contratos de inversión extranjera suscritos por inversionistas y el Estado chileno al amparo del Decreto Ley 600 a efectos de garantizar la invariabilidad tributaria de la inversión. Cabe precisar, en todo caso, que dicho decreto ley fue derogado a contar del 1 de enero de 2016, pero los contratos celebrados bajo su vigencia y aún en ejecución mantienen los beneficios que este les otorga.

Finalmente, la misma norma excluye asimismo los contratos que se celebren sobre concesiones de bienes fiscales, y los actos o contratos que celebren los organismos, instituciones o empresas del Estado de Chile cuando la legislación particular por la cual se rijan excluya en forma expresa la sumisión a la ley o tribunal extranjeros, o disponga que los conflictos que de ellos deriven deban ser sometidos a la ley chilena o a tribunales nacionales.

4.2.3. Pacto de sumisión a una jurisdicción extranjera

Por cuanto tiene como propósito regular los contratos internacionales celebrados por el sector público, el DL 2349 se pronuncia expresamente sobre la validez de los pactos destinados a sujetar tales contratos a una jurisdicción extranjera y/o un derecho extranjero. Adicionalmente, permite estipulaciones mediante las cuales se renuncia a la inmunidad de ejecución, se fija un domicilio especial y se designa un mandatario en el extranjero. En atención al objeto del presente trabajo, solo trataremos la primera de estas materias.

⁷¹ Ibid., 253-255.

Antiguamente se consideraba que en Chile los pactos de sumisión a una jurisdicción extranjera podían adolecer de objeto ilícito. Lo anterior, con base en lo dispuesto en el artículo 1462 del Código Civil, que dispone: “[h]ay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”. Sin embargo, los tribunales nacionales, en reiteradas ocasiones y generalmente en virtud de una reclamación de nulidad de la cláusula arbitral por objeto ilícito fundada en este artículo, han resuelto que las cláusulas en que las partes se someten a un tribunal extranjero -arbitral u ordinario- son válidas. Para ello se han servido de diversos argumentos.

En primer lugar, se ha descartado la aplicación del artículo 1462 del Código Civil por cuanto “[e]l ejemplo de objeto ilícito contenido en el citado artículo 1462 [...] no se refiere a los tribunales extranjeros, que no tienen por qué ser reconocidos por las leyes chilenas, sino que a jurisdicciones privadas establecidas en Chile, distintas de los tribunales ordinarios o especiales consultados en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales”.⁷²

En seguida, nuestros tribunales han fundado la licitud de este tipo de cláusulas en el principio de autonomía de la voluntad y en el hecho que “ninguna ley chilena, ni general ni especial, le impide a las partes pactar en Chile o en el extranjero una cláusula de sumisión a favor de un tribunal arbitral extranjero”.⁷³ En este

sentido la Excelentísima Corte Suprema ha afirmado que la cláusula compromisoria constituye una ley para los contratantes y hace aplicable, en esa virtud, el artículo 1545 del Código Civil.⁷⁴⁻⁷⁵

Asimismo, para desestimar la existencia de objeto ilícito en los acuerdos para someterse a arbitraje en el extranjero, la Excelentísima Corte Suprema ha señalado que “el artículo 113 inciso 2° del Código de Comercio faculta a las partes a sustraerse de las disposiciones de las leyes de la República y por ser especial, prevalece sobre el artículo 1462 del Código Civil, no existiendo en consecuencia objeto ilícito ni violación del derecho público nacional”.⁷⁶

Adicionalmente, los tribunales nacionales han observado que estas cláusulas se encuentran expresamente reconocidas por el legislador en diversos cuerpos normativos. El primero de ellos, según la Excelentísima Corte Suprema, es el artículo 318 del Código de Derecho Internacional Privado:⁷⁷ “[d]e dicho precepto se desprende que para dicho tratado la primera regla aplicable en materia de competencia es la sumisión, esto es, reconoce la libertad de las partes para establecer el Tribunal que los juzgará, bajo ciertas condiciones”.⁷⁸

También, en el caso “State Street Bank and Trust Company”, que versó sobre el reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por un tribunal ordinario extranjero, la Excelentísima Corte

72 “Marlex Limitada con European Industrial Engineering”, Rol N° 2026-2007, Excelentísima Corte Suprema, 28 de julio de 2008.

73 Ibid.

74 Ibid. En el mismo sentido “Comverse Inc.”, Rol N° 3225-2008, Excelentísima Corte Suprema, 8 de septiembre 2009.

75 El artículo 1545 del Código Civil dispone: “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

76 “Kreditanstalt Für Wiederaufbau”, Rol N° 5228-2008, Excelentísima Corte Suprema, 15 de diciembre de 2009.

77 El cual dispone en lo relevante: “[s]erá en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario”.

78 “Mauricio Hochschild S.A.I.C. con Ferrostaal A.G.”, Rol N° 3247-2006, Excelentísima Corte Suprema, 22 de enero de 2008. En el mismo sentido “State Street Bank and Trust Company”, Rol N° 2349-2005 Excelentísima Corte Suprema, 14 de mayo de 2007.

Suprema sostuvo que “la Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, que entró en vigencia el 29 de septiembre de 2004, es decir, con posterioridad a los hechos de esta causa, sin perjuicio de lo cual vale como elemento interpretativo evolutivo, en sus artículos 20, 28 y 35 permite el sometimiento a normas de ordenamiento jurídico y sistema jurisdiccional arbitral foráneos, siendo vinculante para las partes que han acordado el compromiso”.⁷⁹

Finalmente, se ha amparado este razonamiento en el propio DL 2349. En efecto, su artículo 1 inciso 2° declara que “[s]on igualmente válidas las estipulaciones por las cuales se haya sometido o se sometan diferendos derivados de tales contratos a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato [...]”. Como observa Picand Albónico, esta redacción permitiría no solo la utilización del arbitraje ad hoc, sino también del arbitraje institucional, en atención a la posibilidad de las partes de someterse al arbitraje establecido “en mecanismos de arbitrajes preestablecidos o en el respectivo contrato”.⁸⁰ Además, conforme a lo dispuesto en el inciso final de este mismo artículo, el sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero hace cesar el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, salvo estipulación expresa en contrario.

Finalmente, se debe apuntar que, respecto de este pacto, también aplica lo dispuesto por el DL 2349 en su artículo 9, que establece un principio de reciprocidad en favor de los Estados extranjeros, señalando que estos “y sus organismos, instituciones y empresas podrán impetrar en Chile la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, según el caso, en los mismos términos

y con igual amplitud e idénticas excepciones como la reconociere su propia legislación en favor del Estado de Chile o de sus organismos, instituciones y empresas”.

4.2.4. Requerimiento de autorización previa

Por último, no obstante que el DL 2349 permite a ciertas entidades estatales celebrar contratos internacionales y pactar en ellos las estipulaciones que hemos referenciado, incluyendo el pacto de sumisión a una jurisdicción ordinaria o arbitral extranjera, por regla general su artículo 4 inciso 1° exige para que ellos queden regidos por sus disposiciones una autorización previa dada por el Presidente de la República mediante decreto del Ministerio de Hacienda.⁸¹

Esta misma norma señala que el Presidente de la República podrá otorgar su autorización general a determinados organismos, instituciones o empresas del Estado, o en particular para algunas clases de contrato. Sin perjuicio de lo anterior, se establece que esta autorización no podrá concederse por un plazo superior a un año; pero podrá renovarse.

La primera autorización fue efectuada mediante Decreto Supremo 1.009 de 13 de diciembre de 1978. En él se autorizó a las entidades estatales a celebrar contratos internacionales con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero. A partir de entonces se ha venido renovando hasta la fecha.

79 “State Street Bank and Trust Company”, Rol N° 2349-2005 Excelentísima Corte Suprema, 14 de mayo de 2007.

80 Eduardo Picand Albónico, *Arbitraje Comercial Internacional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2005), 263.

81 Esta autorización se exige a los contratos y estipulaciones celebrados con posterioridad a la entrada en vigencia del DL 2349. A su vez, su artículo 4 inciso 1° exceptúa de esta exigencia al Banco Central y al BancoEstado.

5. Conclusiones

No cabe duda que el arbitraje como método alternativo de resolución de controversias ha crecido y se ha desarrollado a pasos agigantados en América Latina. Si en algún momento pudo haber existido algún tipo de hostilidad hacia la institución por parte de los Estados latinoamericanos, no fue en términos absolutos e injustificados. En todo caso, ciertamente hoy esta no es la realidad imperante en la región.

Chile, por su parte, mantiene un sistema dualista de arbitraje. El arbitraje doméstico se caracteriza por contar con una regulación más rígida y desactualizada que, sin embargo, no ha obstaculizado su desarrollo o impedido a sus usuarios beneficiarse de las ventajas que otorga el instituto. Por otra parte, el régimen aplicable al arbitraje comercial internacional es moderno y ofrece una mayor flexibilidad, basándose la LACI en una Ley Modelo probada y de amplio recibo a nivel mundial.

Tratándose del arbitraje entre un particular y el Estado chileno o una de sus entidades, ninguno de los dos sistemas contempla una norma que lo autorice con carácter general, pero tampoco existe otra que lo prohíba en términos absolutos. Por esta razón, debiendo la Administración del Estado someter su actuar al principio de juridicidad consagrado en la Constitución y en la Ley de Bases, sus entidades requerirán en la generalidad de los casos de una autorización legal previa para someter sus disputas con privados a arbitraje.

Finalmente, tanto en el arbitraje doméstico como en el internacional, se observan ciertos casos particulares en que se autoriza expresamente a ciertas entidades para arbitrar sus disputas; destacándose la Ley de

Concesiones de Obra Pública en el orden doméstico, y el DL 2349 en el ámbito del arbitraje comercial internacional.

Por último, considerando los beneficios que otorga el arbitraje y la confianza que los Estados han adquirido en él como método de resolución de disputas comerciales, es de esperar que paulatinamente se vaya flexibilizando aún más la posibilidad de la Administración para participar en él.

Bibliografía citada

Aylwin Azócar, Patricio. *El Juicio Arbitral*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Bermúdez Soto, Jorge. *Derecho Administrativo General*. Santiago: Thomson Reuters, 2014.

Biggs, Gonzalo. «La Institucionalidad Chilena y el Arbitraje Internacional», en: *Estudios de Arbitraje*. Libro de homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar, ed. por Eduardo Picand Albónico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Blackaby, Nigel. Partasides, Constantine. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2015.

Born, Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Bedfordshire: Wolters Kluwer, 2016.

Cantuarias Salvarrey, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de las Ciencias Aplicadas, 2008.

Conejero Roos, Cristián. «La Constitución y el Arbitraje Internacional: ¿Hacia un Nuevo Lenguaje?», en: Revista Chilena del Derecho Privado, núm. 7. Santiago: Universidad Diego Portales, 2006.

Fernández Arroyo, Diego P. «La Evolución del Arbitraje en América Latina: De la supuesta hostilidad a la evidente aceptación», en: Arbitraje Comercial Internacional: Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros, ed. por Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA. OEA/Ser.D/XIX.15, 2015.

International Chamber of Commerce, ICC Dispute Resolution 2018 Statistics: París: ICC Publications, 2019.

Picand Albónico, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo I, 2005.

Ríos Salas, Víctor. Molina Zaldívar, Carlos. Derecho de la Construcción Santiago: O'Print Impresores S.A., 2016.

Rivera, Julio César. Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2014.

Romero, Alejandro. Díaz, José Ignacio. El Arbitraje Comercial Interno y Comercial Internacional. Santiago: Ediciones UC, 2016.

Soto Kloss, Eduardo. Derecho Administrativo. Temas Fundamentales. Santiago: Legal Publishing Chile, 2009.

Antonio Larraín Herlin & Felipe Ossa Guzmán

Torres Villarroel, José Miguel. Chackiel Torres Juan Eduardo. Riveros Neira, Nicolás. Hernández Martínez, Pablo. Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años. Santiago: Gráfika, 2016.

Vásquez Palma, María Fernanda. Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia. Santiago: Legal Publishing, 2009.

Vásquez Palma, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. Santiago: Legal Publishing, 2018.

White & Case LLP and Queen Mary University of London School of International Arbitration. «2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration», 2018.

Normas legales citadas

LEYES

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Código Orgánico de Tribunales

Constitución Política de la República

Decreto Ley N° 2349, sobre Contratos Internacionales del Sector Público

Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales

Ley 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado

Ley 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido

Ley 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional de 29 de septiembre de 2004

TRATADOS

Código de Derecho Internacional Privado de 29 de febrero de 1928

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958

Jurisprudencia citada

ADMINISTRATIVA

Dictamen N° 001682N94, Contraloría General de la República, 14 de enero de 1994.

Dictamen N° 052185N12, Contraloría General de la República, 20 de agosto de 2012.

Dictamen N° 039253N13, Contraloría General de la República, 21 de junio de 2013.

Dictamen N° 011398N17, Contraloría General de la República, 4 de abril de 2017.

JUDICIAL

“Comverse Inc.”, Rol N° 3225-2008, E.C.S., 8 de septiembre 2009.

“D’Arcy Masius Benton & Bowles Inc. Chile Ltda. con Jorquiera”, Rol N° 88-2006, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de mayo de 2006.

“D’Arcy Masius Benton & Bowles Inc. Chile Ltda. con Otero Lathrop”, Rol N° 865-2006, I.C.A.S., 25 de mayo de 2006.

“Kreditanstalt Für Wiederaufbau”, Rol N° 5228-2008, Excelentísima Corte Suprema, 15 de diciembre de 2009.

“Marlex Limitada con European Industrial Engineering”, Rol N° 2026-2007, Excelentísima Corte Suprema, 28 de julio de 2008.

“Mauricio Hochschild S.A.I.C. con Ferrostaal A.G.”, Rol N° 3247-2006, Excelentísima Corte Suprema, 22 de enero de 2008.

“State Street Bank and Trust Company”, Rol N° 2349-2005 Excelentísima Corte Suprema, 14 de mayo de 2007.

“Stemcor UK Limited”, Rol N° 1724-2010, Excelentísima Corte Suprema, 21 de junio de 2010.

“Vergara Varas con Costa Ramírez”, Rol N° 1971-2012, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de septiembre de 2013. 