



**UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**PARTICIPACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE, CON  
ESPECIAL ÉNFASIS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN  
Y EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.**

Memoria de Prueba para optar al Grado Académico de Licenciado en Ciencias  
Jurídicas y Sociales.

Autor: Álvaro Rodrigo Jara Burotto.

Profesora guía: Carola Canelo Figueroa.

Santiago, Chile.  
2016.



*Quiero agradecer muy especialmente a la profesora Elina Mereminskaya por sus consejos e incondicional apoyo, sin lo cual no hubiera sido posible el desarrollo de este trabajo.*

## TABLA DE CONTENIDOS.

	Página.
<b>RESUMEN</b> .....	8
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>PARTICIPACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE NACIONAL</b>	15
1.1. ASPECTOS GENERALES E HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE DOMÉSTICO EN CHILE .....	15
1.2. PROHIBICIÓN, COMO REGLA GENERAL, DE PACTAR ARBITRAJE POR PARTE DEL ESTADO .....	22
1.3. AUTORIZACIÓN LEGAL PARA PACTAR ARBITRAJE POR PARTE DEL ESTADO: ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS .....	29
1.3.1. Ley sobre incentivos para el desarrollo económico de las provincias de Arica y Parinacota.....	29
1.3.2. Ley de Concesiones de Obras Públicas.....	30
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>PARTICIPACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN</b> .....	39
2.1. DESCRIPCIÓN HISTÓRICA Y ASPECTOS GENERALES.....	39
2.2. ANÁLISIS SISTEMA CIADI.....	43
2.2.1. Antecedentes históricos y objetivos del Centro .....	43

2.2.2. Jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).....	45
2.2.2.1. Consentimiento.....	46
2.2.2.2. Jurisdicción “ <i>Ratione Materiae</i> ”.....	48
2.2.2.3. Jurisdicción “ <i>Ratione Personae</i> ” .....	50
2.2.2.4. Jurisdicción “ <i>Ratione Temporis</i> ” .....	54
2.2.3. Procedimiento arbitral ante el CIADI .....	55
2.2.4. Mecanismo Complementario del CIADI .....	66
2.3. ANÁLISIS SISTEMA APPIS Y TLC CON CAPÍTULOS DE INVERSIONES .....	66
2.3.1. Análisis sistema APPIS .....	67
2.3.1.1. Características del contenido de los APPIS.....	69
2.3.1.2. Mecanismo de solución de controversias en el sistema APPIS. ....	75
2.3.2. Análisis TLCs con capítulo de inversiones .....	87
2.3.2.1. Mecanismo de solución de controversias en el sistema TLC ....	87
2.3.2.1.1. TLC Chile-Australia .....	88
2.3.2.1.2. TLC Chile-Canadá.....	92
2.3.2.1.3. TLC Chile-Centro América .....	97
2.3.2.1.4. TLC Chile-Corea del Sur .....	98
2.3.2.1.5. TLC Chile-EFTA.....	102
2.3.2.1.6. TLC Chile-Estados Unidos .....	104
2.3.2.1.7. TLC Chile-México.....	110
2.3.2.1.8. TLC Chile-Panamá.....	114
2.3.2.1.9. TLC Chile-Unión Europea .....	116
2.3.2.1.10. Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China .....	118
2.3.2.1.11. Acuerdo de Libre Comercio (ALC) Chile-Colombia .....	122
2.3.2.1.12. Acuerdo de Libre Comercio (ALC) Chile-Perú.....	126
2.3.3. Análisis comparativo entre arbitraje ad-hoc UNCITRAL y CIADI.....	130

### **CAPÍTULO III**

<b>PARTICIPACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>138</b>
<b>3.1. ASPECTOS GENERALES E HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>138</b>
<b>3.2. ANÁLISIS DECRETO LEY N° 2.349 SOBRE CONTRATOS INTERNACIONALES PARA EL SECTOR PÚBLICO .....</b>	<b>149</b>
3.2.1. Antecedentes históricos y aspectos generales.....	149
3.2.2. Facultad del Estado para someter sus disputas a arbitraje comercial internacional .....	152
3.2.2.1. Contratos internacionales celebrados por el Estado .....	156
3.2.2.1.1. Partes del contrato internacional del sector público. 158	
3.2.2.1.2. Cláusulas relevantes del contrato internacional del sector público.....	162
3.2.2.2. El Estado como parte en el arbitraje comercial internacional ..	164
3.2.2.2.1. Pacto de Sumisión .....	165
3.2.2.2.2. Renuncia a la inmunidad de ejecución .....	171
3.2.2.3. Excepciones .....	173
<b>3.3. ANÁLISIS LEY N°19.971, EN CUANTO EL ESTADO REALICE EL ARBITRAJE EN CHILE.....</b>	<b>175</b>
3.3.1. Antecedentes históricos y aspectos generales.....	175
3.3.2. Arbitraje comercial internacional del Estado como parte con sede en Chile .....	177
3.3.3. Principales normas que deben aplicarse si el arbitraje comercial internacional es desarrollado en Chile .....	183

**CONCLUSIONES**..... 190

**BIBLIOGRAFÍA**..... 198

## **RESUMEN.**

El presente trabajo tiene por objeto dar una mirada global y sistemática a la participación del Estado Chileno y sus organismos como parte de un arbitraje, esencialmente en el arbitraje internacional de inversión y en el arbitraje comercial internacional.

Con el propósito de cumplir con aquello, hemos dividido nuestro trabajo en tres capítulos. El primero de ellos dice relación con la participación del Estado como parte en el arbitraje nacional o doméstico, indicando cuándo y en qué condiciones podrá pactar arbitraje, además de hacer referencia a algunos casos específicos en los que estará facultado para hacerlo. El segundo capítulo trata de la participación del Estado en el arbitraje internacional de inversión, en el que se analiza el sistema de arbitraje internacional entregado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, así como también los métodos de solución de controversias regulados en los Acuerdos de Promoción y Protección a la Inversión y en los capítulos de inversiones contenidos en los Tratados de Libre Comercio celebrados por Chile, concluyendo con un breve examen comparativo entre las normas de arbitraje entregadas por el CIADI y la UNCITRAL. En el tercer y último capítulo se observa la participación del Estado como parte en el arbitraje comercial internacional, considerando al efecto lo regulado en el DL N°2.349 sobre Contratos Internacionales del Sector Público, el que autoriza al Estado o a sus organismos, instituciones o empresas a someterse a una jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales, respecto de diferencias que surjan de aquellos contratos internacionales, terminando con un breve estudio de la Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, en cuanto afecte al arbitraje de la misma especie, desarrollado dentro del territorio nacional y teniendo al Estado o sus organismos como parte del mismo.



## INTRODUCCIÓN.

La institución del arbitraje, como método heterocompositivo de resolución de controversias, ha sido utilizada desde tiempos remotos, constituyendo inclusive el primer método de resolución de diferencias a nivel mundial. En materia comercial, se inicia con el pretor en Roma quien aplicaba el *ius gentium*, pasando posteriormente a ser parte del derecho estatutario de las corporaciones de comerciantes, hasta llegar a las codificaciones del siglo XIX, en el cual se regula el arbitraje de manera general y transversal para ser aplicado en todo el derecho privado.

En Chile, en cuanto a arbitraje nacional se trata, comenzó a regularse en la segunda mitad del siglo XIX. Es así como el 15 de octubre de 1875 entra en vigor la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, convirtiéndose en el primer cuerpo legal que reguló esta materia. Con posterioridad, el 18 de agosto de 1902, entró a regir el Código de Procedimiento Civil, el que vino a complementar lo establecido por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, al reglamentar el procedimiento seguido ante los jueces árbitros. Finalmente en 1942, al existir una dispersión normativa que reglamentara la institución del arbitraje, se refundió en un solo texto todas las normas que lo regulaban orgánicamente. Aquel cuerpo normativo pasaría a formar parte del nuevo Código Orgánico de Tribunales, dictado el mismo año. Este último, junto con el Código de Procedimiento Civil, conforman la legislación chilena vigente hasta la fecha, en materia de arbitraje nacional.

Desde que se empezó a regular el arbitraje en nuestro país hasta la actualidad, ha existido un incremento considerable de casos en que las partes someten las disputas a conocimiento de un tribunal arbitral, dado que se ha convertido en un método no sólo eficaz, sino que también eficiente a la hora de resolver las controversias jurídicas. Los procedimientos que se siguen ante los tribunales ordinarios, por regla general, son desmedidamente largos, lo que conlleva un costo monetario y de oportunidades para las partes en disputa. Por otro lado, muchas veces el asunto objeto de la controversia a resolver reviste el carácter de técnico, siendo necesario que sea conocida por jueces especializados en la materia particular de la cual se está resolviendo. En este sentido,

el arbitraje se presenta como una solución para las partes a las problemáticas anteriormente señaladas.

El Estado y sus organismos, en sus relaciones de *iure gestionis* (actividades comerciales, económicas y empresariales), no han estado ajenos a esta problemática. Muchas veces el Estado y sus organismos contratan con particulares con el objeto de cumplir con sus funciones específicas. Dicha contratación está inserta dentro de las facultades de gestión que ostenta el Estado y sus organismos, y no dentro de los actos de *iure imperii* (actos de autoridad pública), regulados por el derecho público. Aquí el Estado y sus organismos al contratar, lo hacen de la misma manera que una persona de derecho privado, sea natural o jurídica, siéndole aplicable al efecto el derecho común. Es así como el Estado y sus organismos pasan a constituir relaciones jurídicas de derecho privado. De dichas relaciones jurídicas pueden surgir diferencias que requieren de una solución rápida y eficiente, como a su vez de ciertos conocimientos técnicos que debería poseer el juez para resolver eficazmente.

Sin embargo, tanto el Estado como todos sus organismos están sometidos al principio de legalidad o juricidad, consagrado en la Constitución Política de la República, traduciéndose en el que todos sus actos deben estar debidamente autorizados por ley. Si bien este principio constituye un obstáculo, no es menos cierto que, dada las necesidades creadas por las circunstancias económicas y comerciales actuales, cada vez se dictan una mayor cantidad de leyes autorizando al Estado y a sus organismos a pactar arbitraje en sus contratos, tanto por que se requiere de una solución rápida y eficiente, como del conocimiento de ciertas particularidades técnicas que deben ser observadas por el tribunal al momento de conocer y resolver el litigio en el que el Estado es parte.

Paralelamente, el Estado, como consecuencia del orden internacional imperante, la globalización, la integración de las regiones y el creciente intercambio comercial entre países, ha debido adecuarse a transformaciones significativas en materia de derecho internacional, tanto privado como público. Uno de los primeros fenómenos a que se dio lugar, y que forma un segmento de aquellas transformaciones, fue el adoptar un nuevo

régimen de inversión extranjera, haciéndolo compatible con las nuevas visiones que se tenían en parte significativa del orbe al tratamiento del inversionista extranjero.

Con la creación de este nuevo estatuto de inversión extranjera, materializado en el DL 600 de 1974, se le otorgaría mayor seriedad y seguridad al inversionista extranjero en sus derechos, y como consecuencia de ello, el número de inversiones extranjeras que se asentarían en nuestro país proliferarían año a año de manera elocuente.

Las relaciones jurídicas entre el Estado y el inversionista extranjero, creadas en virtud del contrato de inversión extranjera, no estaría exenta de dificultades ni diferencias. Es aquí donde el arbitraje internacional toma un rol principal al ser una garantía de autonomía e imparcialidad frente a partes de distintos Estados (el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión), con el objeto de resolver las diferencias que pudieren existir entre ambos, principalmente en la afección a los derechos y garantías otorgadas al inversionista extranjero. A fin de dar mayor protección a las garantías entregadas a este último, Chile ha adoptado diversos acuerdos internacionales, en el que se contempla el arbitraje internacional como método de solución de controversias entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión. De esta manera se dejaron de lado todas las manifestaciones negativas al arbitraje internacional, cuyo paradigma se manifiesta con la doctrina Calvo y la doctrina Drago, en que la primera entregaba exclusivamente a la jurisdicción de los Estados para conocer y juzgar la conducta de extranjeros dentro de su territorio, y la segunda rechazaba el uso de la fuerza para el cobro de las deudas de los Estados.

Corolario de lo anterior, el Estado de Chile se convirtió en 1991 en país signatario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, cuyo objeto es sustraer de las jurisdicciones locales la resolución de disputas relacionadas con inversiones extranjeras y entregárselas al arbitraje internacional a desarrollarse bajo las reglas de procedimiento arbitral que el propio CIADI entrega. Esto se sumaría a los ya ratificados tratados internacionales relativos a arbitraje internacional, a saber, la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos

Arbitrales Extranjeros, y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

Desde los años ´90 en adelante, Chile, teniendo en cuenta la internacionalización de su economía, los cambios legislativos que se estaban implementando en otros países de la región y con el objeto de atraer capitales extranjeros, comenzó a celebrar tratados internacionales bilaterales a fin de promover y proteger la inversión extranjera. Aquellos tratados son los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPI); nuestro país ha firmado 37, de los cuales todos contemplan el arbitraje internacional como método de solución de controversias alternativo a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Estado receptor de la inversión, ya sea acogándose, como regla general, al sistema CIADI o ante un arbitraje ad-hoc a desarrollarse bajo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. Los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones también contemplan el arbitraje internacional como mecanismo de solución de diferencias que pudieren surgir entre los Estados partes del tratado a raíz de la aplicación o interpretación del mismo.

Por último, en materia de inversión extranjera, Chile ha celebrado diversos Tratados de Libre Comercio que contemplan capítulos sobre inversiones. Aquellos capítulos contemplan el arbitraje internacional como método de solución de diferencias que puedan surgir entre el Estado parte receptor de la inversión y el inversionista nacional del otro Estado parte. Estos Tratados de Libre Comercio en sus capítulos de inversiones contienen normas propias de un APPI y contempla al arbitraje internacional en los mismos términos que aquel, esto es, acogándose al sistema CIADI o ante un arbitraje ad-hoc a desarrollarse bajo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. Los Tratados de Libre Comercio también contemplan la posibilidad de someter a arbitraje internacional las diferencias que pudieren surgir entre los Estados partes en la aplicación o interpretación del mismo.

En consideración al arbitraje comercial internacional, Chile fue un país pionero en esta materia en cuanto a la participación del Estado como parte en dicho arbitraje. Se consideró que en tiempos modernos, aparte de actos de autoridad, propios de la

soberanía, el Estado interviene en múltiples actividades propias de los particulares, gestionando préstamos, actuando como importador o exportador de bienes, entre otras. Como respuesta a aquel fenómeno que crecía cada vez más y con el fin de facilitar el desarrollo de las actividades económicas, comerciales y empresariales del Estado, se publicó en el Diario Oficial con fecha de 28 de octubre de 1978 el DL N°2.349 sobre Contratos Internacionales del Sector Público, el que autoriza al Estado o a sus organismos, instituciones o empresas someterse a arbitraje comercial internacional con el objeto de dirimir las controversias derivadas de los contratos internacionales celebrados entre éstos y organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero, y cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero. El DL N°2.349 también autoriza al Estado o a sus organismos, instituciones o empresas a pactar sumisión a una legislación extranjera que regule materialmente el contrato internacional, esto es, el derecho aplicable al fondo del asunto así como también las normas de procedimiento arbitral en caso de una eventual controversia entre las partes de aquel contrato. Como consecuencia de la dictación de este nuevo estatuto legal, el que otorga mayores facultades al Estado en sus relaciones jurídicas privadas internacionales, se rompe con el *statu quo* propio del Estado, abandonando su trono para bajar al mercado internacional y ser parte activa de éste.

Finalmente, en nuestro país, con el objeto de regular el arbitraje comercial internacional, que hasta ese entonces se regía por las mismas normas existentes para el arbitraje nacional, las cuales evidentemente eran inadecuadas para los conflictos internacionales cuando el arbitraje se realizaba en Chile, se publicó con fecha de 29 de septiembre de 2004 la Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esta nueva ley incorporó a Chile al círculo de países que han adoptado en su ordenamiento interno la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985, respondiendo de esta forma a la tendencia moderna de armonización del arbitraje comercial internacional.

La Ley N°19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional establece manifiestamente que se aplicará a dicho arbitraje sin perjuicio de los tratados internacionales bilaterales o multilaterales celebrados por Chile, y 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 aquella ley. En este sentido, la ley deja a salvo todo tratado internacional celebrado o que celebre nuestro país, en que se regule de manera específica el arbitraje comercial internacional en cuanto el Estado o sus organismos, instituciones o empresas actúe como parte en aquel, así como también cualquier ley que regule la materia en los mismos términos que el caso anterior, en ambas hipótesis, si el arbitraje comercial internacional se lleva a cabo en Chile.

Dicho todo lo anterior, cabe preguntarse entonces si el Estado, sus organismos, instituciones o empresas, se encuentra facultado para pactar, en sus relaciones jurídicas, la institución del arbitraje con el objeto resolver una eventual controversia derivada de dichas relaciones, y de ser posible en qué casos o circunstancias y bajo cuáles premisas podrá hacerlo. Una vez dilucidada aquellas interrogantes, debemos preguntarnos y esclarecer de qué manera el Estado podrá llevar a efecto el arbitraje.

La hipótesis de nuestro trabajo es que el Estado, sus organismos, instituciones o empresas no están facultados, como regla general, para pactar arbitraje, ya sea nacional o internacional, existiendo, sin embargo, determinados casos excepcionales, los que serán demostrados, en que la legislación sí lo autoriza. Para ello nuestra investigación dará respuestas a las inquietudes más arriba planteadas, analizando primeramente por qué el Estado, como regla general, no está facultado para pactar arbitraje, para luego analizar de manera profunda, orgánica y sistemática aquellos casos en que sí se encuentra facultado para ser parte de un proceso arbitral y de qué manera podrá llevarlo a cabo, dando una mirada primeramente al arbitraje doméstico o nacional, para luego avocarnos de manera extensa al arbitraje internacional de inversión y al arbitraje comercial internacional.

## **CAPÍTULO I**

### **PARTICIPACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE NACIONAL.**

#### **1.1. ASPECTOS GENERALES E HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE DOMÉSTICO EN CHILE.**

El arbitraje interno no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico. El primer cuerpo legal que reglamentó el arbitraje en el Derecho Chileno fue la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (LOT), de 15 de octubre de 1875. El autor del proyecto de esta ley fue don Francisco Vargas Fontecilla, quien en mayo de 1864 entregó al gobierno un completo proyecto sobre esta delicada materia, consagrando por primera vez en Chile a los jueces árbitros. En julio del mismo año, el gobierno nombró una comisión revisora de aquel proyecto, que estuvo a cargo de destacados juristas de la época. El proyecto final fue presentado al congreso en junio de 1874. El proyecto original consagró a los jueces árbitros en el Título XIII, artículos 213 a 233, denominado “De los Jueces Árbitros”, igual denominación que le otorgó el proyecto final y que lo consagró en el Título XI, artículos 172 a 191.<sup>1</sup> En lo sustancial, más que modificaciones al proyecto original, la comisión revisora se encargó de precisar de manera más prístina algunas materias, como por ejemplo, el nombramiento de los árbitros, tanto en su aspecto formal como material. Sus disposiciones se refirieron a los tribunales arbitrales, sus clases, sus requisitos, los asuntos que pueden y no pueden conocer, su nombramiento y constitución, sus obligaciones, la manera como deben proceder a los acuerdos, los recursos que pueden interponerse contra sus sentencias, su recusación y las causas que ponen fin al compromiso.<sup>2</sup>

El Código de Procedimiento Civil promulgado el 18 de agosto de 1902, dedicó en el Título IX de su Libro III al “Juicio Arbitral”, completando las disposiciones de la LOT con preceptos que regulan el procedimiento ante los árbitros.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup>BIGGS, Gonzalo. Evolución y Singularidad de la Institución Arbitral en Chile, Estudios de Derecho y Propiedad Intelectual. En: Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2009, págs. 61 a 64.

<sup>2</sup>AYLWIN Azocar, Patricio. El Juicio Arbitral. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005, pág. 74

<sup>3</sup> *Ibíd.*, pág. 74.

Diversas otras leyes, como la de 1 de enero de 1883, sobre inhabilidades para ser árbitro y la N° 6.985, de 8 de agosto de 1941, que reglamentó varias materias relacionadas con el arbitraje, complementan la legislación establecida en aquellos textos.<sup>4</sup>

En virtud de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N° 7.200 de 21 de julio de 1942, se refundió en un solo texto la LOT de 15 de octubre de 1875 y todas las leyes que la habían complementado o modificado, promulgándose el Código Orgánico de Tribunales (COT), cuyo texto definido fue fijado por la Ley 7.421 de 15 de junio de 1943.<sup>5</sup> Las disposiciones referentes al arbitraje constituyen el Título IX, artículos 222 al 243, de ese COT, y ellas, conjuntamente con las del Título VIII del Libro III de Código de Procedimiento Civil (CPC), forman la legislación chilena vigente hasta la fecha en materia de arbitraje nacional.<sup>6</sup>

Se puede distinguir, en el sistema jurídico chileno, dos categorías de arbitraje nacional: el arbitraje forzoso u obligatorio y el arbitraje facultativo o voluntario. Además, el legislador excluye en determinados casos, en atención a la materia del conflicto y por tratarse de asuntos de orden público, la posibilidad someter el asunto controvertido a arbitraje; esto en doctrina se conoce como arbitraje prohibido.<sup>7-8</sup>

---

<sup>4</sup> AYLWIN Azocar, Patricio, ob. cit. pág. 74.

<sup>5</sup> La actual legislación arbitral chilena se mantiene prácticamente sin modificaciones con aquella promulgada en 1875.

<sup>6</sup> AYLWIN Azocar, Patricio, ob. cit. pág. 75.

<sup>7</sup> Artículo 229 COT. *“No 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”.*

Artículo 230. *“Tampoco 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”.*

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 227.

<sup>8</sup> El Artículo 2060 del Código Civil francés en su inciso primero señala que: *“No se pueden establecer compromisos sobre las cuestiones de estado y de capacidad de personas, sobre las relativas al divorcio y la separación de cuerpos o sobre las disputas que interesen a las colectividades públicas y los establecimientos públicos y más generalmente en todas las materias que interesen al orden público.”* Esta norma a diferencia de la nuestra, ha provocado que la jurisprudencia sea quien determine en ciertas ocasiones cuando un arbitraje está prohibido, dado que determinar que materias interesan al orden público queda a interpretación de los tribunales de justicia, toda vez que, como sabemos, no existe definición legal de orden público ni tampoco una única conceptualización a nivel doctrinal, provocando en definitiva una textura abierta para determinar qué arbitraje estará prohibido y cual no. Véase BORDACHAR Urrutia, Rodrigo. Arbitraje y Derecho Concursal: ¿Una Relación Imposible? *En*: Estudios de Derecho Comercial, Primeras Jornadas de Derecho Comercial. Editorial Abeledo Perrot. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Chile, 2010, págs. 516 y ss.



En cuanto al arbitraje forzoso, el legislador ha establecido ciertas materias que deben ser sometidas obligatoriamente a arbitraje<sup>9</sup>, fundamentalmente en atención al tiempo que debe dedicarse para la decisión del asunto por la complejidad que revisten, los que comprenden no solo asuntos jurídicos, sino también aquellos que no lo son como la liquidación de patrimonios mediante la celebración de uno o varios actos de administración. En estas materias las partes no pueden recurrir a la justicia ordinaria, puesto que el arbitraje es la única vía que la ley consagra para resolver el conflicto.<sup>10</sup>

En el arbitraje voluntario las partes pueden acudir a uno o más árbitros<sup>11</sup> para que, como jueces imparciales, diriman el conflicto de intereses disponible que surja entre ellos. La manera en que los particulares pueden someter un conflicto eventual o uno ya acaecido a arbitraje, sustrayéndolo de la justicia ordinaria, es por medio de un acuerdo de arbitraje. Este acuerdo puede recaer en un compromiso de arbitraje, definido como *“la convención por medio de la cual las partes sustraen del conocimiento de los tribunales ordinarios uno o más asuntos litigiosos determinados, presentes o futuros, para someterlos a la resolución de uno o más árbitros que se designa en el acto mismo*

---

<sup>9</sup> Artículo 227 del COT. *“Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:*

*1° La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades;*

*2° La partición de bienes;*

*3° Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas;*

*4° Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio;*

*5° Los demás que determinen las leyes”.*

El artículo recién citado no es taxativo; por ejemplo, el inciso 2 del artículo 355 del Código del Trabajo establece que el arbitraje será obligatorio en aquellos casos en que estén prohibidos la huelga y cierre temporal de la empresa o lock-out, y en el de reanudación de faenas previsto en el artículo 385.

<sup>10</sup> El profesor Maturana sostiene que el arbitraje debiera ser obligatorio en los casos de conflictos entre sociedades anónimas abiertas y de entidades con mayores recursos o materias complejas de resolver en atención a la multiplicidad de asuntos que comprenden, por que importan un mayor costo en cuanto a su dedicación por parte del aparato estatal debiendo los jueces ordinarios distraer una gran cantidad de su tiempo a resolver este tipo de asuntos atendida su complejidad y cuantía. MATURANA Miquel, Cristian. Los órganos jurisdiccionales, los árbitros, los auxiliares de la administración de justicia y los abogados. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2003.

El proyecto de ley de 1992 cuyo objetivo era modificar el régimen legal del arbitraje en Chile, sostenía que las contiendas de carácter comercial, cuando al menos para una de las partes del acto o contrato del cual emanen las dificultades sea mercantil, debían someterse a arbitraje, salvo que para ciertas materias la cuantía sea igual o superior a 2000 UTM, en cuyo caso el actor podría concurrir a la justicia ordinaria.

<sup>11</sup> El COT en su artículo 222 define a los árbitros como los jueces nombrados por las partes o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso.

*de su celebración*<sup>12</sup>, o en una cláusula compromisoria que a diferencia de la anterior expresa la intención general de las partes de someter sus asuntos litigiosos al conocimiento de árbitros que no han sido designados aún. Por consiguiente, si en el primer caso el o los árbitros designados no pueden ejercer o desempeñar su función, las partes están obligadas a recurrir a la justicia ordinaria.

Si bien el acuerdo de arbitraje es una convención que puede ser pactada dentro del contrato principal, la jurisprudencia ha reconocido su carácter autónomo y por consiguiente no le afecta la nulidad de aquel.<sup>13</sup> Sin embargo, el acuerdo de arbitraje al tener vida autónoma y como convención, puede ejercitarse contra él la acción civil de nulidad, ya sea por vicios del consentimiento, falta de capacidad de las personas que designan los árbitros, por objeto ilícito, causa ilícita o por la falta de de las solemnidades legales en la constitución del acuerdo arbitral, acción que puede ejercerse antes del juicio arbitral, durante o después de éste.

El árbitro o los árbitros que van a dirimir el conflicto y que van a conformar parte del tribunal arbitral, debe o deben ser personas físicas o naturales; una sociedad o una persona jurídica cualquiera no puede desempeñar tal misión, y si se trata de un arbitraje institucional, como por ejemplo designar a un centro de arbitraje de alguna cámara de comercio, ésta solo puede intervenir en cuanto a la organización del arbitraje. Los árbitros deben ser designados por el consentimiento unánime de todas las partes interesadas en el litigio sometido a su decisión, y en los casos que no hubiere avenimiento entre las partes respecto de la persona en quien haya de recaer el encargo, el nombramiento se hará por la justicia ordinaria, debiendo recaer en dicho

---

<sup>12</sup> MATORANA Miquel, Cristian, ob. cit. Para Enrique Paillas el compromiso se pacta una vez que ya existe conflicto, fundamentando esta posición en la definición que da el artículo 1447 del Código de Procedimiento Civil Francés, que dispone que el compromiso es la convención por la cual las partes en un litigio ya nacido someten éste al arbitraje de una o varias personas. PAILLÁS, Enrique. El arbitraje nacional e internacional privado. Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2003, pág. 21.

<sup>13</sup> En este sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Santiago, "Chilectra Metropolitana", 14.10.93, al sostener que la nulidad del contrato de fondo por objeto ilícito no priva al tribunal arbitral de su competencia. Por otro lado, la Corte Suprema ha expresado que no resulta procedente "declarar que deba un árbitro conocer de un litigio en el que, precisamente, se discute si existe o si es válido el contrato en que se le ha conferido jurisdicción, pues ello podría conducir al absurdo de carecer de validez la resolución que declare no existir o ser nulo el contrato". Citado por MEREMINSKAYA. Elina, Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile. En: Arbitraje y Mediación en las Américas. Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA. Santiago, Chile, 2006, pág. 99

nombramiento en un solo individuo diverso de los dos primeros indicados por cada parte.<sup>14</sup> En cuanto al número de árbitros que van a resolver el asunto y que por consiguiente van a llevar a cabo el procedimiento arbitral, puede ser ilimitado e incluso es posible optar por un número par, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito internacional y en el derecho comparado.<sup>15</sup> En este caso, es decir, de ser nombrado dos o más árbitros, las partes podrán nombrar un tercero que dirima las discordias que entre ellos puedan ocurrir, y podrán, también, autorizar a los mismos árbitros para que nombren al tercero en discordia.<sup>16</sup>

Una vez constituido el tribunal arbitral y comenzado en sus funciones, tendrá, para evacuar su encargo, un plazo legal de dos años contados desde su aceptación, pero las partes podrán designar un plazo diverso para desempeñar sus funciones en el instrumento en que se haga el nombramiento del árbitro.<sup>17</sup> Si se pronuncia el laudo fuera del plazo éste es nulo de pleno derecho. Al mismo tiempo, se admite una posibilidad de una prorroga tácita en el evento de que las partes realicen actuaciones y diligencias procesales sin reclamar el posible vencimiento del plazo.<sup>18</sup>

Nuestro ordenamiento jurídico contempla tres tipos árbitros: los árbitros de derecho, los árbitros arbitradores y los árbitros mixtos. Los primeros fallarán con arreglo a la ley y se someterán, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas sometidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida (juicio ordinario, procedimiento sumario, o algún procedimiento especial consagrado para el efecto).<sup>19</sup> Los segundos, fallarán conforme a lo que la prudencia y su equidad le dictaren, y no estarán obligados a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan acordado en el acuerdo del arbitraje, y si éstas nada hubieren expresado, se someterán a las normas mínimas de procedimiento establecidas en el CPC, esto es, oír a las partes y recibir las

---

<sup>14</sup> Artículo 232 del COT.

<sup>15</sup> Por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil Francés en su artículo 1453 exige que el tribunal arbitral debe estar constituido por un solo árbitro o por varios en número impar.

<sup>16</sup> Artículo. 233 del COT.

<sup>17</sup> Artículo 235 inciso 3 en relación al Art. 234 N° 4 ambos del COT.

<sup>18</sup> MEREMINSKAYA, Elina, ob. cit., pág. 101

<sup>19</sup> Artículo 223 inciso 2 del COT.

pruebas que se le presenten.<sup>20</sup> Los árbitros mixtos fallarán con arreglo a la ley y en cuanto al procedimiento rigen las reglas señaladas para los árbitros arbitradores.<sup>21</sup> Si las partes no expresaren con qué calidad es nombrado el árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho.<sup>22</sup>

Contra la sentencia definitiva pronunciada por un árbitro de derecho procede el recurso de apelación, conociendo de éste la corte de apelaciones respectiva según las reglas generales, o un tribuna arbitral de derecho si las partes lo han sometido a arbitraje. También procede en contra de esta sentencia el recurso de casación en la forma, para ante la corte de apelaciones respectiva o ante un tribunal arbitral de derecho<sup>23</sup>, y el recurso de casación en el fondo contra sentencia definitiva de segunda instancia en los casos que hayan conocido de negocios de competencia de la corte de apelaciones dictada con infracción de ley que haya influido sustancialmente el lo dispositivo del fallo.<sup>24</sup> Además, procede el recurso de queja cuando respecto de la sentencia definitiva o interlocutoria que haga imposible su prosecución no sean procedentes los demás recursos, ordinarios o extraordinarios, y haya sido dictada con flagrante falta o abusos graves.<sup>25</sup> Este recurso es conocido en única instancia por la corte de apelaciones del lugar donde se celebró el compromiso.

En contra de las sentencias dictadas por un árbitro mixto procede el recurso de apelación, el recurso de casación y el recurso de queja, siendo aplicable las reglas establecidas para los árbitros de derecho.

Por regla general, el recurso de apelaciones no procede en contra de las sentencias dictadas por un arbitro arbitrador, y si éste procediera, jamás serán conocidos por la justicia ordinaria, sino que por un tribunal de árbitros arbitradores de segunda instancia. Para que sea procedente el recurso de apelación en contra de las sentencias dictadas por un árbitro arbitrador deben concurrir los siguientes requisitos: Las partes, en el

---

<sup>20</sup> Artículo 223 inciso 3 del COT y artículo 637 del CPC.

<sup>21</sup> Artículo 223 inciso 4 del COT.

<sup>22</sup> Artículo 235 inciso 1 del COT.

<sup>23</sup> Artículo 239 inciso 1 del COT.

<sup>24</sup> Artículo 767 del CPC.

<sup>25</sup> Artículo 545 inciso 1 del COT.

instrumento en que constituyen el compromiso, deben expresar que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y, además, deben designar las personas que han de desempeñar este cargo de tribunal arbitral arbitrador de segunda instancia.<sup>26</sup> El recurso de casación en el fondo no procede nunca en contra de la sentencia dictada por un árbitro arbitrador, ya que los árbitros arbitradores no deben fallar conforme a ley. El recurso de casación en la forma procede sólo por las causales del artículo 768 del CPC, y sólo son trámites esenciales para la causal del N° 9 el emplazamiento de las partes y la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por éstas. El tribunal que conoce de este recurso será la corte de apelaciones respectiva, si la sentencia es de un árbitro arbitrador de primera instancia, o la Corte Suprema, si la sentencia es de un tribunal arbitrador de segunda instancia. En cuanto al recurso de queja, éste procede aún cuando proceda el recurso de casación en la forma.<sup>27</sup>

Las partes, siendo mayores de edad y libre administradores de los bienes podrán renunciar anticipadamente al recurso de apelación y al recurso de casación;<sup>28</sup> sin embargo, tal renuncia no produce efecto cuando el recurso se basa en las causales de incompetencia del tribunal y ultrapetita.<sup>29</sup>

La sentencia recaída en un juicio arbitral constituye un acto jurisdiccional y, una vez firme o ejecutoriada, produce cosa juzgada (acción y excepción), quedando en estado de cumplimiento. El artículo 635 del CPC dispone que para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá recurrir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por que fue nombrado, o al tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pida su cumplimiento. Sin embargo, cuando el cumplimiento de la resolución arbitral exija procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas, o cuando haya de afectar a terceros que no sean parte en el compromiso, deberá ocurrirse a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.

---

<sup>26</sup> Artículo 239 inciso 2 del COT.

<sup>27</sup> Artículo 545 inciso 1 del COT.

<sup>28</sup> Artículo 239 inciso 1 del COT.

<sup>29</sup> MEREMINSKAYA, Elina, ob. cit., pág. 102.

## 1.2. PROHIBICIÓN, COMO REGLA GENERAL, DE PACTAR ARBITRAJE POR PARTE DEL ESTADO.

Cuando hablamos de pactar arbitraje por parte del Estado nos referimos a la posibilidad que tienen, de hacerlo o no, los órganos que conforman el poder estatal o simplemente los órganos del Estado, definidos éstos como *"un cuerpo, integrado por una o más personas, cuya voluntad o voluntades, debidamente expresadas, valen como si fueran manifestación, directa y propia del querer del Estado, o sea, se imputan a éste, de modo que sus consecuencias, favorables o adversas, son experimentadas por la colectividad organizada, en cuyo nombre actúan"*.<sup>30</sup>

Los órganos del Estado están sometidos a lo que en doctrina se denomina "principio de legalidad o principio de juricidad"<sup>31</sup>, que dispone las actuaciones de estos órganos conforme al ordenamiento jurídico, esto es, que el acto administrativo esté ajustado al ordenamiento en su conjunto.

En virtud de este principio la actuación de la administración debe realizarse con una previa habilitación o apoderamiento para actuar, no cabe actuación sin previa habilitación y mucho menos cabe un auto apoderamiento de potestades. En este sentido, el principio de legalidad viene a constituirse como una autorización previa para el actuar de los órganos del Estado, es decir, éstos podrán realizar sólo aquello para lo cual fueron expresamente autorizados y nada más. De esto se desprende uno de los postulados definitorios del derecho público, el de que la autoridad sólo puede hacer aquello para lo cual se halla expresamente facultada, a diferencia de los particulares, que en el ámbito de sus relaciones privadas pueden hacer todo aquello que no les esté explícitamente prohibido.<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> SILVA Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, volumen 4, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, año 2008, pág. 136.

<sup>31</sup> Se ha establecido que se trataría más bien de un principio de juricidad, dado que no se agota con la sujeción sólo a la ley, y supone respetar toda la pirámide normativa, porque se trata más bien de una sujeción al bloque de legalidad.

<sup>32</sup> SOTO Bermúdez, Jorge. El Principio de Legalidad y la Nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de Derecho Común. Revista de Derecho Público, Vol. 70. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2008, págs. 273 y ss. SILVA Bascuñán, ob. cit. pág. 148.

La vinculación positiva de la administración del Estado al ordenamiento jurídico (reconocimiento positivo del principio de legalidad), lo encontramos en nuestro orden normativo en el artículo 6 inciso 1 de la Constitución Política de la República (CPR), que establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.<sup>33</sup> De este artículo se desprende y afirma el principio de supremacía constitucional, esto es, la plenitud normativa de la Constitución, su aplicación inmediata y el carácter imperativo de su contenido; el principio de vinculación directa de la Constitución, es decir, el principio de sujeción de los órganos públicos a la Constitución, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, en el que todos los órganos del Estado deben ser controlados jurisdiccionalmente en su respeto de la Constitución y las leyes, y por consiguiente deben ejercer sus funciones y atribuciones de acuerdo con estos cuerpos normativos.<sup>34</sup>

En consecuencia, el artículo 6 inciso 1 CPR somete a la legalidad la actuación de los órganos del Estado, quedando plenamente vinculadas las acciones de éstos al principio de legalidad.

Por su parte el artículo 7 inciso 1 CPR viene a complementar y fortalecer el principio de legalidad, dado que establece que: *“Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”*. Esto constituye que todos los órganos del Estado deben actuar dentro del ordenamiento jurídico y en el ámbito de sus funciones y atribuciones.

La investidura regular la entendemos como el nombramiento del funcionario o la elección correspondiente de éste, efectuada de manera válida. En la forma que prescribe la ley, constituye el procedimiento o conjunto de procedimientos en que se

---

<sup>33</sup> Una confirmación de lo dicho se contiene en el Art. 2 LBGAE, que dispone: *“Los órganos de la administración del Estado someterán su acción a la Constitución y 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”*.

<sup>34</sup> SOTO Bermúdez, Jorge, ob. cit., pág. 275.

NOGUEIRA, Humberto; PFEFFER Urquiaga, Emilio; VERDUGO Marinkovic, Mario. Derecho Constitucional. Tomo I, 2ª edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002, págs. 131 a 133.

deben emitir los actos de la administración, así como también a las formalidades externas o solemnidades a la que se someten las actuaciones administrativas para que éstas sean válidas.<sup>35</sup> Hemos dejado el segundo de los requisitos, esto es, actuar dentro del ámbito de su competencia, para el final, puesto que presumimos para la materia que nos convoca, que el órgano del Estado ha cumplido con los otros dos requisitos. Actuar dentro del ámbito de su competencia constituye una actuación de acuerdo a las funciones, facultades y atribuciones que determine el ordenamiento jurídico; por consiguiente se prohíbe invocar y hacer efectiva una función que a quien la realice no le haya sido otorgada. Ahora bien, la pregunta que tenemos que realizar es si los órganos del Estado pueden pactar arbitraje o no, la respuesta es solo si la Constitución o la ley<sup>36</sup> le ha conferido aquella atribución y a contrario sensu si no le ha sido conferida aquella atribución el órgano no podrá pactar arbitraje.<sup>37</sup>

Si el órgano del Estado o la persona ha pactado arbitraje y no contaba con la atribución o potestad para hacerlo, el artículo 7 inciso 3 determina que: *“Todo acto en contravención a este artículo es nulo y generará las responsabilidades y sanciones que la ley señale”*. Por consiguiente, aquél acto emanado carece de validez y eficacia, o sea, no produce efecto alguno que repercuta en la organización del Estado, no pudiendo perjudicar a éste ni le causa obligación que deba asumir. Esto es lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado como *nulidad de derecho público*.

---

<sup>35</sup> SOTO Bermúdez, Jorge, ob. cit., pág. 280.

NOGUEIRA, Humberto; PFEFFER Urquiaga, Emilio; VERDUGO Marinkovic, Mario, ob. cit. pág. 134.

<sup>36</sup> *“La autoridad o derechos que pueden ejercerse son exclusivamente aquellas potestades o facultades que a los órganos estatales o a las personas se les haya conferido expresamente por la Constitución o las leyes, con lo cual se rechaza categóricamente toda extensión por analogía o que se deduzca fuera de una interpretación leal de la verdadera intención del precepto. (...)”*

*La facultad ha de ser conferida por la constitución o las leyes, los dos únicos orígenes que permiten invocar y poner en movimiento en determinado aspecto la función directiva tras el bien general. Con ello se rechaza toda otra fuente o título que derive de una órbita inferior y distinta de las dos señaladas. (...) Así, pues, todas las órdenes que queden en el ámbito de la potestad reglamentaria están desprovistas del carácter de leyes...”* SILVA Bascuñán, Alejandro, ob. cit., págs. 145 y 146.

<sup>37</sup> *“Tratándose de derecho administrativo, se dice que la competencia no es otra cosa que la aptitud o facultad de obrar de los diferentes órganos de la administración. Y así entonces, un órgano actuará dentro de su competencia cuando esté facultado para obrar por la ley en ejercicio de determinados actos administrativos y cumpliendo con ciertas atribuciones que la ley señala.*

*De aquí es posible deducir que la competencia, tratándose de la administración del Estado, es esencialmente legal y como norma general será la ley la que determine la competencia de los servicios administrativos”.* SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes, 1ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2001, págs. 46 y 47.



Por otra parte, existe un organismo constitucional autónomo denominado Contraloría General de la República (en adelante CGR), una de cuyas funciones principales y fundamentales es pronunciarse sobre la legalidad y constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado que le son enviados para su toma de razón.<sup>38</sup>

La CGR ha sido definida como *“un organismo superior de control de la administración y que, sobre la base del principio de juricidad, está destinado a garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico, la preservación, el fortalecimiento de la probidad administrativa y la fidelidad y transparencia de la información financiera”*.<sup>39</sup>

El control que ejerce la CGR se traduce en la revisión de las decisiones, acciones u omisiones del órgano del Estado controlado para que se ajusten a la competencia, finalidades, procedimientos y solemnidades señaladas con anterioridad de manera expresa por la CPR y las Leyes.

Estas revisiones se constituyen en dictámenes jurídicos siendo éstos *“informes en derecho que interpretan el sentido y alcance de las leyes administrativas, y por mandato legal ostentan caracteres obligatorios para la Administración del Estado”*.<sup>40</sup> A su vez el órgano superior de control, mediante el dictamen N° 34.053 de 1999, ha sostenido que *“un dictamen consiste en la opinión jurídica o juicio que se emite o forma acerca de la correcta aplicación de un cuerpo normativo y es a esa entidad autónoma a quien se le ha encargado ejercer el control de juricidad de los actos de la Administración, incluyendo el emitir pronunciamientos en derecho con fuerza obligatoria y vinculante”*.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes, 5ª edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2009, págs. 184.

<sup>39</sup> CEA, José Luis. Una visión de la Contraloría General de la República. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Contraloría General de la República. Santiago, Chile, septiembre de 2002, pág. 13.

<sup>40</sup> PANTOJA Bauzá, Rolando. Tratado de Derecho Administrativo. 1ª edición. Abeledo Perrot / Legal Publishing. Santiago, Chile, 2010, pág. 161.

<sup>41</sup> En el mismo sentido los dictámenes N°s 60.079/1958 y 42.638/1975.

Por tanto, los dictámenes de la CGR son obligatorios para los órganos administrativos y para los funcionarios públicos. A su vez, se ha entendido que la inobservancia de un dictamen, constituye, en el fondo, incumplimiento en el caso concreto de la norma interpretada, lo que genera a lo menos responsabilidad administrativa.<sup>42</sup>

Dado que los organismos públicos pueden operar solamente bajo el imperio de una ley que los faculte para realizar determinadas actuaciones, como por ejemplo, el pactar arbitraje, ya sea a modo de un compromiso o una cláusula compromisoria, la CGR se ha pronunciado, dentro de su nutrida y riquísima jurisprudencia administrativa, respecto a si determinados órganos públicos están facultados o no para realizar dichas actuaciones. Es por ello, que a continuación citaremos algunos de los dictámenes jurídicos más ejemplificadores en atención a la facultad que tienen o no los órganos públicos de pactar arbitraje:

*Dictamen N° 2.473/1973, “devuelve decreto del ministerio del trabajo y previsión social, por el cual se aprueba contrato de prestación de servicios suscrito entre la caja de previsión de la marina mercante y una sociedad particular, sobre realización de una auditoría externa de los estados financieros que especifica, por cuanto no se indica la disposición legal que serviría de fundamento a lo estipulado en orden a que cualquier dificultad que surja entre las partes será resuelta por un árbitro arbitrador, puesto que los organismos administrativos solo pueden someter a arbitraje los asuntos en que tengan interés siempre que una norma legal los faculte expresamente...”.*

*Dictamen N° 6.148/1992, “devuelve resolución de la dirección general de obras públicas que aprueba convenio celebrado entre dirección de riego y asociación de*

---

<sup>42</sup> OSTARQUIZA, Gastón. A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamentos, condiciones y criterios. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Contraloría General de la República. Santiago, Chile, Septiembre de 2002, pág. 168. Por otra parte, se ha establecido que “*El organismo contralor carece de la potestad de imponer sanciones a los funcionarios públicos, teniendo que limitarse a formular proposiciones a la dirección de los servicios para que ellos tomen las medidas pertinentes, pero pudiendo también poner estas actuaciones en conocimiento del CDE o, incluso, iniciar directamente el correspondiente juicio de cuentas con el fin de hacer efectivas las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos comprometidos*”. TOMASSINI, Luciano. Evolución de la función fiscalizadora en Chile. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Contraloría General de la República. Santiago, Chile, Septiembre de 2002, pág. 93.

*canalistas relativo al aporte de regantes al estudio de factibilidad de embalse. Ello, porque no procede clausula que somete a arbitraje las dificultades que surjan de la ejecución, interpretación y cumplimiento del convenio, puesto que las entidades públicas no pueden suscribir pactos en ese sentido, a menos que exista una norma legal expresa que las autorice, lo que no ocurre en este caso...”.<sup>43</sup>*

Dictamen N° 2.938/1985, “convenio de préstamo acordado entre dirección de metro y banco nacional de parís y banco paribas, para financiar componente importada del proyecto extensión línea núm/2 del metro, y parte de los gastos locales, se fundamenta en dl 257/74 art/2, que faculta al director de ese servicio para suscribir ad-referéndum en nombre del fisco chileno, dirección general de metro, los convenios de créditos internos y externos para el financiamiento de sus obras, norma que satisface exigencia de una ley que autorice para contratar empréstitos prevista en constitución pol art/60 núm/7. Asimismo, con dto. 965/84 hacienda se da cumplimiento a dl 1263/75 art/44, y al disponerse que los documentos sean firmados por tesorero general y refrendados por contralor se cumplen art/45 y art/46 de ese dl. estipulaciones que entregan conocimiento de asuntos derivados de la aplicación de estos contratos a tribunales extranjeros y al derecho extranjero, así como la renuncia a la inmunidad de ejecución, al señalamiento de domicilio y a la designación de mandatarios en el extranjero, se ajustan a dl 2349/78 art/4 núm/1, sin que obste el tratarse de; tribunales arbitrales, puesto que autorización del dl 2349 puede referirse tanto a un tribunal ordinario como especial, y si bien no hay norma expresa que autorice al metro para ello, tampoco existe alguna que lo prohíba, por lo que puede entenderse permisiva la disposición del art/4 citado en relación con art/7 del dl 2349/78...”.

Dictamen 43.551/1988, “cursa dto. 2085/88 uchile que dispone que dicha universidad podrá celebrar pactos de arbitraje, compromisos o clausulas compromisorias, para someter al conocimiento y decisión de jueces árbitros las controversias que surjan en relación con contratos o convenciones que celebre con personas naturales o jurídicas, porque las disposiciones del dfl 153/81 educa, otorgan a esa entidad atribuciones para

---

<sup>43</sup> En el mismo sentido dictámenes N°s 1.800/1985, 2.331/1995, 2.969/1987, 6.868/1995, 14.984/1989, 15.903/1991, 16.956/1992, 25.754/1991, 26.335/1984, 30.394/1987, 3.517/1998, 13.821/1995, 17.160/1996, 36.764/2008, 54.844/2003, 1.682/1994.

*celebrar los actos jurídicos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y, por otra parte, debe considerarse que conforme art/6 del mismo texto, no son aplicables a esa casa de estudios las limitaciones genéricas que, en materia de estipulación de arbitrajes y cláusulas arbitrales contempla el ordenamiento jurídico. Así, entiende esta entidad que las disposiciones citadas en el estatuto orgánico, constituyen el fundamento legal exigido por constitución por art/7 de la facultad que se explicita mediante el reglamento analizado. Deja sin efecto todo pronunciamiento contrario al criterio establecido en este oficio".<sup>44</sup>*

Por último, debemos tener en consideración, ya que a nuestro parecer resulta de suma relevancia, referirnos a las empresas públicas o empresas del Estado, toda vez que son órganos públicos que celebran grandes cantidades de contratos y cuya participación, tanto en el comercio nacional como internacional, da cabida a desacuerdos y disputas que necesitan de una rápida resolución, siendo el arbitraje un camino viable y óptimo para aquella aspiración.

Primero, tenemos que diferenciar aquellas empresas que son efectivamente empresas del Estado<sup>45</sup> de aquellas empresas públicas que son sociedades del Estado<sup>46</sup>. Es importante esta diferenciación dado que ambas tienen un estatuto jurídico aplicable diverso. Las primeras son personas jurídicas de derecho público, independientes del fisco (con patrimonio propio), y creadas mediante una ley de quórum calificado en virtud de lo establecido en el artículo 19 N°21 inciso 2 CPR. Estas empresas tienen las facultades que la ley que los crea señala, es decir, aquella empresa cuya ley no le faculta la posibilidad de celebrar compromisos o pactar cláusulas compromisorias, no podrá hacerlo bajo ningún respecto.

Las segundas son personas jurídicas de derecho privado, creadas o habilitadas igualmente por medio de una ley de quórum calificado en virtud de lo señalado en el artículo 19 N° 21 inciso 2 CPR, pero que sin embargo, se les aplica en su regulación el

---

<sup>44</sup> En el mismo sentido dictámenes N°s 15.887/1985 y 16.650/2001.

<sup>45</sup> ENAMI, ENAP, TVN, EFE, CODELCO, Correos de Chile, Empresa Nacional de Aeronáutica, entre otras.

<sup>46</sup> Metro de Santiago, Banco Estado, entre otras.

estatuto de derecho privado, no siéndole aplicable la prohibición general de pactar arbitraje, facultada entonces celebrar compromisos o pactar cláusulas compromisorias.

### 1.3. AUTORIZACIÓN LEGAL PARA PACTAR ARBITRAJE POR PARTE DEL ESTADO: ALGUNOS CASOS ESPECÍFICOS.

#### 1.3.1. Ley sobre incentivos para el desarrollo económico de las provincias de Arica y Parinacota.

La ley N° 19.420 sobre incentivos para el desarrollo económico de las provincias de Arica y Parinacota fue publicada en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1995 y fue modificada por el DFL N° 1 de septiembre de 2001. En su artículo 10 señala que se autoriza en las provincias ya mencionadas el establecimientos de recintos denominados centros de exportación para el ingreso, depósito y comercialización al por mayor de mercancías. A su vez, expresa que la administración y explotación de estos centros será entregada por el Estado de Chile mediante licitación, a través del Ministerio de Hacienda, a las personas naturales o jurídicas que cumplan con los requisitos y exigencias establecidos en las bases que al efecto determine dicha Secretaría de Estado. La adjudicación de la administración y explotación de los centros se verificará mediante contratos cuyas condiciones serán pactadas con el interesado de conformidad a las leyes nacionales. Los requisitos y condiciones generales de los procesos de licitación, de las bases y de los contratos de concesión relativos a la administración y explotación de los centros de exportación, serán establecidos mediante decreto supremo expedido a través del Ministerio de Hacienda. Las bases señaladas, así como el contrato respectivo, podrán exigir a los administradores la construcción y explotación de recintos destinados a la exhibición de productos y prestación de servicios anexos, como banca, transportes, seguros u otros, así como la habilitación de instalaciones y equipamiento necesario para el funcionamiento de los servicios fiscalizadores. Por último, señala que toda controversia que se suscite con todo lo señalado anteriormente entre el Ministerio de Hacienda y las personas jurídicas o naturales que se hayan adjudicado el proceso de licitación, esto es con motivo de

aquellos procesos de licitación, de la celebración e interpretación de los contratos de concesión y de la administración y explotación de los centros de exportación, se someterá a la decisión de un juez árbitro arbitrador, esto es, fallará de acuerdo lo que su prudencia y equidad le dictaren y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estos nada hubieren expresado, los que establece para este caso el CPC, quien conocerá en única instancia, y será elegido de común acuerdo por las partes en conflicto y, a falta de acuerdo, por la justicia ordinaria.

### 1.3.2. Ley de Concesiones de Obras Públicas.

Primero que todo y antes de entrar a analizar la ley de concesiones de obras públicas, debemos señalar que el Estado, dentro de sus funciones, tiene el deber de servir a la sociedad, toda vez que el artículo 1 inciso 4 CPR, establece que: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

Este principio, denominado principio jurídico de servicialidad del Estado, presenta importantes reflejos en los contratos de concesión de obras públicas y en la solución de controversias derivadas de éste, dado que el Estado chileno al implantar un sistema de concesiones de obras públicas, para revertir el déficit de infraestructura que impedía el desenvolvimiento económico del país, instituye un régimen legal capaz de asegurar y atraer al sector privado a participar en el sistema de concesiones de obras públicas. A su vez, como el sistema de solución de controversias queda establecido por ley, facilita y propicia a obtener una mayor adherencia de la iniciativa privada, ya que existiría un órgano neutro y especializado destinado a resolver las controversias derivadas del contrato de concesión de obras públicas. Dado lo anterior, la Administración asegura su deber de servir a la sociedad en lo que a la materia

respecta, cumpliendo de esta manera con el principio jurídico de servicialidad del Estado.<sup>47</sup>

Al analizar la ley, el artículo 36 del DFL N°164 de 1991, modificado y actualizado por la ley N° 19.252 de 1993, por la ley N° 19.460 de 1996 y por la ley N° 20.410 de 2010, relativo a la ejecución, reparación, conservación y explotación de obras públicas fiscales por el sistema de concesión, dispone que las discrepancias de carácter técnico o económico que se produzcan entre las partes durante la ejecución del contrato de concesión de obras públicas, podrán someterse a la consideración de un Panel Técnico a solicitud de cualquiera de ellas. Este Panel Técnico, que no ejercerá jurisdicción, deberá emitir, de acuerdo con el procedimiento público, establecido en el reglamento de la ley, una recomendación técnica, debidamente fundada, dentro del plazo de 30 días corridos, prorrogable por una sola vez, contado desde la presentación de la discrepancia. La recomendación será notificada a las partes y no tendrá carácter vinculante para ellas. Aquella recomendación del panel no obstará a la facultad del concesionario para accionar posteriormente ante una Comisión Arbitral o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, aunque la controversia recaiga sobre los mismos hechos; siendo así, la recomendación podrá ser considerada por la Comisión Arbitral o por la Corte de Apelaciones como un antecedente para la dictación de la sentencia.

La presentación de una discrepancia ante el Panel Técnico, referida a la dictación de una resolución del Ministerio de Obras Públicas, no suspenderá sus efectos.

En cuanto a la composición del panel de técnico, ya mencionado, se encuentra regulado en el artículo 36 inciso séptimo de la ley de concesiones de obras públicas. De acuerdo a esta normativa, el panel técnico estará integrado por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras. Estos profesionales deberán tener una destacada trayectoria profesional o académica, en las materias técnicas, económicas o jurídicas del sector de concesiones de infraestructura, según sea el caso. Además, estos profesionales no podrán estar ni haber estado en los

---

<sup>47</sup> LEMES, Selma. Arbitragem na Administração Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. Editora Quartier Latin do Brasil. Sao Paulo, inverno de 2007, págs. 197 a 209.

doce meses previos a su designación, relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios; ni podrán estar, ni haber estado en los doce meses previos a su designación, relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones. Las inhabilidades e incompatibilidades antes señaladas, se mantendrán respecto de cada integrante, hasta un año después de haber terminado su período.

Los integrantes del Panel Técnico serán nombrados por el Consejo de Alta Dirección Pública, establecido en la ley N°19.882, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En el marco del concurso, el Consejo de Alta Dirección Pública deberá constatar la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades que les afecten. El concurso deberá cumplir con el procedimiento establecido en el reglamento de la ley de concesión de obras públicas, y desarrollarse en un plazo máximo de 60 días corridos. El nombramiento de los integrantes así designados se efectuará mediante resolución del Ministerio de Obras Públicas.

Los integrantes del Panel Técnico, permanecerán seis años en sus cargos, y no podrán ser designados para períodos sucesivos. Su renovación se efectuará parcialmente cada tres años, empezando por los dos abogados. Las designaciones serán efectuadas en listas únicas por el Consejo de Alta Dirección Pública, con acuerdo de cuatro quintos de sus integrantes.

El Panel contará con un secretario abogado que tendrá las funciones que fije el reglamento y será de dedicación exclusiva, pudiendo ejercer actividades académicas en universidades reconocidas por el Estado.



Una vez constituido, el Panel Técnico elegirá de entre sus integrantes al miembro que lo presidirá por los siguientes tres años. El presidente será de dedicación exclusiva, pudiendo ejercer actividades académicas en universidades reconocidas por el Estado. El quórum mínimo para sesionar será de tres de sus integrantes, a lo menos dos de los cuales no deberán ser abogados si se tratare de discrepancias generadas durante el período de construcción, y los acuerdos se adoptarán por simple mayoría, decidiendo el voto del presidente en caso de empate.<sup>48</sup>

La incorporación de este mecanismo vino a perfeccionar el sistema arbitral de resolución de controversias de los contratos de concesiones de obras públicas en Chile, recogiendo la experiencia internacional de los “Dispute Boards”<sup>49</sup>, ya que ha sido un mecanismo empleado de manera exitosa, tanto en Europa como Estados Unidos durante los últimos veinte años. Éstos constituyen una etapa pre-arbitral y resultan útiles en contratos de construcción a mediano y largo plazo, ya que permiten resolver conflictos en forma oportuna durante el desarrollo de las obras, puesto que por su naturaleza y características requieren de una solución rápida para ser eficaz.<sup>50</sup>

En virtud de lo establecido en el artículo 36 bis de la ley de concesiones de obras públicas, 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,

---

<sup>48</sup> Con anterioridad a la reforma del año 2010, se dispuso que las controversias o reclamaciones que se produjeran con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión a que dé lugar su ejecución, se elevarían al conocimiento de una comisión que buscaría la conciliación entre las partes. Si ésta no se produjere en el plazo de 30 días, el concesionario podía solicitar a la comisión conciliadora, en el plazo de 5 días, que se constituya en comisión arbitral, o recurrir, en el mismo plazo, ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

<sup>49</sup> Se han desarrollado tres tipos diferentes de “Dispute Boards”, cada uno de ellos con facultades distintas, esto es Dispute Review Boards (DRBs), Dispute Adjudication Boards (DABs) y Combined Dispute Boards (CDBs). Los DRBs se caracterizan por que sus miembros sólo emiten recomendaciones. Si las partes no las rechazan dentro de cierto plazo, dichas recomendaciones sobrevienen en obligatorias. Los DABs emiten decisiones, que tienen el carácter de provisionalmente obligatorias, las que pueden ser revisadas en una instancia arbitral a requerimiento de una de las partes. Los CDBs constituyen un híbrido, que, como regla general, emite recomendaciones, pero si una de las partes requiere una decisión por el panel y la otra parte no lo objeta, el CDB evacuará una decisión que tendrá carácter de obligatoria para las partes. En Chile estaríamos bajo la modalidad de DRB, ya que las recomendaciones que emita frente a los conflictos que se le plantee no tendrán el carácter de obligatorias para las partes, dado que podrán posteriormente someterla a la decisión del tribunal arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago. FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo. El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los “Dispute Boards o Paneles Técnicos de Expertos”. [en línea] [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/nacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/nacional.html), págs. 9 y 10.

<sup>50</sup> FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo. El Arbitraje en los Contratos, ob. cit., págs. 8 a 13.

podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago. 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 del contrato de concesión a que se refiere el Art. 28 de la ley de concesiones, 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.<sup>51</sup>

En cuanto a la composición de la Comisión Arbitral, el mismo artículo 36 bis señala que estará integrada por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de éstos la presidirá. Los integrantes serán nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos, la primera de ellas compuesta por abogados y confeccionada al efecto por la Corte Suprema, y la segunda, compuesta por profesionales designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante concurso público de antecedentes, fundado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias. En el marco del concurso, tanto la Corte Suprema como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, deberán constatar la idoneidad de los profesionales elegidos y la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades que les afecten.<sup>52</sup> La incorporación de este artículo, viene sin duda

---

<sup>51</sup> Con anterioridad a la reforma la comisión conciliadora podía pasar a constituirse en comisión arbitral. Se prescribía que solicitada la intervención de la Comisión, ella buscaría la conciliación entre las partes. Si ésta no se produjere en el plazo de 30 días, el concesionario podía solicitar a la Comisión, en el plazo de 5 días, que se constituyera en Comisión Arbitral, o recurrir, en el mismo plazo ante la Corte de Apelaciones de Santiago. En el primer caso, la Comisión actuaría de acuerdo a las normas fijadas para los árbitros arbitradores y tendría el plazo de 30 días para fallar, plazo durante el cual se mantendría la suspensión de los efectos de la resolución o decisión del Ministerio. El fallo de la Comisión, en este caso, no sería susceptible de recurso alguno.

<sup>52</sup> La antigua comisión arbitral estaba integrada por un profesional universitario designado por el MOP, otro profesional universitario designado por el concesionario y un tercer profesional universitario designado de común acuerdo por las partes, quien presidiría; a falta de acuerdo, éste último es designado por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Se ha considerado que esta forma de designación desnaturalizaba la figura del árbitro, el que más que un tercero llamado a resolver la contienda, podía pasar a convertirse en un mandatario de la parte, desfigurándose su misión. En efecto, ha sido habitual que los profesionales nombrados tanto por el concesionario como por el MOP, sean personas de confianza de cada uno de ellos, e incluso profesionales adscritos a la empresa o al ministerio, por lo que, en realidad no son más que representantes de las

a mejorar la aplicación de la institución del arbitraje en esta materia, puesto que los árbitros que constituyan la Comisión actuarán con una real independencia e imparcialidad, entregando una mayor objetividad al proceso.

El concurso deberá cumplir con el procedimiento establecido en el reglamento de la ley de concesiones públicas, y desarrollarse en un plazo máximo de 60 días corridos.

Las nóminas de expertos estarán conformadas, la primera de ellas, por veinte abogados y, la segunda, por diez profesionales universitarios de áreas ligadas a la economía, la ingeniería o la construcción, y sólo podrán figurar y permanecer en ellas quienes tengan una destacada actividad profesional o académica en sus respectivas áreas de desempeño, acrediten a lo menos diez años de ejercicio profesional y no estén relacionados con empresas concesionarias de obras públicas, sea como directores, trabajadores, asesores independientes, accionistas, o titulares de derechos en ellas o en sus matrices, filiales, coligantes o coligadas, o con empresas constructoras o de ingeniería subcontratistas de los concesionarios, ni haberlo estado en los doce meses previos a su designación. Asimismo, no podrán estar relacionados con el Ministerio de Obras Públicas, ser dependientes del mismo u otros servicios públicos o prestar servicios remunerados al Ministerio de Obras Públicas o a otros servicios públicos vinculados directa o indirectamente a la actividad de concesiones, ni haberlo estado en los doce meses previos a su designación.

Las dos nóminas de expertos se renovarán parcialmente cada cinco años mediante nuevo concurso público de antecedentes, no pudiendo figurar ningún profesional en ella por más de quince años consecutivos o discontinuos. A falta de acuerdo de las partes en uno o más integrantes, su nombramiento será efectuado por sorteo ante el secretario del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de entre los candidatos incluidos en las nóminas.

---

respectivas partes. FIGUEROA Valdés. Juan Eduardo. Resolución Controversias Ley de Concesiones Obras Públicas. [en línea] [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/nacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/nacional.html), pág. 5. Los integrantes de la comisión al ser designados por el MOP y el concesionario carecerían de imparcialidad e independencia, cobrando suma importancia el tercer miembro, puesto que estaría en condiciones de resolver libre de influencias de las partes. LEMES, Selma, ob. cit., págs. 229 y 230.

Los integrantes de la Comisión deberán ser designados al inicio de la respectiva concesión y la Comisión, a su vez, deberá quedar constituida dentro de los 30 días siguientes a dicha designación. Sus integrantes permanecerán en el cargo durante toda la vigencia del respectivo contrato de concesión. No obstante, podrán ser reemplazados de común acuerdo, cuando ello sea necesario o se estime conveniente, o a solicitud de cualquiera de las partes, por una sola vez, siempre que hubieren transcurrido más de tres años desde la fecha de su nombramiento y no estuvieren conociendo de una reclamación. Ello, sin perjuicio de las inhabilidades e incapacidades sobrevinientes que pudieren afectar a alguno de los integrantes, en cuyo caso se aplicará para el nombramiento de su reemplazante el procedimiento señalado en el párrafo anterior.

Los integrantes de la Comisión serán remunerados por el respectivo concesionario y el Ministerio de Obras Públicas, por partes iguales, en la forma y con los límites que establezca el reglamento.

La Comisión, en cuanto se designen sus integrantes y se constituya, deberá determinar el modo en que se le formularán las reclamaciones y el mecanismo de notificación que empleará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que emita, y dictará las demás normas de procedimiento que estime pertinentes. Entre estas últimas se encontrarán las que regulen la audiencia de las partes y aquellas correspondientes a los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que las partes aporten.

Las partes, salvo disposición en contrario de la ley de concesiones, deberán formular sus reclamaciones a la Comisión dentro del plazo de dos años contados desde la puesta en servicio definitiva de la obra, si el hecho o ejecución del acto que las motiva ocurriese durante la etapa de construcción, y de dos años contados desde la ocurrencia del hecho o desde que hubieren tenido noticia del mismo si así se acreditare fehacientemente, si éste ocurriese en etapa de explotación.

El plazo para reclamar contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas será de un año, el que se reducirá a 120 días en el caso de resoluciones que impongan multas, plazo que en todo caso se suspenderá por la interposición de los correspondientes recursos de reposición o jerárquico, hasta su resolución. Vencidos estos plazos prescribirá la acción.

Sometido un asunto a conocimiento de la Comisión y hasta antes de la citación para oír sentencia, podrá llamar a conciliación, de oficio o a solicitud de alguna de las partes, y proponer, oralmente o por escrito, bases de arreglo dentro de los 30 días corridos siguientes a aquél en que se notifique la resolución que llama a conciliación.

La Comisión Arbitral tendrá las facultades de árbitro arbitrador<sup>53</sup> en cuanto al procedimiento y apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, admitiendo además de los medios de prueba indicados en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil<sup>54</sup>, cualquier otro medio, indicio o antecedente que, en concepto de la Comisión, sea apto para establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. El proyecto de ley planteó la posibilidad de que la Comisión Arbitral tuviera las facultades para actuar como árbitro mixto, esto es, con fallo en derecho, libre admisibilidad de prueba y apreciación de ella en base a la sana crítica. Sin embargo, la ley dejó con las mismas facultades de árbitro arbitrador que tuvo la antigua Comisión Arbitral a la nueva. Esto último ha sido criticado sobre la base de que desde el momento que la Comisión Arbitral tiene facultades para conocer y resolver como árbitros arbitradores, pueden hacerlo no sólo apartándose de la ley, sino que incluso del tenor literal de los contratos, debiendo, en todo caso, resolver de acuerdo a las normas de su prudencia, conciencia o criterio, para lo cual puede recurrir, entre otras cosas, a las normas que sobre interpretación de los contratos proporciona el Código Civil en sus artículos 1560 y siguientes.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> El artículo 223 del COT señala: *“El arbitrador fallará de acuerdo lo que su prudencia y equidad le dictaren y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si estos nada hubieren expresado, los que establece para este caso el CPC”*.

<sup>54</sup> artículo 341 CPC: *“Los medios de prueba de que puede hacerse uso en juicio son: Instrumentos; Testigos; Confesión de parte; Inspección personal del tribunal; Informes de peritos; y Presunciones”*.

<sup>55</sup> FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo, Resolución Controversias... Ob. cit., pág. 51.

La Comisión tendrá un plazo de 60 días hábiles, contado desde que se cite a las partes al efecto, para dictar sentencia definitiva con arreglo a derecho, la que será fundada, y deberá enunciar las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado.

La sentencia definitiva no será susceptible de recurso alguno. Esta última y todos los escritos, documentos y actuaciones de cualquier especie que se presenten o verifiquen en el curso del procedimiento, serán publicados en la forma que establezca el reglamento de la ley.

En caso que se optare por recurrir ante la Corte de Apelaciones, según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 36 bis, se aplicará el procedimiento establecido en los artículos 69 a 71 de la ley N° 18.840, Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile, y se estará a las siguientes disposiciones: 1.- No será exigible boleta de consignación; 2.- El traslado del recurso se dará al Director General de Obras Públicas.

El artículo 36 ter de la ley de concesiones, establece que el concesionario sólo podrá solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo reclamado ante la Comisión Arbitral desde que se encuentre constituida de conformidad con el Art. 36 bis, o ante la Corte de Apelaciones de Santiago, en su caso.

Dicha solicitud se tramitará con audiencia del Ministerio y para decretarla deberán existir motivos graves y calificados, debiendo acompañarse comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Arbitral no podrá, en caso alguno, autorizar o disponer la paralización de la construcción de las obras o de la prestación del servicio por un plazo superior a sesenta días, sea directamente o mediante la suspensión de los efectos de un acto del Ministerio de Obras Públicas, a menos que existiere acuerdo entre las partes en cuanto a mantener dicha paralización.

## **CAPÍTULO II**

### **PARTICIPACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN.**

#### **2.1. DESCRIPCIÓN HISTÓRICA Y ASPECTOS GENERALES.**

Cómo vimos en el capítulo anterior el Estado chileno y sus organismos sólo podrán pactar arbitraje, ya sea nacional o internacional, si existe una ley que lo faculte para ello en virtud del principio de legalidad. En este capítulo analizaremos los sistemas más relevantes en materia de arbitraje internacional, teniendo al Estado o a sus organismos como partes integrantes de éste.

Desde una perspectiva histórica, a partir del siglo XIII, los países de Europa y con posterioridad Estados Unidos, aplicaron en países que llamaban no civilizados la doctrina de la protección diplomática, que fue desarrollada por Vattel durante el mismo siglo, quien justificaba la intervención de un Estado en los asuntos internos de otro, con el argumento de que el perjuicio al nacional de un Estado constituía un agravio para este último y justificaba represalias. Esta doctrina fue incorporada a la política internacional de Europa y de Estados Unidos y se utilizó para justificar diversas intervenciones en América Latina y otras regiones del planeta.<sup>56</sup>

América Latina reaccionó frente a las intervenciones extranjeras mediante la doctrina Calvo y la doctrina Drago<sup>57</sup>. La primera, que se desarrolló a partir de 1873, invocó la jurisdicción exclusiva de los Estados para conocer y juzgar la conducta de extranjeros

---

<sup>56</sup> BIGGS, Gonzalo. Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales. Revista de la CEPAL, N° 80. Santiago, Chile, agosto de 2003, pág. 104.

BIGGS, Gonzalo. La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional. En: Estudios de Arbitraje, en homenaje a don Patricio Aylwin, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

<sup>57</sup> La doctrina Drago fue iniciativa del Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina Luis María Drago en 1903 como reacción en contra de un laudo arbitral de un tribunal establecido por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, que justificó la ocupación militar de los puertos de Venezuela para el cobro de créditos de diversos países europeos.

dentro de su territorio.<sup>58</sup> La segunda rechazó el uso de la fuerza para el cobro de las deudas de los Estados.

La Carta de las Naciones Unidas y de la OEA (Organización de Estados Americanos), incorporaron el principio de no intervención, lo que impidió que pudiera invocarse legalmente la protección diplomática. Sin embargo, los países industrializados siguieron con la práctica intervencionista, fundamentalmente en materia de expropiación de inversiones. Con el objeto de resolver esta dificultad, el Banco Mundial, propuso, en 1964, la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, a fin de sustraer de las jurisdicciones locales la resolución de disputas relacionadas con inversiones extranjeras para impedir que se convirtieran en conflictos entre Estados. América Latina rechazó colectivamente su incorporación al CIADI, conocido dicho acto como “el No de Tokyo”<sup>59</sup>, aún cuando éste, con el propósito de asegurar la incorporación de los países latinoamericanos, eliminara la subrogación de un inversionista por el Estado del cual fuera originario.

Con posterioridad hubieron otras manifestaciones negativas hacia el arbitraje internacional, ya que la doctrina Calvo, que como señalamos más arriba, tuvo su fundamento el sometimiento exclusivo de los conflictos en materia de inversiones a las leyes y tribunales del Estado receptor de la inversión y a la obligación de renuncia por parte del inversor del ejercicio de la protección diplomática por parte de su propio Estado, fue incorporada a instrumentos multilaterales como la Decisión N° 24 de la Comisión del Acuerdo de la Junta de Cartagena de 1970, que aprobó el Estatuto del Inversionista Extranjero, del cual Chile ya no es miembro.<sup>60</sup>

Sin embargo, esta posición fue cambiando, ya que en la actualidad la mayoría de los países aceptan el arbitraje comercial internacional cómo un método eficaz de solución

---

<sup>58</sup> “México fue el primer país en aplicar la doctrina Calvo en 1873. Ésta se convirtió, rápidamente en un principio de aceptación general en América Latina y fue incorporada en las constituciones y legislaciones de casi todos los países. Experiencias internacionales negativas justificaron la doctrina Calvo y contribuyeron a una actitud hostil hacia el arbitraje internacional”. BIGGS, Gonzalo. Solución de controversias... ob. cit. pág. 104.

<sup>59</sup> Ciudad donde se realizó la Asamblea del Banco Mundial.

<sup>60</sup> Sus miembros son Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela.



de controversias. Este proceso comenzó con la incorporación a la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Le siguió la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, conocida como Convención de Panamá. Culmina con los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (APPIs), incluyendo los Capítulos de Inversiones de los Tratados de Libre Comercio (TLC), y la incorporación al CIADI de la mayoría de los países.

En Chile con la dictación del estatuto del inversionista extranjero, Decreto Ley N° 600, de 1974, cuyo objetivo fue promover la inversión extranjera, constituyó el primer paso para mudar de aires el enfoque que el país tenía respecto al arbitraje internacional. El nuevo orden económico, marcado por la doctrina neoliberal introducida al país a raíz del escenario político de la época, resultó incompatible con las antiguas visiones respecto al tratamiento del inversionista extranjero, como el Estatuto de la Junta de Cartagena de 1970, que fue aprobado por Chile, pero que se sustrajo de él en 1974, a fin de hacer concordantes las nuevas políticas internas con el orden internacional en esta materia. Es más, para mantener la consistencia política y económica, Chile, el 30 de octubre de 1976, se retira del Pacto Andino.

Lo señalado anteriormente se fue perfeccionando con la ratificación de la Convención de Nueva York, el 2 de octubre de 1975, y la Convención de Panamá, el 30 de octubre del mismo año. Además, en 1977, se suscribió, con Alemania, el primer Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones (APPI), que estableció el arbitraje internacional para la solución de controversias que pudieran surgir bajo el Acuerdo.

Todo esto se fue complementando con la dictación del Decreto Ley 2.349, del Ministerio de Hacienda, de 13 de octubre de 1978 y publicado en el diario oficial el 28 de octubre del mismo año, cuyo objetivo fue facilitar el endeudamiento externo del Estado, declarando válidos para tales efectos, los pactos destinados a someter a derecho extranjero determinados contratos internacionales y las estipulaciones por las cuales se hubieran sometido o se sometieran controversias de tales contratos

(celebrados por el Estado, sus organismos, instituciones o empresas), a las jurisdicciones de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales.

Posteriormente, con la llegada de la década de los ´90, en Latinoamérica se inició una nueva etapa para las regulaciones en materias de inversión extranjera, como consecuencia de la internacionalización de la economía, negociando al efecto, diversos tratados en el ámbito económico, destacándose los APPIs y los TLC que contemplan dentro de su estructura, capítulos relativos a inversiones.

Nuestro país, teniendo en cuenta la internacionalización de su economía y los cambios legislativos que se estaban implementando en otros países de la región, con el objeto de atraer capitales extranjeros, evaluó la posibilidad, como veremos más adelante, de negociar APPIs. A raíz de estos acontecimientos, Chile suscribió el 24 de octubre de 1991 el CIADI, que aprobado por el Congreso se publicó en el D.O. el 9 de enero de 1992. Como consecuencia de esto, surge la posibilidad de someter controversias jurídicas relativas a inversiones a arbitraje internacional, combinando la calidad de Chile como suscriptor de este Convenio y signatario de tratados bilaterales en materia de inversiones.<sup>61</sup>

Se ha señalado que la Convención de Washington y los diversos tratados de protección de las inversiones suscritos por sus miembros, desde una perspectiva jurídica Kelseniana, pueden ser vistos respecto de los Estados contratantes como una nueva carta fundamental en materia de inversiones de aplicación superior y preferente.<sup>62</sup> Idea que no compartimos del todo, dado que el hecho de suscribir el convenio, no obliga ni directa ni preferentemente a los Estados someterse, como regla general, a las reglas del CIADI para resolver disputas relativas a inversiones. En el caso de los APPIs resulta ser distinto, puesto que siempre será aplicable a los Estados signatarios del acuerdo respectivo, acuerdo que contemplará mecanismos de solución

---

<sup>61</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, *Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias*. 1ª Edición. Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2005, pág. 179.

<sup>62</sup> ESPINOZA Riera, Sergio Andrés. *Acciones Privadas para la protección de inversiones ante el Ciadi*. *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 10. Legis Editores. Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile, abril-junio de 2007, pág. 92.

de controversias obligatorios para dichos Estados. En este caso es de suma importancia el consentimiento que los Estados partes han entregado en el acuerdo, porque si se ha optado al mecanismo CIADI para resolver las disputas, será obligatoria su aplicación. Así las cosas, desde una perspectiva jurídica Kelseniana los APPIs pueden ser vistos como una carta fundamental en materia de inversiones de aplicación superior y preferente, no así la Convención de Washington.

## 2.2. ANÁLISIS SISTEMA CIADI.

### 2.2.1. Antecedentes Históricos y Objetivo del Centro.

El establecimiento del Centro internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, también conocido por su sigla en inglés ICSID (International Centre for Settlement of Investment Disputes), tuvo su origen el 18 de marzo de 1965 en la ciudad Washington, mediante una iniciativa del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) comúnmente conocido como Banco Mundial, en virtud de un Convenio Multilateral.<sup>63</sup> Con esta creación se pretendía mejorar la atmósfera de confianza mutua entre el inversionista y el Estado receptor y así fomentar las inversiones de países industrializados en los países en vías de desarrollo, hecho que parece estar en buena parte cumplido, dado que efectivamente las inversiones se han incrementado en los países más pobres.<sup>64 65</sup>

---

<sup>63</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., págs. 107 a 109.

<sup>64</sup> VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. Revista de Derecho de la Empresa, N° 8. Legis Editores. Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile oct.-dic. 2006, pág. 10.

<sup>65</sup> "Fue a partir de la Resolución N° 174 de la Junta de Gobernadores, del 18 de septiembre de 1962, que se autorizó a los directores ejecutivos a estudiar la viabilidad de establecer una organización que se ocupara de la resolución de diferencias entre Estados e inversionistas, mediante procedimientos de conciliación y arbitraje. A partir de 1963, juristas de 86 países se reunieron ante la solicitud del presidente del Banco Mundial en Addis-Ababa y, posteriormente en Santiago de Chile, Ginebra y Bangkok para discutir el Proyecto de Convenio del Ciadi preparado por el personal del organismo. Le sucedieron otras reuniones de un comité legal formado por representantes de 61 Estados miembros con los directores ejecutivos del Banco. Estos últimos sometieron el texto del Convenio del Ciadi a consideración de los gobiernos miembros del Banco el 18 de marzo de 1964, entrando finalmente en vigor en 1966". ÁLVAREZ

Al 11 de abril de 2014, 159 Estados han firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. De ellos 147 Estados han depositado instrumentos de ratificación, pasando a ser Estados Contratantes<sup>66</sup>. Chile se suscribió al acuerdo y se hizo miembro el 24 de octubre de 1991, mediante el Decreto Supremo N° 1304 del mismo año del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 9 de enero de 1992.<sup>67</sup>

El CIADI es una organización internacional de carácter público. Su objetivo es facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones del Convenio.<sup>68</sup>

De esta manera se busca facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes, tanto por vía diplomática, esto es a través de la conciliación, como por vía jurídica, a través de un procedimiento arbitral.

Los preceptos relativos a la estructura del CIADI y a sus procedimientos de arbitraje y conciliación se encuentran, básicamente, en cinco textos legales: a) el Convenio de Washington, b) el Reglamento Administrativo y Financiero, c) las Reglas de Iniciación, d) las Reglas de Arbitraje y e) las Reglas de Conciliación. Además, existe el denominado Reglamento del Mecanismo Complementario, destinado, entre otros, a controversias en las que un Estado no es miembro del CIADI o no se disputa un caso de inversión.<sup>69</sup>

---

Ávila, G, Las características del arbitraje del Ciadi, en Revista Jurídica, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. II, citado por VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Arbitraje ante... ob. cit. pág. 10.

<sup>66</sup> Información obtenida en <http://icsid.worldbank.org>

<sup>67</sup> Los siguientes países aún no han ratificado la Convención del CIADI: Canadá, México, India, Brasil y Rusia.

<sup>68</sup> Art. 1 (2) del Convenio del CIADI.

<sup>69</sup> MAYORGA Lorca, Roberto. CIADI: Un instrumento para Inversionistas Internacionales. Revista del Abogado, N° 31. Santiago, Chile, julio de 2004, pág. 6.

Es significativo tener presente, como antecedente de la creación del CIADI, que su objetivo no estuvo únicamente relacionado con la promoción de la inversión extranjera, sino también con la idea de despolitizar los conflictos entre Estados y empresas foráneas, ya que en caso de conflicto y producto de la negativa de los Estados a que sus actuaciones fueran juzgadas fuera de sus fronteras, el inversor había de acudir a los tribunales internos del país receptor de la inversión, lo que provocaba que en muchos casos los conflictos se politizaran, buscando el inversor la protección de su propio Estado, quién a su vez ejercía la protección diplomática y acudía a una instancia internacional, lo que no garantizaba que el Estado receptor se sometiese a la misma. Es por eso que se aplicaron dos principios básicos; el primero reemplazar la jurisdicción nacional del Estado receptor de la inversión, por una jurisdicción arbitral internacional. El segundo fue rechazar la protección diplomática. El artículo 27 del Convenio del CIADI ha establecido que: *“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”*. En otros términos, lo que se ha querido es que los conflictos se limiten a una relación Estado-Particular, a fin de evitar las tensiones que en el pasado este tipo de discrepancias causó entre los Estados.<sup>70</sup>

### 2.2.2. Jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Ahora bien, para analizar el mecanismo arbitral de solución de controversias establecidas en la Convención de Washington, debemos identificar dos elementos distintivos: el primero de ellos referido a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y el segundo a las reglas relativas al procedimiento arbitral.

---

<sup>70</sup> MAYORGA Lorca, Roberto. CIADI... ob. cit., pág. 7.

FERNÁNDEZ Masiá, Enrique. Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2004, págs. 16 a 19.

### 2.2.2.1. Consentimiento.

En cuanto a la jurisdicción del CIADI, lo primero que debemos tratar es el consentimiento de las partes, ya que constituye la piedra angular sobre la cual descansa aquella jurisdicción. El consentimiento debe ser expreso y no se presume, ni aún con la firma del Convenio, ya que se requiere un acuerdo adicional o un acuerdo con el nacional de otro Estado contratante para que se entienda otorgado. No existe obligación de comunicar el consentimiento, pero en el momento de iniciar un procedimiento arbitral ante el CIADI, será necesario presentar prueba de su existencia.

Una vez otorgado el consentimiento de las partes, no puede ser retirado de manera unilateral<sup>71</sup>, de lo que se deriva una doble renuncia<sup>72</sup>: por su consentimiento, el inversionista renuncia a la protección diplomática que podría otorgarle su Estado y, asimismo, el Estado receptor de la inversión renuncia a su jurisdicción interna en la materia.

El momento en que debe manifestarse el consentimiento no viene señalado en el Convenio, sin embargo, el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial establece que debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro, entendiendo de esta manera que tal consentimiento debe existir para el Estado parte en la controversia y para el Estado nacional del inversor parte de la misma en el momento que se presenta la solicitud de arbitraje al CIADI.<sup>73</sup>

Una vez perfeccionado el consentimiento, ambas partes quedan imposibilitadas de acudir a otros medios de solución de controversias. Al efecto, el artículo 26 del Convenio del CIADI señala que: *“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”*. Sin embargo,

---

<sup>71</sup> El artículo 25(1) del Convenio del CIADI dispone: *“El consentimiento de las partes no podrá ser unilateralmente retirado”*.

<sup>72</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., pág. 184

<sup>73</sup> En la regla de iniciación 2(3) se establece que: *“Fecha del otorgamiento del consentimiento significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas no lo hubieren hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho”*.

debemos tener presente que en algunos tratados de promoción y protección de inversiones se señala que, previo a recurrir al CIADI, será necesario el agotamiento de los recursos internos, como también la celebración de un periodo de consultas amigables como condición previa a la presentación de la demanda. En la mayoría de los casos en los APPIs celebrados por Chile, el consentimiento es otorgado sin necesidad de agotar los procedimientos internos, con excepción de algunos tratados como el de Alemania<sup>74</sup> y Holanda.

Cabe concluir, con respecto al consentimiento de las partes, que la sola ratificación del Convenio no da acción directa, puesto que este consentimiento debe ser expreso, y como requisito formal, debe darse por escrito.<sup>75</sup> En la práctica internacional, el consentimiento suele presentarse en planos jurídicos distintos: el contractual, mediante una cláusula contenida en el contrato celebrado entre el inversor y el Estado<sup>76</sup>; el de derecho interno, habitualmente un código o ley de inversiones; y el de derecho internacional, en un acuerdo de promoción y protección de inversiones, o bien, contemplarse en un instrumento de carácter multilateral.

En Chile no existe legislación o normativa interna que establezca la jurisdicción del CIADI en materia de controversias de inversiones, pero si se contempla como cláusula de estilo en los APPIs y TLC con capítulo de inversiones suscrito por nuestro país,

---

<sup>74</sup> El artículo 10 del Tratado entre la República de Chile y la República Federal de Alemania sobre fomento y recíproca protección de inversiones prescribe: *“1. Las divergencias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con una inversión conforme al presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas por los litigantes.*

*2. Si una divergencia en el sentido del párrafo primero no pudiera ser dirimida en un plazo de seis meses a partir del momento de la reclamación por uno de los dos litigantes, será sometida, a instancia de una de las partes litigantes, a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión.*

*3. A instancia de una de las partes litigantes la divergencia será sometida a un tribunal arbitral internacional:*

*a) Cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el párrafo segundo del presente artículo;*

*b) Cuando, existiendo tal decisión, una de las partes litigantes entienda que la misma infringe las disposiciones del presente Tratado; el procedimiento arbitral deberá iniciarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la resolución por escrito”.*

<sup>75</sup> Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.

<sup>76</sup> La capacidad del Estado de Chile para comprometer arbitraje se encuentra consagrada en el D.L. N°2.349 de 1978, que analizaremos en el tercer capítulo de nuestro trabajo.

encontrándose en todos los acuerdos suscritos, con excepción al celebrado con la República de Cuba.

#### 2.2.2.2. Jurisdicción “*Ratione Materiae*”.

En cuanto a la jurisdicción del CIADI en razón a la materia (*Ratione Materiae*), éste sólo puede conocer de diferencias de naturaleza jurídica, diferencias que deben surgir directamente de una inversión. Sin embargo, el Convenio no ha definido qué se entiende por “diferencia de naturaleza jurídica” ni tampoco por “inversión”<sup>77</sup>. Con relación al primer supuesto la idea es excluir de la jurisdicción del CIADI las diferencias políticas, éticas o comerciales. Se entendió que las diferencias jurídicas requerían de la existencia de un derecho o una obligación jurídica, ya que el primer proyecto aclaraba que una controversia jurídica implicaba una disputa sobre un derecho o una obligación, o un hecho pertinente para la determinación de un derecho o de una obligación de orden legal.<sup>78 79</sup>

Se ha establecido que el hecho de no definir el concepto de inversión en el Convenio ha sido una opción inteligente, puesto que ha permitido acomodarla a tipos de inversión tradicional, como aportes de capital, joint-ventures, créditos, y también a otras modernas formas de inversión, resultantes de nuevas maneras de asociación entre Estados e inversionistas extranjeros, como la participación en las ganancias, los

---

<sup>77</sup> “Debe tratarse de una diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión. La doctrina y la jurisprudencia citada por Julio Vives Chillida en su obra “El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”, muestra que la determinación de que se entiende por el concepto en cuestión, ha sido objeto de arduas polémicas. Así, por ejemplo, no existe en el concierto internacional unanimidad acerca del concepto de inversión extranjera. Algunos países lo vinculan a la idea de transferencia de capitales desde el exterior y otros, a la nacionalidad del sujeto inversionista. Así también, quedan al margen del CIADI las diferencias de carácter meramente comercial”. MAYORGA Lorca, Roberto. CIADI..., ob. cit., pág. 7.

<sup>78</sup> FERNÁNDEZ Masiá, Enrique, op. cit., pág. 57.

<sup>79</sup> Existe un caso donde se discutió sobre la existencia o no de una diferencia entre las partes; fue en el asunto AGIP vs. Congo. Ocurrió que el Gobierno congoleño expropió bienes del demandante sin otorgarle ninguna indemnización. Ante el tribunal arbitral, el Congo señaló que no podía existir ninguna controversia, ya que había reconocido con posterioridad el principio de compensación. Sin embargo, el panel determinó que tal declaración adolecía de falta de precisión y que no existían dudas sobre la existencia actual de la diferencia. En efecto, el demandante no recibió ninguna indemnización por las pérdidas sufridas como resultado de la falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del demandado. VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Arbitraje ante... ob. cit., pág. 15.



contratos de servicio y administración, acuerdos internacionales de leasing y para la transferencia de know-how y tecnología.<sup>80</sup>

En la práctica los Estados Contratantes, con gran libertad en cuanto a su entendimiento, se han visto forzados a señalar expresamente en los instrumentos celebrados, ya sean APPIs o TLC, cuáles serán los ribetes del término inversión.

En los APPIs celebrados por Chile generalmente no se encuentran definiciones acerca de las controversias que pueden someterse a los mecanismos de solución previstos en el mismo tratado, con excepción del APPI suscrito con Malasia, que en su Art. 6 define como controversia de inversión *“cualquier controversia que surja entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte y que involucre: i) una obligación contraída por esa parte contratante con el inversionista de la otra Parte contratante relativa a una inversión de ese inversionista; o ii) una supuesta violación de cualquier derecho conferido o creado por el presente Convenio con respecto a una inversión por parte de ese inversionista”*.

Sin embargo, todos los tratados de promoción y protección de inversiones celebrados por Chile contienen una definición del término inversión<sup>81</sup>, como también en algunos tratados de libre comercio.<sup>82</sup>

---

<sup>80</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., pág. 188.

<sup>81</sup> El artículo 1 del Tratado entre la República de Chile y la República de Argentina sobre promoción y protección recíproca de inversiones establece: *“Para los fines del presente Tratado:1) el concepto de “inversiones”, designa de conformidad con el ordenamiento jurídico del país receptor, todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante de acuerdo con la legislación de ésta, en particular, pero no exclusivamente: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda; b) acciones, derechos en participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades, como también la capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior; c) obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada; d) derechos de propiedad intelectual como, en especial, derechos de autor, patentes, diseños y modelos industriales y comerciales, procedimientos técnicos, know how y valor llave; e) concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación...”*

El artículo 1 del Acuerdo entre la República de Chile y el Reino España para la protección y fomento recíprocos de inversiones señala que: *A los efectos del presente Acuerdo: 2. Por “inversiones” se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente los siguientes: - Acciones y otras formas de participación en sociedades, - Créditos, valores y derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados, - Bienes muebles e*

Por último, en cuanto a la competencia *Ratione Materiae*, las materias comerciales quedan excluidas de la jurisdicción del CIADI, ya que se refieren a compra y venta de bienes y no necesariamente a una inversión.

#### 2.2.2.3. Jurisdicción "*Ratione Personae*".

Respecto a la jurisdicción en razón a la persona o jurisdicción subjetiva (*Ratione Personae*), debemos tener presente que en virtud de lo señalado en el artículo 25(1) del Convenio del CIADI, una de las partes debe ser un Estado Contratante o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado, y la otra debe ser un inversionista nacional de otro Estado Contratante.

Si bien, una parte del arbitraje CIADI debe ser un Estado Contratante, no sería el único, puesto que también pueden serlo una subdivisión política o un organismo público, incluso se podría comprender a las empresas públicas. Siendo así, estos organismos podrían ser parte separadamente y por si mismos en un procedimiento arbitral CIADI. Cabe señalar que bajo esta circunstancia, es importante para un

---

*inmuebles, así como todo tipo de derechos relacionados con los mismos, - Todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y know how, - Derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales..."*

También definen el término inversión los tratados celebrados por Chile que versan sobre la misma materia con Alemania artículo 1 N°1, Suiza artículo 1 N°2, Francia artículo 1 N°1, La Unión Económica Belgo-Luxemburguesa artículo 1 N°2 y Malasia artículo 1.

<sup>82</sup> Por ejemplo, El Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá que regula las inversiones en el Capítulo G, contiene en su Sección I, los principios o disciplinas que protegen la inversión de un inversionista de la otra Parte. La cobertura de esta Sección es muy amplia y ello se debe a que las definiciones de "inversionista" y de "inversión" son extensivas (G-40). Es inversionista un nacional o empresa de una Parte que "pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión". Sobre este concepto cabe tener presente que incluye a empresas constituidas u organizadas bajo la ley aplicable de una Parte, sin importar si sus dueños son de terceros países, y a quién "pretende" hacer una inversión pero no la ha realizado aún. Por otra parte, "inversión" significa participaciones en capital de empresas, en forma directa e indirecta, pero también inversión en bienes, incluyendo intangibles, contratos de construcción, concesiones, préstamos entre una matriz y una filial y créditos a más de tres años. Las inversiones cubiertas son las existentes al momento de la vigencia del Tratado pero también las hechas o adquiridas con anterioridad (G-01). Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá. Mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones. Revista del Abogado, N° 17. Santiago, Chile, noviembre de 1999, pág. 20.

inversionista que negocia con una entidad pública de un Estado parte y pretenda pactar una cláusula que le otorgue jurisdicción al Centro, tenga certeza de que se cumplan los requisitos señalados en el artículo 25(3), esto es, que el consentimiento dado por una subdivisión política o de un órgano público, debe ser aprobado por el Estado Contratante, salvo que éste haya notificado expresamente al CIADI que tal aprobación no sea necesaria.

Se entiende que un Estado es contratante a los treinta días siguientes después de haber depositado su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del texto convencional.<sup>83</sup>

Los inversionistas nacionales de un Estado Contratante pueden tener la calidad de persona natural o jurídica, estableciéndose reglas distintas para cada uno de ellos. En el primer caso el Convenio los habilita para someter diferencias con un Estado bajo el amparo del CIADI, pero para ello establece ciertos requisitos en su artículo 25(2)(a). Primero, tanto a la fecha en que las partes consintieron el arbitraje CIADI, como al momento del registro de la solicitud de arbitraje, la persona debe tener la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; y segundo, esta persona natural no puede tener también la nacionalidad del Estado parte en la diferencia en ninguna de las dos fechas antes mencionadas.

Lo anteriormente señalado implica una limitante para el inversionista persona natural que tiene doble nacionalidad, esto es la nacionalidad de un Estado Contratante y la del Estado parte en la diferencia en cualquiera de las dos fechas, lo que le impide iniciar un arbitraje CIADI en contra del Estado receptor de su inversión. Fundamentalmente esto busca evitar complejas discusiones de carácter jurídico relativo a la doble nacionalidad e impide que nacionales de un Estado contratante por vía del *fraude a la ley* logren acceder a la jurisdicción del CIADI huyendo de la jurisdicción nacional.<sup>84</sup> Además, el hecho de que el inversionista ostente la calidad de nacional del Estado

---

<sup>83</sup> Artículo 68(2) del Convenio del CIADI.

<sup>84</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., pág. 190.

demandado, no podría impetrar la acción, porque se estaría en presencia de un *forum shopping*, asunto que es contrario al derecho internacional privado.<sup>85</sup>

Existe un caso en donde el Estado chileno, siendo parte de esta controversia, ha objetado la jurisdicción (competencia) del CIADI, argumentando el incumplimiento de los requisitos que hemos mencionado. Este caso corresponde al arbitraje seguido por Víctor Pey Casado en contra del Estado Chile, más conocido como el “Caso Clarín” (Caso N° ARB/98/2), caso que fue presentado al CIADI en 1998 y que se refiere a la confiscación de bienes del periódico El Clarín y de la Fundación Salvador Allende, durante la dictadura militar. Víctor Pey Casado alegó que a la fecha de la confiscación de El Clarín, había adquirido dicho periódico mediante una compra y traspaso de acciones efectuada en Europa, razón por la cual tendría el carácter de inversionista extranjero, protegido por el APPI suscrito entre Chile y España. El Comité de Inversiones Extranjeras alegó la incompetencia del tribunal basándose, entre otros fundamentos, en que el APPI suscrito entre Chile y España establece para los inversionistas extranjeros la posibilidad de recurrir al CIADI; sin embargo, Víctor Pey Casado sigue siendo chileno<sup>86</sup>, no obstante tener doble nacionalidad y que la Convención de Washington dispone que el demandante no puede tener la nacionalidad del Estado demandado.

---

<sup>85</sup> ESPINOZA Riera, Sergio Andrés, ob. cit. pág. 100.

<sup>86</sup> Chile señaló que el demandante incurrió en fraude a la ley al tratar infructuosamente de renunciar a la nacionalidad chilena para así poder ampararse en el APPI celebrado con España y tener acceso al CIADI. Se arguye que el señor Pey se había acogido al Convenio de Doble Nacionalidad; sin embargo, consciente de que tal nacionalidad le impedía acudir al CIADI, el 10 de diciembre de 1996 presentó una carta al Ministerio del Interior, en la que deja constancia de que había trasladado su residencia a España, abandonando los beneficios del tratado sobre doble nacionalidad y, seguidamente, viajó a Mendoza (Argentina), en donde formuló una declaración de renuncia a la nacionalidad chilena ante el Cónsul de España en esa ciudad. Luego se trasladó a España, donde por carta del 24 de abril de 1998, si instó al Ministerio de Asuntos Exteriores de España para que notificara a Chile la renuncia a la nacionalidad chilena por parte del señor Pey, lo cual obtuvo mediante nota verbal del 7 de julio de 1998, de la Embajada de España en Chile. El Director de Política Consular e Inmigración del Ministerio de Relaciones Exteriores y la Directora del Registro Civil e identificación chilenos ordenaron inscribir en la tarjeta del señor Pey que había renunciado a la nacionalidad chilena, por lo cual adquirió la condición de extranjero. Advertido el Comité de Inversiones Extranjeras de que la nacionalidad del señor Pey estaba seriamente cuestionada, el 14 de junio de 1999 solicitó un pronunciamiento al Jefe del Departamento de Extranjería y Migración del ministerio acerca de la citada nacionalidad, quien por oficio del 23 de junio de 1999 señaló que este seguía siendo chileno, dado que esta condición es irrenunciable, según lo expresa el artículo 11 de la Constitución Política de la República.

En el caso de las personas jurídicas su situación es distinta y se encuentra regulada en el artículo 25(2)(b) del Convenio del CIADI. La norma establece que se entenderá como nacional de otro Estado contratante toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del CIADI para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte de la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, por estar sometida a control extranjero. Sobre esta materia, el Convenio no ha establecido criterio alguno para determinar la nacionalidad de las personas jurídicas. Dado lo anterior, es posible señalar la dificultad existente atribuible al hecho de que los ordenamientos jurídicos definen la nacionalidad de una sociedad en atención a diversos elementos: su lugar de constitución, su sede social o su control.<sup>87</sup> Sin embargo, dos han sido los caminos considerados más convenientes por la jurisprudencia para su determinación; por una parte se ha optado por el criterio del lugar de constitución de la persona jurídica y por otra, por el lugar del domicilio principal de la persona jurídica.

El segundo supuesto establecido por la norma citada, guarda relación con aquella persona jurídica que, siendo nacional del Estado parte en la controversia en la fecha del consentimiento al arbitraje, las partes hayan acordado darle el carácter de nacional de un Estado Contratante diverso del Estado parte para los fines del Convenio por estar sometida a control extranjero<sup>88 89</sup>, expresión de la cual dicho Convenio no hace

---

<sup>87</sup> "...los autores del Convenio han considerado preferible otorgar a las partes amplias facultades para que ellas lleguen a un acuerdo respecto del significado del término nacionalidad. Por lo anterior, se debe aceptar toda definición de nacionalidad basada en un criterio razonable". MEREMINSKAYA, Elina. Nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho internacional. Revista de Derecho (Valdivia), vol. 18, N°1. Valdivia, Chile, 2005.

<sup>88</sup> "Esta situación no es más que una confirmación de la realidad económica de la inversión extranjera, puesto que en muchas oportunidades los inversionistas extranjeros son controladores de casi la totalidad de las empresas receptoras y en otras la legislación del Estado receptor exige la creación de una persona jurídica nacional que sea el vehículo de la inversión". MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., pág. 191.

<sup>89</sup> "El tenor literal de la norma permite concluir que se trata de una situación excepcional. Para que esta excepción produzca efectos jurídicos, se requiere, primero, que el control extranjero sea un hecho real y, segundo, que el Estado receptor haya expresado su consentimiento de brindar a tal sociedad local un trato que correspondería a las extranjeras. Los tribunales arbitrales han sostenido que dicho acuerdo puede ser implícito y puede expresarse, por ejemplo, en que el Estado receptor acepte el arbitraje del CIADI, el cual, reconocidamente, constituye un foro para dirimir controversias con extranjeros". MEREMINSKAYA, Elina. Nacionalidad de las... ob. cit.

ninguna precisión, quedando generalmente entregado a las partes para determinar qué se entiende por tal. Se ha señalado que ante tal ausencia, debería estarse a los criterios de control comúnmente desarrollados, considerando los elementos de participación mayoritaria en el capital de la persona jurídica por parte de los socios extranjeros y su posibilidad de influir en la administración de la sociedad<sup>90</sup>.

En atención a este segundo supuesto, se produce un cambio en los criterios generalmente empleados para determinar la nacionalidad de la persona jurídica o sociedad, ya que esta nacionalidad, por regla general, no depende de la nacionalidad de los controladores o socios, fundada en la estricta separación de la sociedad con quienes la constituyen<sup>91</sup>. Sin embargo, en casos excepcionales se recurre a la llamada técnica del levantamiento del velo societario para mirar la conducta de las personas que se encuentran detrás de la citada construcción jurídica, técnica que sería utilizada para determinar la nacionalidad de la persona jurídica con el fin de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Washington.

#### 2.2.2.4. Jurisdicción "*Ratione Temporis*".

Siguiendo con el análisis de la jurisdicción del CIADI, nos queda estudiar la competencia en cuanto a su aplicación temporal (*Ratione Temporis*). Debemos señalar que dicha competencia va a estar determinada por la fecha en que los Estados Contratantes han entregado su consentimiento para la aplicación de la Convención de Washington en un APPI o en un TLC con capítulo de inversiones respectivamente. Dicho de otra manera, el respetivo acuerdo que contenga en una de sus cláusulas el mecanismo de resolución de controversias CIADI, también contendrá una cláusula en que se manifieste que controversias podrán ser sometidas a tal acuerdo en atención si la inversión ha sido realizada antes o después de la entrada en vigencia de dicho acuerdo.

---

<sup>90</sup> MEREMINSKAYA, Elina. Nacionalidad de las... ob. cit.

<sup>91</sup> "...el Convenio de Washington contempla una alteración del criterio de la constitución de la sociedad, favoreciendo el criterio del control sobre la empresa, como el elemento de mayor relevancia para determinar su nacionalidad". *Ibíd.*

A modo de ejemplo, el artículo 2 del APPI Chile-Perú establece que se aplicará a las inversiones efectuadas antes o después de la entrada en vigencia del acuerdo, por inversionistas de una parte contratante, conforme a las disposiciones legales de la otra parte contratante, en el territorio de esta última. Sin embargo, no se aplicará a divergencias o controversias que hubieran surgido con anterioridad a su entrada en vigencia. Siguiendo con el ejemplo, en el caso Empresas Lucchetti S.A. contra la República del Perú (Caso ARB/03/4), la parte demandada, en este caso el Estado peruano, argumentó que el tribunal no tenía competencia para conocer de la controversia, porque ésta estaba plenamente materializada antes de que entrara en vigencia el acuerdo bilateral, y si bien prosiguió después de esa fecha, los hechos ulteriores no generaron una nueva controversia, meramente representaron la continuación de la controversia anterior. A su juicio, en consecuencia, el artículo 2 del acuerdo bilateral impide al tribunal conocer de esta reclamación. Finalmente el tribunal se declaró incompetente, dado que Lucchetti no probó a éste si su reclamación estaba comprendida por el consentimiento del Estado peruano a una jurisdicción internacional enmarcada en el APPI Chile-Perú.

### 2.2.3. Procedimiento Arbitral ante el CIADI.

Una vez analizados los elementos previos, señalaremos, de manera sucinta, aspectos orgánicos básicos del CIADI, como también los aspectos básicos del procedimiento arbitral, basándonos para estos efectos, en el Convenio de Washington y a las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

Primero que todo y antes de entrar al análisis señalado recientemente, debemos determinar un aspecto de fondo, clave y primordial para resolver el asunto controvertido. Nos referimos en este caso al derecho aplicable. El artículo 42(1) del Convenio del CIADI establece que el tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de

derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

Aquí, claramente impera el principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada, en que las partes tienen la libertad de elegir por sí mismas la ley que gobernará sus relaciones contractuales; aunque en la práctica, muchas veces, el derecho elegido por las partes aplicable al asunto, es el derecho del Estado parte y el derecho internacional, similar a lo señalado en la segunda frase del artículo estudiado.

A continuación, el mismo artículo en su numeral (2) señala que el tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley. En este caso el tribunal arbitral ha aplicado comúnmente el derecho internacional o sus principios, siempre que sean acordes a la relación jurídica controvertida a resolver.

En último término, el artículo 42(3) del Convenio del CIADI señala que las disposiciones de los precedentes apartados, no impedirán al tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia “*ex aequo et bono*”. Esto permite al tribunal, en base al acuerdo de las partes, decidir el asunto controvertido aplicando la equidad. De esta forma se evitaría, teóricamente, el riesgo de que el laudo incurra en alguna causal de anulación relacionada con el derecho aplicable.

Desde una perspectiva orgánica básica del CIADI debemos mencionar que la sede está en la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial).<sup>92</sup> El Centro estará compuesto por un consejo administrativo y un secretario.<sup>93</sup> El consejo tiene el carácter de órgano supremo y está compuesto por una asamblea de representantes de cada uno de los Estados contratantes. Sus reuniones son anuales, por consiguiente no tiene el carácter de órgano ejecutivo permanente. Jurisdiccionalmente, su función es básicamente fundacional, en el sentido que aprueba las reglas para la conciliación y el arbitraje.<sup>94</sup> El consejo tiene a su cabeza a un presidente, que es también el presidente del Banco Mundial. Éste puede llegar a

---

<sup>92</sup> Artículo 2 del Convenio del CIADI.

<sup>93</sup> Artículo 3 del Convenio del CIADI.

<sup>94</sup> Artículo 6 del Convenio del CIADI.



intervenir en materias jurisdiccionales cuando las partes no llegasen a un acuerdo respecto del o los árbitros encargados de resolver el conflicto.<sup>95</sup>

El secretariado está constituido por un secretario general, secretarios adjuntos y por el personal del CIADI.<sup>96</sup> El secretariado tiene el carácter de órgano ejecutivo del Centro. El secretario general es un funcionario permanente, elegido por el consejo por periodos de 6 años, por mayoría de dos tercios de sus miembros. Desde una óptica jurisdiccional, el secretario general tiene las funciones de mantener una lista de conciliadores y árbitros, hacer de registrador y notificador de las solicitudes de conciliación y arbitraje, y tiene facultades de autenticación de los laudos arbitrales y para conferir copias certificadas de los mismos.<sup>97</sup>

Además, son parte de la estructura orgánica del CIADI los conciliadores y los árbitros. Existe una lista para cada uno de ellos. Una misma persona puede figurar en ambas listas. Cada Estado podrá designar cuatro personas para cada lista, quienes podrán ser o no nacionales de la misma nómina. El presidente podrá designar hasta 10 personas de cada lista, cuidando que sus designados sean de diferente nacionalidad. El nombramiento debe ser realizado teniendo en consideración las competencias de las personas designadas. Para el caso del arbitraje se tendrá en especial consideración sus conocimientos legales. La designación será por seis años renovables.<sup>98</sup>

Entrando de lleno al procedimiento arbitral, este se encuentra regulado principalmente en las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje que forma parte de “El Reglamento y las Reglas Del CIADI”<sup>99</sup>, que fue aprobado por el Consejo Administrativo en virtud de lo establecido en el artículo 6(1) del Convenio del CIADI.

---

<sup>95</sup> Artículo 38 del Convenio del CIADI.

<sup>96</sup> Artículo 9 del Convenio del CIADI.

<sup>97</sup> Artículo 11 del Convenio del CIADI.

<sup>98</sup> Artículos 12 a 16 del Convenio del CIADI.

<sup>99</sup> También forman parte de este Reglamento el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación.

Las principales características y etapas del procedimiento arbitral en te el CIADI son las siguientes:

- a) Sede del arbitraje: El arbitraje se tramitará en la sede del CIADI, que se encuentra en la oficina del Banco Mundial, ubicada en Washington. Si las partes se pusieren de acuerdo, el procedimiento de arbitraje podrá tramitarse en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con al que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o en cualquier otro lugar que el tribunal apruebe, previa consulta con el secretario general.<sup>100</sup>
- b) Forma de iniciar un procedimiento: Para que un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante quieran iniciar un procedimiento de arbitraje ante el CIADI, deberá dirigir una solicitud escrita al secretario general quien enviará copia de la misma a la otra parte. Esta solicitud de arbitraje deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje. El secretario general registrará la solicitud, a menos que de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la controversia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.<sup>101</sup>
- c) Notificaciones: Todas las notificaciones deben efectuarse por escrito. El secretario general es el conducto oficial de las comunicaciones escritas entre las partes, el tribunal y el consejo administrativo.
- d) Instalación del tribunal arbitral: Una vez registrada la solicitud y comunicado el acto de registro a la contraria, se pasará a conformar el tribunal de arbitraje. Según acuerdo de las partes, el tribunal estará compuesto por un árbitro único o un número impar de árbitros. Si las partes no se ponen de acuerdo en el

---

<sup>100</sup> Artículos 62 y 63 del Convenio del CIADI.

<sup>101</sup> Artículo 36 del Convenio del CIADI.

número y persona de los árbitros, el tribunal se compondrá de tres miembros, uno designado por cada parte y, el tercero, de común acuerdo, quien presidirá el tribunal.<sup>102</sup>

Si pasados 90 días desde la fecha de la notificación del acto de registro, o dentro del plazo que acuerden las partes, no se constituye el tribunal, el presidente deberá nombrar a los árbitros que aún no hubieren sido designados. Estos árbitros, nombrados por el presidente, no podrán ser nacionales de los Estados partes o del nacional parte de la diferencia.<sup>103</sup>

Salvo acuerdo de las partes, el árbitro o la mayoría de ellos, en el caso de un arbitraje colegiado, no podrán ser nacionales de los Estados partes o del Estado del nacional parte en la diferencia.<sup>104</sup>

La parte o partes interesadas notificaran al secretario general el nombramiento de cada árbitro e indicarán el método de su nombramiento<sup>105</sup>. Tan pronto haya sido informado el secretario general por las partes o por el presidente del consejo administrativo del nombramiento de un árbitro, solicitará la aceptación de la persona nombrada. Si un árbitro no acepta su nombramiento dentro de 15 días, el secretario general notificará de ello con prontitud a las partes y, en caso necesario, al presidente, y los invitará a que procedan a nombrar otro árbitro de conformidad con el método seguido para el nombramiento anterior.<sup>106</sup>

Se entenderá que se ha constituido definitivamente el tribunal y que el procedimiento se ha iniciado, en la fecha que el secretario general notifique a las partes que todos los árbitros han aceptado su nombramiento.<sup>107</sup>

Una vez instalado el tribunal se le reconoce expresamente la facultad para pronunciarse acerca de su propia competencia. Las alegaciones referentes a esta materia podrán ser resueltas como cuestión previa o como excepción de fondo.<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> Artículo 37 del Convenio del CIADI.

<sup>103</sup> Artículo 38 del Convenio del CIADI.

<sup>104</sup> Regla 1(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>105</sup> En cuanto al número de árbitros y al método de nombramiento de éstos, puede existir un acuerdo previo, por ejemplo a través de un APPI, acuerdo que debe ser comunicado al CIADI.

<sup>106</sup> Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>107</sup> Regla 6 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>108</sup> Artículo 41 del Convenio del CIADI.

- e) Exclusión de competencia: La Convención de Washington no pone como condición directa la exclusión de competencia en caso de que se haya acudido a otro foro, en especial al del Estado en conflicto, incluso reconoce el derecho que éste tiene de exigir precisamente el agotamiento de los recursos internos. Lo cierto es que en esta materia son los tratados bilaterales, como veremos al analizar el sistema APPIs, los que solucionan por especialidad este tema.
- f) Sesiones del tribunal arbitral y audiencias: El tribunal celebrará su primera sesión a más tardar 60 días después de constituirse, salvo que las partes acuerden otro plazo. Las fechas de esa sesión serán fijadas por el presidente del tribunal después de consultar a sus miembros y al secretario general. Si el tribunal no tuviere presidente al constituirse, porque las partes han convenido en que el presidente sea elegido por sus miembros, las fechas de esa sesión serán fijadas por el secretario general. En ambos casos, las partes serán consultadas en la medida que sea posible. Las fechas de las sesiones siguientes serán determinadas por el tribunal, después de consultar al secretario General y a las partes en la medida que sea posible. El tribunal se reunirá en la sede del Centro o en otro lugar que las partes hubieren acordado de conformidad con lo dispuesto en el Art.63 del Convenio del CIADI. Si las partes convinieren en que el procedimiento se tramite en un lugar que no sea el Centro o en una institución con la que el Centro hubiere hecho los arreglos necesarios, las partes consultarán al secretario general y solicitarán la aprobación del tribunal. A falta de dicha aprobación, el tribunal se reunirá en la sede del Centro. El secretario general notificará con la debida antelación a los miembros del tribunal y a las partes las fechas y el lugar de las sesiones del tribunal.<sup>109</sup>

Con el propósito de acelerar el proceso arbitral y promover un arreglo amigable, las reglas de arbitraje del CIADI, disponen que una audiencia previa puede ser citada por el secretario general o por el presidente del tribunal arbitral, o también en cualquier caso ser solicitada por las partes.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Regla 13 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>110</sup> Regla 21 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

g) Plazos: Todos los plazos fijados por el Convenio, en las reglas del CIADI o por el tribunal, se computan desde la fecha en que el plazo es comunicado en presencia de las partes o sus representantes, o cuando es notificado por el secretario general.

h) Fases del procedimiento: Existe en este proceso arbitral una fase escrita y una fase oral. La primera, que constituye la etapa de discusión, está compuesta por diversos documentos, los que deben ser presentados dentro de los plazos que determine el tribunal. Inicialmente debe entregarse un memorial por la parte requirente y un contra memorial presentado por la parte requerida. A continuación, si las partes así lo acuerdan y el tribunal lo considera necesario, se podrá presentar una réplica por la parte requirente y una dúplica por la otra parte. Un memorial debe contener afirmaciones de los hechos relevantes, fundamentos de derecho y peticiones. Un contra memorial, una réplica y una dúplica, deben contener la admisión o rechazo de los hechos afirmados en la petición previa, como cualquier otro hecho adicional y, si es necesario, observaciones concernientes a las afirmaciones legales de dicha petición, los fundamentos de derecho en respuesta a ella y las respectivas peticiones.<sup>111</sup>

La fase oral consiste en las audiencias que el tribunal determine para las partes, sus representantes, consejeros, abogados, testigos, peritos u otras personas distintas a las anteriores que el tribunal decida oír, con el consentimiento previo de las partes. En estas audiencias el tribunal podrá interrogar a las partes, sus apoderados, consejeros y abogados y solicitarles explicaciones.<sup>112</sup>

En la fase de prueba, cada parte, dentro de los plazos fijados por el tribunal, dará al secretario general, como ministro de fe, para su transmisión al tribunal y a la otra parte, información precisa respecto a la prueba que se propone presentar y a la que se propone pedir que el tribunal solicite, en conjunto con

---

<sup>111</sup> Regla 31 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>112</sup> Regla 32 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

una indicación de los asuntos sobre los cuales versará dicha prueba.<sup>113</sup> El tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y de su valor probatorio. Las principales pruebas contempladas en el Reglamento de Arbitraje del CIADI son las declaraciones de testigos, informes de peritos y las visitas e investigaciones del tribunal.<sup>114</sup>

Se establece que cuando las partes hayan terminado de hacer sus presentaciones, se declarará cerrado el procedimiento. Excepcionalmente, el tribunal podrá, antes de dictar el laudo, reabrir el procedimiento en vista de que se ha de obtener nueva prueba que por su naturaleza constituye un factor decisivo, o porque es de necesidad imperiosa aclarar ciertos puntos específicos<sup>115</sup>.

- i) Término del procedimiento: De acuerdo a las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI, el término del procedimiento puede producirse en los siguientes casos: por avenimiento escrito solicitado por ambas partes<sup>116</sup>; por solicitud de una de las partes si el tribunal aún no se ha constituido y siempre que la otra parte no formule objeción<sup>117</sup>; por abandono de la instancia, si las partes dejan de intervenir en el procedimiento por 6 meses u otro plazo que puedan acordar<sup>118</sup>; o por el laudo<sup>119</sup>.
  
- j) Laudo definitivo: En el laudo arbitral el tribunal decidirá todas las cuestiones sometidas a su consideración por mayoría de votos. Este laudo y sus votos disidentes deberán ser escritos y firmados dentro de los 60 días siguientes al cierre del procedimiento; sin embargo, el tribunal podrá extender el periodo por otros 30 días<sup>120</sup>.

El laudo deberá contener: a) la identificación precisa de cada parte; b) una declaración de que el tribunal ha sido constituido de conformidad con lo

---

<sup>113</sup> Lo señalado constituye el escrito de prueba.

<sup>114</sup> Reglas 33 a 37 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>115</sup> Regla 38 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>116</sup> Regla 43 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>117</sup> Regla 44 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>118</sup> Regla 45 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>119</sup> Capítulo IV de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>120</sup> Regla 46 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

dispuesto en el Convenio, y una descripción del método de su constitución; c) los nombres de los miembros del tribunal, y la identificación de la persona que designó a cada uno; d) los nombres de los apoderados, consejeros y abogados de las partes; e) las fechas y lugares en que tuvieron lugar las reuniones del tribunal; f) un resumen del procedimiento; g) un resumen de los hechos, a juicio del tribunal; h) las pretensiones de las partes; i) la decisión del tribunal sobre cada cuestión que le haya sido sometida, junto con las razones en que funda su decisión; y j) la decisión del Tribunal sobre las costas procesales<sup>121</sup>.

Cualquier miembro del tribunal podrá agregar su opinión individual, bien sea que disienta o no de la mayoría. También podrá dejar sentada una declaración acerca de su disidencia<sup>122</sup>.

- k) Recursos contra el laudo: Las partes pueden impugnar el laudo arbitral a través de los recursos de rectificación, aclaración, revisión y anulación. En cuanto a la rectificación, podrá deducirse para enmendar errores y salvar omisiones en la resolución de materias sometidas a su consideración. Ante el requerimiento de una de las partes, formulado dentro de los 45 días contados desde la fecha de emitido el laudo, el tribunal podrá, previa notificación a la otra parte, decidir cualquier punto que haya omitido resolver y rectificar los errores materiales, aritméticos o similares.

En la aclaración, podrá deducirse ésta por cualquiera de las partes, mediante escrito dirigido al secretario general, si surge una diferencia acerca del sentido o alcance del laudo. De ser posible, esta petición deberá ser resuelta por el mismo tribunal, y si no lo fuere se constituirá un nuevo panel. El tribunal que conoce del recurso podrá ordenar, si considera que las circunstancias lo ameritan, la suspensión de la ejecución del laudo hasta que se decida la aclaración<sup>123</sup>.

En atención al recurso de revisión, cualquiera de las partes puede pedir la revisión del laudo fundada en el descubrimiento de un hecho que pudiera influir

---

<sup>121</sup> Regla 47 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>122</sup> *Ibíd.*

<sup>123</sup> Artículo 50 del Convenio del CIADI.

crucialmente en la decisión, siempre que al tiempo de haberse dictado el fallo, tal hecho hubiere sido desconocido tanto por el tribunal como por la parte que insiste la revisión y que esto no se deba a la negligencia de ésta. La petición de revisión deberá presentarse dentro de los 90 días siguientes a aquel en que se descubre el hecho y, que en todo caso, dentro de los tres años siguientes después de dictado el laudo. La solicitud deberá ser resuelta por el mismo tribunal, y si no fuere posible se constituirá uno nuevo. En todo caso, si considera que las circunstancias lo exigen, el panel que conozca del recurso podrá ordenar la suspensión de la ejecución del laudo hasta que se decida la revisión. Si la parte solicita la suspensión de la ejecución, ésta se suspenderá provisoriamente hasta que el tribunal decida sobre tal petición<sup>124</sup>.

Respecto al recurso de anulación, cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al secretario del tribunal. Las causales son: a) incorrecta constitución del tribunal; b) que el tribunal se hubiera extralimitado manifiestamente en sus facultades; c) corrupción de algún miembro del tribunal; d) quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; y e) que no se hubiese expresado los motivos en el cual se funda. Las solicitudes deberán presentarse dentro de los 120 días contados a partir de la emisión del laudo, salvo cuando se trate de corrupción, evento en el cual el plazo señalado para la interposición del recurso se contará a partir del descubrimiento del hecho, pero, en todo caso, no irá más allá de los tres años. Recibida la solicitud, el presidente procederá a la inmediata constitución de una comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros.

La solicitud de anulación deberá presentarse dentro de los 120 días a contar de la fecha de la dictación del laudo, salvo cuando se trate de corrupción, evento en el cual el plazo señalado para la interposición del recurso se contará a partir del descubrimiento del hecho, pero en todo caso, dicha solicitud deberá presentarse dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictarse el laudo. Recibida la solicitud, el presidente procederá a la inmediata constitución de una comisión ad hoc integrada por tres personas seleccionadas de la lista de

---

<sup>124</sup> Artículo 51 del Convenio del CIADI.



árbitros. En este evento, ninguno de los nombrados podrá haber sido miembro del tribunal, ni tener la misma nacionalidad del Estado que sea parte en la diferencia o del particular parte, ni haber sido designado para integrar la lista de árbitros por cualquiera de tales Estados, ni haber actuado como conciliador en la misma controversia. Si la comisión considera que las circunstancias lo exigen, podrá suspender la ejecución del laudo hasta que decida sobre la anulación, y en caso de que la parte pidiera la suspensión de la ejecución del laudo en su solicitud, la ejecución se suspenderá provisionalmente hasta que la comisión dé su decisión respecto a tal petición. Si el laudo es anulado, la controversia será sometida a la decisión de un nuevo tribunal, a petición de cualquiera de las partes<sup>125</sup>.

- I) Ejecución del laudo definitivo: Una vez dictado el laudo este será obligatorio y no podrá ser objeto de recursos que no estén expresamente contemplados en el Convenio. Las partes deberán acatarlo y cumplir con todos sus términos, salvo que se suspenda su ejecución de conformidad a lo establecido a las correspondientes cláusulas del Convenio. Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme al convenio su carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. En caso de que el Estado Contratante se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran. Además, la parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el secretario general. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al secretario general.

---

<sup>125</sup> Artículo 52 del Convenio del CIADI.

Por último, el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda<sup>126</sup>.

#### 2.2.4. Mecanismo Complementario del CIADI.

Cabe destacar, en último término, que el CIADI contempla el llamado Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Arbitraje (que también es de conciliación y de comprobación de hechos), conocido en inglés como “*Additional Facility*”<sup>127</sup>. Se trata de un conjunto de facilidades desplegadas por la secretaría general del CIADI para el juzgamiento de asuntos en que: a) subjetivamente, uno de los Estados, el Estado demandado o del nacional demandante, no es parte de la convención o, b) si a pesar de darse la entidad subjetiva, no se trata de conflictos que deriven directamente de cuestiones relacionadas con inversiones.

Los mecanismos de solución son similares a los de la Convención, pero en estos casos al no ser aplicable la misma, en especial el artículo 54, el laudo que se dicte queda sujeto a todos los trámites de homologación formales y sustantivos de sentencias extranjeras existentes en los tribunales del foro donde se pide su cumplimiento.

### 2.3. ANÁLISIS SISTEMA APPIS Y TLC CON CAPÍTULOS DE INVERSIONES.

En este acápite desarrollaremos un análisis del sistema de Acuerdos sobre Promoción y Protección de Inversiones (en adelante APPIs), como también del sistema de aquellos Tratados de Libre Comercio (en adelante TLC), que contengan Capítulos sobre Inversiones, en ambos casos, particularmente respecto de los Mecanismos de Solución de Controversias que en ellos se incluyan.

---

<sup>126</sup> Artículos 53 y 54 del Convenio del CIADI.

<sup>127</sup> Este mecanismo se diseñó con la idea de impulsar la actividad del CIADI, por la vía de permitir que le fueran sometidas controversias en aquellos casos en que no era competente en virtud del convenio.

### 2.3.1. Análisis sistema APPIs.

Los APPIs, conocidos también por su sigla en inglés BITs (*Bilateral Investment Treaties*), u otras como FIPAs (*Foregein Investment Protection Agreements*), TPPIs (Tratados de Promoción y Protección de Inversiones), o APPRIs (Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones), son un tratado entre dos Estados, que establece un marco legal para el tratamiento de los flujos de inversión entre dos naciones<sup>128</sup>. También los podemos definir como tratados bilaterales suscritos entre dos Estados con el objeto de crear condiciones de seguridad para los inversionistas extranjeros en el país y para los inversionistas nacionales en el exterior<sup>129</sup>.

Al ser tratados internacionales, poseen en cuanto a su jerarquía normativa un rango superior a la ley, tema que es discutido, pero que es un hecho en la mayoría de los países. Lo anterior entrega mayor estabilidad jurídica, puesto que no pueden modificarse por la voluntad unilateral de un Estado, como sucede en el caso de una ley interna, fortaleciendo al efecto, la confianza que puede tener el inversionista, ya que, como señalamos, cualquier modificación normativa no dependerá únicamente del país en que se realiza la inversión, sino que del consentimiento de los Estados partes del Convenio.

En nuestro país, para su validez interna, estos tratados deben ser aprobados por el Congreso Nacional sometiéndolos a los trámites de una ley, luego promulgarse mediante decreto supremo, y finalmente publicarlos en el Diario Oficial.

Los APPIs crean derechos y obligaciones para los inversores de ambos Estados, derechos y obligaciones que son derivados de un tratado, mientras que las actuaciones legales procedentes de aquellos derechos pueden ser denominadas reclamaciones derivadas de un tratado. Las partes intervinientes en una reclamación derivada de un tratado son un inversor de un Estado parte (Estado nacional del inversor), y el Estado donde se materializó la inversión (Estado receptor de la inversión).

---

<sup>128</sup> MORALES Godoy, Joaquín. APPIs y TLCs. Garantías para la Inversión Extranjera. Revista del Abogado. Santiago, Chile, noviembre de 2004.

<sup>129</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., pág. 116.

El primer APPI fue suscrito entre la República Federal de Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959. Durante la década de los ´70 los APPIs fueron aumentando como consecuencia de las expropiaciones y las nacionalizaciones arbitrarias que tuvieron lugar especialmente en los países en vías de desarrollo. Sin embargo, es a comienzos de la segunda mitad de la década de los ´80 que estos acuerdos o tratados se generalizan y adquieren un carácter prácticamente universal. En la actualidad existen más de 2000 tratados, de los cuales la mayoría han sido concluidos a contar de 1987.

Desde 1990 a la fecha, Chile ha desarrollado una aguda política negociadora de APPIs y de TLCs que incluyan Capítulos sobre Inversiones, con el propósito de atraer flujos de inversión extranjera al país y proteger las inversiones chilenas en el exterior. Dado lo anterior, hoy se encuentran vigentes 38<sup>130</sup> de los 52 APPIs suscritos por Chile y 11 Capítulos sobre Inversiones<sup>131</sup> incluidos en los TLCs suscritos por nuestro país, además del Acuerdo Suplementario Sobre Inversiones del TLC Chile-China.

El objetivo principal de los APPIs es fomentar la inversión extranjera entre los Estados y asegurar esta, como consecuencia de la disminución del riesgo jurídico inherente en

---

<sup>130</sup> Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica-Luxemburgo, Bolivia, China, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Honduras, Italia, Malasia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

En la sesión 49ª , ordinaria, del miércoles 4 de mayo de 2005, se resolvió retirar en segundo trámite constitucional los siguientes proyectos de acuerdo: “Acuerdo entre la República de Chile y la República de El Líbano para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones” y su Protocolo, suscritos en Beirut, el 13 de octubre de 1999; “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Indonesia sobre Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones” y su Protocolo, suscritos en Santiago, el 7 de abril de 1999; “Acuerdo entre la República de Chile y la República Socialista de Vietnam para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones”, suscrito en Santiago, el 16 de septiembre de 1999; “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Nueva Zelanda para la Promoción y Protección de las Inversiones”, suscrito en Santiago, el 22 de julio de 1999; Acuerdo entre la República de Chile y la República de Turquía sobre la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones” y su Protocolo, suscrito en Santiago, el 21 de agosto de 1998; “Acuerdo entre la República de Chile y la República Dominicana para la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones” y su Protocolo, suscritos en Santo Domingo, República Dominicana, el 28 de noviembre de 2000; “Acuerdo entre la República de Chile y la República de Túnez sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones” y su Protocolo, suscritos en Santiago, el 23 de octubre de 1998; “Acuerdo entre la República de Chile y la República de Sudáfrica para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones” y su Protocolo, suscritos en Pretoria, el 12 de noviembre de 1998. Fuente: [www.senado.cl](http://www.senado.cl)

<sup>131</sup> Australia, Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), Canadá, Centroamérica, Colombia, Corea del Sur, Estados Unidos de América, México, Panamá, Perú y la Unión Europea.

tal fenómeno. Cada Estado contrae un compromiso internacional al obligarse a mantener un marco de seguridad jurídica básica que favorezca al inversionista<sup>132</sup>.

#### 2.3.1.1. Características del contenido de los APPIs.

Dado que no es materia de este trabajo, señalaremos de manera sucinta algunas de las principales características del contenido de los APPIs, de manera tal que nos centraremos en los mecanismos de solución de controversias que en ellos se contienen.

Las principales características que mencionaremos son las siguientes:

- a) **Ámbito de aplicación material:** Generalmente, el ámbito de aplicación material, está determinado por un concepto específico de inversión, asociado comúnmente a la idea de transferencia de capitales o de cualquier activo, de un Estado a otro, otorgándosele a su destino u objeto la máxima amplitud que permitan las respectivas legislaciones internas. En este sentido, los APPIs suelen especificar las actividades que consideran comprendidas bajo este concepto y que consideran protegidas como inversión. Al definir las formas de inversiones cubiertas por un APPI, usualmente se emplean listas no taxativas de ejemplos, que comprenden todo tipo de activos y cualquier clase de inversión, lo que le da un carácter amplio a tal concepto.<sup>133</sup> Es importante destacar en este punto que en el Convenio CIADI, como señalamos

---

<sup>132</sup> MORALES Godoy, Joaquín. APPIs y TLCs..., ob. cit.

<sup>133</sup> A modo de ejemplo, el artículo 1 del APPI Chile-Francia señala: *“Para los efectos de este Convenio: 1. El término “inversión” significa toda clase de bienes, derechos y participaciones de cualquier índole y, en particular, aunque no exclusivamente: a) Bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos reales tales como hipotecas, gravámenes, usufructos, prendas y derechos similares; b) Acciones, primas de emisión sobre acciones y otras clases de participación, incluidas formas minoritarias e indirectas en sociedades constituidas en el territorio de una de las Partes Contratantes; c) Obligaciones o debentures, o derechos a toda prestación que tenga un valor económico; d) Derechos de propiedad intelectual, derechos de propiedad industrial (tales como patentes, licencias, marcas comerciales, modelos industriales y modelos a escala), procesos técnicos, nombres registrados y derechos de llave; e) Concesiones comerciales otorgadas por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales, incluidos aquellos ubicados en la zona marítima de las Partes Contratantes.”*

anteriormente, no se define lo que es inversión, importancia que debemos considerar dado que, como veremos más adelante, la gran mayoría de los APPIs contemplan la opción al inversionista de recurrir al CIADI. En este sentido dicho organismo, teniendo en consideración que su ámbito de aplicación material se radica en las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, se basará en los conceptos de inversión definidos por los APPIs o por algún otro acuerdo específico entre el inversionista y el Estado.<sup>134</sup>

- b) **Ámbito de aplicación temporal:** En cuanto a la vigencia de un APPI, normalmente se establece el momento de aplicación del convenio, indicándose que el tratado protege inversiones anteriores a su entrada en vigencia, siempre cuando se refieran a controversias surgidas a partir del comienzo de su periodo de aplicación temporal. Con ciertas variaciones, el método más común consiste en señalar que el acuerdo rija un mes después de la fecha de intercambio de instrumentos de ratificación y se mantenga vigente por un periodo inicial de diez años, generalmente renovable, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el mismo acuerdo.<sup>135</sup>
- c) **Identificación del sujeto protegido:** Se define inversionista, normalmente efectuando un distingo entre persona natural y jurídica, y entre las inversiones efectuadas directamente desde un Estado o indirectamente a través de otros Estados. La mayoría de estos tratados exigen que las personas naturales sean

---

<sup>134</sup> La profesora Elina Mereminskaya sostiene que “(...) la definición amplia de inversión empleada en la mayoría de los TBI permite sostener que los derechos contractuales constituyen inversión. Debido lo anterior, surge la interrogante si cualquier relación contractual entre el Estado y una persona natural o jurídica extranjera, será catalogada como inversión. La respuesta a esta interrogante es negativa en el contexto del Convenio de Washington. Si bien se reconoce que las partes poseen la autonomía de la voluntad para definir una controversia jurídica como derivada directamente de una inversión, esta facultad se encuentra limitada por la exclusión de las controversias comerciales del ámbito material de la competencia del CIADI.” MEREMINSKAYA, Elina. Demandas Contractuales ente los Tribunales Internacionales a la Luz de los APPIS Suscritos por Chile. En: Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Estudios. Santiago, Chile, 2010, pág. 39.

<sup>135</sup> Al efecto el artículo 12 (2) del APPI Chile-Alemania señala que “El presente Tratado entrará en vigor un mes después de la fecha en que se haya efectuado el canje de los instrumentos de ratificación. Su vigencia será de diez años y se prolongará después por tiempo indefinido, a menos que fuera denunciado por escrito por una de las Partes Contratantes doce meses antes de su expiración. Transcurridos diez años, el Tratado podrá denunciarse en cualquier momento con un preaviso de doce meses.”

nacionales de una parte contratante para ser considerados inversionistas y generalmente esta definición se deja en manos de la legislación interna de cada parte. En algunos casos, pero muy rara vez, no sólo nacionales, sino también residentes permanentes se consideran nacionales conforme al tratado. Tratándose de personas jurídicas, se usa la combinación de ambos criterios, dependiendo de si los Estados tienen o no interés en restringir los beneficios del acuerdo a las entidades legales que efectivamente mantienen vínculos con el país de origen.<sup>136</sup>

- d) Cláusulas de admisión: En estos acuerdos, la sección sobre admisión dice relación a la entrada de inversiones o inversionistas de una parte contratante en el territorio de la otra parte contratante. En general, el tema de la admisión se trata en la disposición sobre promoción de inversiones, o en la referente a promoción y protección de inversiones. La mayoría de los APPIs, disponen que no podrán establecerse ni hacer cumplir requisitos de desempeño (por ejemplo alcanzar determinado nivel o porcentaje de contenido local; limitar importaciones y ventas y transferir tecnología), como condición para el establecimiento, la adquisición, la expansión, la dirección, la explotación o el funcionamiento de una inversión protegida.<sup>137</sup>
- e) Cláusulas de tratamiento. Corresponden al régimen jurídico que se aplican a las inversiones por parte del Estado receptor. Se refieren, por tanto, a las garantías mínimas que busca todo inversionista, y que en la mayoría de los APPIs

---

<sup>136</sup> El artículo 1 del APPI Chile-Reino Unido establece que “1) Para los efectos del presente acuerdo: ...c) El término “inversionista” significa con respecto a una Parte Contratante: i) las personas naturales que tengan la nacionalidad de esa Parte Contratante de conformidad con su legislación; ii) cualquier sociedad, empresa o asociación, constituida o incorporada en virtud de la legislación vigente en el territorio de esa Parte Contratante y que tenga su domicilio social, administración central o domicilio comercial principal en ese territorio.”

<sup>137</sup> A modo de ejemplo, el artículo. 2 del APPI Chile-Italia señala: “Promoción y protección de las inversiones.” 1. Cada Parte Contratante promoverá, en la medida de lo posible, las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en su propio territorio y admitirá tales inversiones conforme a sus leyes y reglamentaciones. 2. Cada una de las Partes Contratantes garantizará siempre un trato justo y equánime a las inversiones de inversionistas del otro Estado Contratante. Cada una de las Partes Contratantes garantizará que la gestión, el mantenimiento, el uso, la transformación, la cesación y la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas del otro Estado Contratante, como también por sociedades y empresas donde se hayan realizado dichas inversiones, no sean de ninguna manera alcanzadas por medidas discriminatorias y arbitrarias.”

comprenden los siguientes principios: tratamiento justo y equitativo, no discriminación, trato nacional y cláusula de la nación más favorecida. Ahora bien, generalmente se prevén excepciones explícitas, especialmente con respecto al trato nacional y a la cláusula de la nación más favorecida. Las dos excepciones más comunes dicen relación con: 1) privilegios que cualquiera de las dos partes contratantes conceda a inversionistas de un tercer Estado debido a que son miembros o están asociados de una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común o un acuerdo regional, y 2) preferencias o privilegios resultantes de un acuerdo internacional relacionado plena o principalmente con asuntos tributarios.<sup>138</sup>

Es importante señalar para nuestro trabajo que la cláusula de la nación más favorecida (CNMF), entendida ésta como un principio en virtud del cual los Estados asumen la obligación de brindar un trato no menos favorable que aquel otorgado a los inversionistas de un tercer Estado, ha sido aplicada por la jurisprudencia internacional no sólo a materias sustantivas, sino también a aspectos procesales.<sup>139</sup> En este sentido y en el contexto del CIADI se grafica esta situación en el caso *Emilio Agustín Mafezzini con Reino de España*<sup>140</sup>, dado que el órgano arbitral correspondiente, basándose en el laudo de la Comisión de Arbitraje que falló el caso *Ambatielos* en 1956, declaró que: “(...) el tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se

---

<sup>138</sup> En este sentido el artículo 4 del APPI Chile-Suiza establece “Protección, tratamiento. (1) Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas según sus leyes y reglamentaciones por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, con medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la ampliación, la venta y si fuere el caso la liquidación de dichas inversiones. (2) Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio para inversionistas de la nación más favorecida, siempre y cuando este último tratamiento fuera más favorable. (3) Si una Parte Contratante acuerda ventajas especiales a los inversionistas de un tercer Estado en virtud de un acuerdo estableciendo una zona de libre comercio, una unión aduanera o un mercado común, o en virtud de un acuerdo para evitar la doble tributación, no estará obligado a conceder las mismas ventajas a los inversionistas de la otra Parte Contratante.”

<sup>139</sup> LÓPEZ Escarcena, Sebastián. La Aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida y del Trato Justo y Equitativo en la Jurisprudencia Internacional en Materia de Inversión Extranjera. El Caso MTD. *Revista Chilena de Derecho*, vol.32, n°1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005, pág. 80.

<sup>140</sup> Caso CIADI No. ARB/97/7.



*vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio. (...) El arbitraje y otros medios de solución de controversias (...) son también esenciales para proteger los derechos previstos en los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a tribunales nacionales (...). De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis.”<sup>141</sup>*

- f) Cláusula de protección: Los APPIs, en todos los casos, contienen algunas formas expresas de protección al inversionista, como lo son la garantía de libre transferencia de capital y las utilidades (los Estados se comprometen a garantizar la libre transferencia de capitales, utilidades, pagos por gastos, créditos, exportaciones, importaciones y, en general, toda transferencia relacionada con el inversionista). Al efecto, estos acuerdos contienen las llamadas “cláusulas sobre transferencias”, esto es, aquellas donde el país receptor garantiza a los inversionistas de la otra parte contratante la transferencia de fondos relacionados con inversiones.<sup>142</sup> Otra forma de

---

<sup>141</sup> Sin embargo, este mismo tribunal arbitral ha señalado que la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida reconoce importantes limitaciones y no procedería en los siguientes casos: 1.- Si una parte a condicionado su conocimiento para el arbitraje el agotamiento de los recursos internos; 2.- Si las partes han acordado la opción única y definitiva de jurisdicción, a través de la cual el inversionista puede elegir someterse a los tribunales nacionales o al arbitraje internacional, pero una vez tomada esta decisión, es irrevocable; 3.- Si el acuerdo respectivo escoge un mecanismo determinado, por ejemplo, el CIADI; y 4.- Si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimientos precisas, por ejemplo, el establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA).

<sup>142</sup> El artículo 5 del APPI Chile-Suecia relativo a transferencias señala: “1) Cada Parte Contratante autorizará, sin demora, la transferencia en moneda de libre convertibilidad, de: a) los rendimientos; b) el producto resultante de la venta o liquidación total o parcial de cualquier inversión hecha por un inversionista de la otra parte contratante ;c) fondos por amortización de préstamos relativos a una

protección es la garantía al derecho de propiedad (en caso de expropiación o pérdidas debidas a conflictos). Con respecto a las expropiaciones, siguiendo lo generalmente aceptado por el derecho internacional, en los APPIs se establece que cualquier limitación a la propiedad deberá fundarse en la ley y estará acompañada de una indemnización en conformidad al debido proceso legal y antes del anuncio de la medida expropiatoria.<sup>143</sup>

- g) Solución de controversias: Esta característica la enunciaremos a grosso modo, dado que la desarrollaremos con profundidad en el acápite siguiente como uno de los objetivos principales de este capítulo. Como regla general en los APPIs se dispone que la diferencia entre Estados, referentes a la interpretación o aplicación del tratado, deberán ser sometidas, a solicitud de cualquiera de las partes, a tribunales arbitrales ad-hoc; este arbitraje, sin embargo, debe ser precedido por consultas o canales diplomáticos. Ahora bien, con respecto a diferencias que surjan entre una parte contratante y un inversionista, contiene disposiciones separadas, contemplando, para estos casos, el arbitraje como

---

*inversión; y d) los ingresos de personas, que no sean sus nacionales y estén autorizadas para trabajar en relación con una inversión en su territorio y otros montos asignados para cubrir los gastos relativos a la administración de la inversión.*

*2) Cada Parte Contratante se compromete a otorgar a las transferencias mencionadas en el párrafo 1) de este Artículo un tratamiento no menos favorable que aquel otorgado a las transferencias que se originen de inversiones realizadas por sus propios inversionistas o inversionistas de cualquier tercer Estado. 3) Cualquier transferencia mencionada en el presente Convenio se efectuará conforme al tipo de cambio aplicable en la fecha de la transferencia. 4) Las transferencias relativas a inversiones efectuadas en virtud del Programa Especial de Chile de Conversión de la Deuda Externa estarán sujetas a reglamentos especiales. 5) El capital propio sólo se podrá transferir después de un año de ingresado al territorio de la Parte Contratante, salvo que su legislación estipule un tratamiento más favorable.”*

<sup>143</sup> El artículo 4 del mismo acuerdo, referente a la expropiación y compensación, establece “1) Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que despoje, directa o indirectamente, a un inversionista de la otra Parte Contratante de una inversión, salvo que se cumplan las siguientes condiciones: a) las medidas sean adoptadas por causa de utilidad pública o interés nacional y en virtud del debido procedimiento legal; b) las medidas sean inequívocas y no discriminatorias; y c) las medidas vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación inmediata, adecuada y efectiva, que será transferible sin demora, en moneda de libre convertibilidad. (2) La legalidad de cualquiera de dichas medidas y el monto de la compensación estarán sujetos a revisión según el debido procedimiento legal, en conformidad con los principios establecidos en el Párrafo (1). (3) Las disposiciones del Párrafo (1) y (2) de este Artículo también se aplicarán a los rendimientos de alguna inversión, así como también, en caso de liquidación, al producto obtenido de la liquidación. 4) Los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes que sufrieren la pérdida de sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a una guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revolución, insurrección o desórdenes deberán recibir, en lo que respecta a reparación, indemnización, compensación u otro arreglo, un tratamiento no menos favorable que aquel otorgado a sus propios inversionistas o los inversionistas de cualquier tercer Estado. Los pagos resultantes podrán transferirse sin demora y en moneda de libre convertibilidad.”

mecanismo para la solución de controversias, usualmente enmarcado en el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), su mecanismo complementario, o bajo las Reglas de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, más conocida por su sigla en inglés UNCITRAL).

- h) Modelo Chileno del Acuerdo: Los modelos de APPIs desarrollados a nivel mundial son bastantes estandarizados, y el utilizado en Chile se ha ido mejorando a través del tiempo. Algunos países que han conocido nuestro modelo de acuerdo, no han titubeado en incorporar algunos de sus elementos en sus propios acuerdos. Dentro de las principales cláusulas, características del APPI chileno, se encuentran las siguientes: i) Transferencia de capitales: Se refiere sólo a los capitales que efectivamente se han transferido desde el exterior; ii) Establecimiento previo y no pre-establecimiento: De acuerdo a esta cláusula, la inversión protegida es sólo la que se ha realizado efectivamente, esto es, los capitales deben haber sido transferidos al país; iii) Legalidad: La inversión protegida es sólo la que se realiza en conformidad con el tratado y la legislación vigente en el país receptor; y Opción única y definitiva de jurisdicción: Tema que desarrollaremos más adelante, puesto que como señalamos, es uno de los objetos principales de este capítulo.<sup>144</sup>

#### 2.3.1.2. Mecanismo de Solución de Controversias en el Sistema APPI.

Al estudiar los mecanismos de solución de controversias debemos distinguir a qué tipo de controversia nos estamos refiriendo. En este sistema se distinguen dos tipos de diferencias: a saber, las diferencias que surjan entre los dos Estados Partes o Contratantes del Acuerdo y la eventual controversia que pueda existir entre un inversionista de un Estado Contratante y el otro Estado Parte del Acuerdo, diferencia que se enmarca dentro del ámbito de la inversión.

---

<sup>144</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., págs. 124 y 125.

En el primero de los casos, los APPIs disponen que las diferencias entre Estados, relativas a la interpretación o aplicación del acuerdo, deberán ser sometidas, a solicitud de cualquiera de las dos partes, a tribunales arbitrales ad-hoc, respecto de los cuales, generalmente se establecen procedimientos de constitución de dicho tribunal, normas de procedimiento y la ley aplicable. Sin embargo, el arbitraje debe ser antecedido por consultas o canales diplomáticos establecidos por ambos Estados. Comúnmente sólo hay diferencias en cuanto al periodo de tiempo que los tratados conceden para que la controversia sea resuelta a través de consultas antes de que sea sometida a procedimientos de arbitraje. Aquel periodo varía entre tres, seis y doce meses, aunque en algunos casos no se define límites. En esta materia son los propios acuerdos los que contienen disposiciones especialmente establecidas para el arbitraje, como lo es la constitución del tribunal arbitral, designación de árbitros, normas de procedimiento a seguir, costos del arbitraje, dictación del laudo, entre otras, dependiendo de cada acuerdo. A continuación citaremos algunos APPIs como ejemplos:

APPI Chile-Ecuador.

*“ARTICULO IX*

*Solución de controversias entre las Partes Contratantes*

*(1) Las controversias que surgieren entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o aplicación del presente Convenio serán, en lo posible, solucionadas por la vía diplomática.*

*(2) Si una controversia entre las Partes Contratantes no pudiere ser dirimida de esa manera en un plazo de seis meses a contar de la fecha de la notificación de la controversia, ésta será sometida, a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes, a un Tribunal Arbitral.*

*(3) Dicho Tribunal Arbitral será constituido para cada caso particular de la siguiente manera: dentro de los dos meses de la recepción del pedido de arbitraje, cada Parte Contratante designará un miembro del Tribunal, quienes elegirán a un nacional de un tercer Estado el que será Presidente del Tribunal. El Presidente será nombrado en un plazo de dos meses a partir de la fecha de la designación de los otros dos miembros.*

*(4) Si dentro de los plazos previstos en el inciso inmediatamente anterior no se hubieren efectuado las designaciones necesarias, cualquiera de las Partes Contratantes podrá, en ausencia de otro arreglo, invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a que proceda a realizar los nombramientos necesarios. Si el Presidente fuere nacional de una de las Partes Contratantes o cuando, por cualquier razón, se hallare impedido de desempeñar dicha función, se invitará al Vicepresidente a efectuar los nombramientos necesarios. Si el Vicepresidente fuere nacional de alguna de las Partes Contratantes, o si se hallare también impedido de desempeñar dicha función, el miembro de la Corte Internacional de Justicia que le siga inmediatamente en el orden de precedencia y no sea nacional de alguna de las Partes Contratantes, será invitado a efectuar los nombramientos necesarios.*

*(5) El Tribunal Arbitral tomará su decisión por mayoría de votos. Tal decisión será definitiva y obligatoria para ambas Partes Contratantes. Cada Parte Contratante sufragará los gastos de su miembro del Tribunal y de su representación en el procedimiento arbitral. Los gastos del Presidente, así como las demás erogaciones serán sufragados en porciones iguales por las Partes Contratantes. No obstante, el Tribunal Arbitral podrá determinar en su decisión que una mayor proporción de los gastos sea sufragada por una de las dos Partes Contratantes. El Tribunal determinará su propio procedimiento.”*

APPI Chile-Suiza.

*“Artículo 10.*

*Controversias entre Partes Contratantes.*

*(1) Las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o a la aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo se resolverán por la vía diplomática.*

*(2) Si las Partes Contratantes no llegan a un acuerdo dentro de los doce meses contados a partir de la iniciación de la controversia, ésta será sometida, a solicitud de cualquiera de ellas, a un tribunal arbitral compuesto de tres miembros. Cada Parte Contratante designará un árbitro, y ambos árbitros así designados nombrarán al presidente del tribunal, que deberá ser un nacional de un tercer Estado.*

*(3) Si una de la Partes Contratantes no hubiera designado su árbitro y no diera respuesta a la invitación de la otra Parte Contratante de efectuar esta designación dentro de los dos meses, el árbitro será designado, a solicitud de esta última Parte Contratante, por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.*

*(4) Si los dos árbitros no logran llegar a un acuerdo sobre la elección del presidente en el plazo de dos meses siguientes a su designación, este último será designado, a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes, por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.*

*(5) Si, en los casos previstos en los párrafos (3) y (4) del presente artículo, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia estuviera impedido de realizar dicha función, o si fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, las designaciones serán realizadas por el Vicepresidente y, si este último estuviera impedido, o si fuera nacional de cualquiera de las Partes Contratantes, los nombramientos serán realizados por el Juez de la Corte de mayor antigüedad que no sea nacional de cualquiera de las Partes Contratantes.*

*(6) Salvo que las Partes Contratantes acuerden lo contrario, el propio tribunal determinará su procedimiento. Además cada Parte Contratante sufragará los gastos ocasionados de su árbitro, así como los gastos de su representación en el procedimiento arbitral. Los gastos del presidente, así como los demás gastos serán sufragados por igual por las dos Partes Contratantes, a menos que se adopte otro acuerdo.*

*(7) Las decisiones del tribunal son definitivas y obligatorias para las Partes Contratantes.”*

APPI Chile-Argentina.

#### *“ARTICULO 9*

##### *Solución de controversias entre Estados*

*1. Las controversias que surgieren entre las Partes Contratantes sobre la interpretación o aplicación del presente Tratado deberán, en lo posible, ser dirimidas amigablemente por los Gobiernos de ambas Partes Contratantes.*

2. *Si una controversia no pudiere ser dirimida de esa manera, será sometida a un tribunal arbitral a petición de una de las Partes Contratantes.*
3. *El tribunal arbitral será constituido ad-hoc; cada Parte Contratante nombrará un miembro, y los dos miembros se pondrán de acuerdo para elegir como presidente a un nacional de un tercer Estado que será nombrado por los Gobiernos de ambas Partes Contratantes. Los miembros serán nombrados dentro de un plazo de dos meses, el Presidente dentro de un plazo de tres meses, después de que una de las Partes Contratantes haya comunicado a la otra que desea someter la controversia a un tribunal arbitral.*
4. *Si los plazos previstos en el párrafo 3 no fueren observados, y a falta de otro acuerdo, cada Parte Contratante podrá invitar al Presidente de la Corte Internacional de Justicia a proceder a los nombramientos necesarios. En caso de que el presidente sea nacional de una de las Partes Contratantes o se halle impedido por otra causa, corresponderá al vicepresidente efectuar los nombramientos. Si el Vicepresidente también fuere nacional de una de las dos Partes Contratantes o si se hallara también impedido, corresponderá al miembro de la Corte que siga inmediatamente en el orden jerárquico y no sea nacional de una de las Partes Contratantes, efectuar los nombramientos.*
5. *El tribunal arbitral tomará sus decisiones por mayoría de votos. Sus decisiones son obligatorias. Cada Parte Contratante sufragará los gastos ocasionados por la actividad de su árbitro, así como los gastos de su representación en el procedimiento arbitral; los gastos del presidente, así como los demás gastos, serán sufragados por partes iguales por las dos Partes Contratantes. Por lo demás, el tribunal arbitral determinará su propio procedimiento.*
6. *Si ambas Partes Contratantes fueren también Estados Contratantes del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965, no se podrá, en atención a la disposición del párrafo 1 del artículo 27 de dicho Convenio, acudir al tribunal arbitral arriba previsto cuando el nacional o la sociedad de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante hayan llegado a un acuerdo conforme al artículo 25 del Convenio. No quedará afectada la posibilidad de acudir al tribunal arbitral arriba previsto en el caso de que no se respete una decisión del Tribunal de Arbitraje del mencionado Convenio (artículo 27), o*

*en el caso de subrogación conforme a lo establecido en el artículo 6 del presente Tratado.”*

Ahora bien, respecto del segundo caso, esto es, aquella controversia que pueda existir entre un inversionista de un Estado Contratante y el otro Estado Parte del Acuerdo, los APPIs contemplan un procedimiento de arbitraje para la solución de aquellas disputas. Como ya es sabido, este tipo de arbitraje ha crecido de manera exponencial año a año, siendo una tendencia de carácter mundial, de la cual nuestro país no ha sido ajeno. A raíz de lo señalado, Chile, a partir de la década de los noventa comenzó a suscribirse a este tipo de tratados, para lo cual preparó un modelo de acuerdo de promoción y protección de inversiones extranjeras, que en uno de sus artículos contempla una cláusula en virtud de la cual ciertas disputas que surgieren entre una de las Partes o Estados Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante, puedan ser sometidas a un tribunal arbitral internacional.

Concretamente, el modelo chileno de APPI propone que las disputas que se produzcan entre un inversionista y el Estado en el que haya efectuado su inversión puedan, como regla general, someterse al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, abierto para la firma de Washington el 18 de marzo de 1965.

Sin embargo, previo a la aprobación de aquel modelo, el Comité de Inversiones Extranjeras solicitó un informe en derecho con el propósito de determinar si era legal o no que el Estado sometiera a arbitraje controversias en las que es parte. Se llegó a la conclusión que una ley o un tratado si puede autorizar al Estado, como bien señalamos en el capítulo 1 de nuestro trabajo, someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral extranjero, considerando que no existe en el ordenamiento constitucional chileno una norma que prohíba al Estado pactar arbitrajes, ni tampoco se encuentra alguna disposición que encargue a un determinado tribunal nacional el conocimiento del asunto que el Estado somete a arbitraje. Si bien no existe norma constitucional que lo prohíba, tampoco existe una que lo autorice, por tanto, creemos que existe una



aparente prohibición de carácter general al Estado y a sus órganos para pactar arbitrajes, dado el principio de legalidad establecido en nuestra carta fundamental; por tanto, la posibilidad de hacerlo o no va a depender de lo señalado en la legislación existente, que en este caso y relativo específicamente sobre esta materia no se considera como de arbitraje prohibido, pudiendo perfectamente pactarse dentro de un tratado de protección de inversiones.

En los APPIs que Chile ha suscrito hasta la fecha, se encuentran los siguientes requisitos y características para la solución de controversias relativas a inversiones:

- a) Solución amigable: Toda diferencia entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante debe ser resuelta, en la medida de lo posible, por consultas amistosas o por cualquier otro procedimiento de igual característica entre las partes en controversia. Este presupuesto es fundamental, puesto que es habilitante para iniciar posteriormente cualquier vía judicial.

APPI Chile-Dinamarca.

*“ARTÍCULO 9*

*Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante.*

- 1) *Con el propósito de llegar a una solución amistosa de las controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante se realizarán negociaciones entre las partes interesadas(...)*”

- b) Opción de foro: Si las consultas amistosas no permitieran solucionar las controversias en un plazo que va de tres a seis meses, dependiendo de cada Acuerdo, a partir del momento en que se plantea la diferencia, el inversionista podrá someterla a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. En ambos casos,

como regla general, la elección de uno u otro de estos procedimientos es definitiva, conocido esto como opción única y definitiva de foro.

APPI Chile-Dinamarca

*“ARTÍCULO 9*

*Controversias entre una Parte Contratante y un Inversionista de la otra Parte Contratante.*

*(...) 2) Si de esas negociaciones no resultare una solución dentro de seis meses a partir de la fecha de solicitud de conciliación, el inversionista podrá someter a controversia:*

*- ya sea ante el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o*

*- al arbitraje internacional del Centro Internacional para la Conciliación de Controversias de Inversión (ICSID), creado por la Convención para la Conciliación de Controversias con respecto a Inversiones que ocurran entre los Estados y Nacionales de otros Estados, firmada en Washington el 18 de marzo de 1965.*

*Una vez que el inversionista haya sometido la controversia ante el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a un arbitraje internacional, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva (...).”*

Sin embargo, existen algunos casos excepcionales en que la opción no es única y definitiva, sino que revocable. Tal es el caso en los acuerdos con Alemania<sup>145</sup> y Suiza<sup>146</sup>, en que si la controversia no se pudiese dirimir

---

<sup>145</sup> El artículo 10 del APPI Chile-Alemania señala: *“(1) Las divergencias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con una inversión conforme al presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas por los litigantes. (2) Si una divergencia en el sentido del párrafo primero no pudiera ser dirimida en el plazo de seis meses a partir del momento de la reclamación por uno de los dos litigantes, será sometida a instancia de una de las partes litigantes a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión. (3) A instancia de una de las partes litigantes la divergencia será sometida a un tribunal arbitral internacional: a) cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurrido dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el párrafo segundo del*

amigablemente en el plazo de seis meses, contados a partir de la reclamación de uno de los litigantes, la controversia será sometida a instancia de una de las partes, a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión. Sólo podrá someterse a un tribunal internacional de común acuerdo, o en el evento que no exista decisión sobre el fondo transcurridos dieciocho meses desde el inicio del proceso judicial, o cuando existiendo tal decisión, una de las partes (o sólo el inversionista en el caso de Suiza), entienda que infringe las disposiciones del tratado, y siempre que se inicie antes de un año luego de notificada dicha resolución por escrito.

---

*presente Artículo o, b) cuando, existiendo tal decisión, una de las partes litigantes entienda que la misma infringe las disposiciones del presente Tratado; el procedimiento arbitral deberá iniciarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la resolución por escrito. (4) Lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 no afecta al derecho de las Partes en controversia de someter de común acuerdo la divergencia a un tribunal arbitral internacional. (5) En los casos previstos por los párrafos 3 y 4 del presente Artículo, las divergencias entre las partes litigantes se someterán, cuando no hubiesen acordado otra cosa, a un procedimiento arbitral en el marco del "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados" de 18 de marzo de 1965. (6) El Tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente Tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del Derecho Internacional. (7) El laudo arbitral será obligatorio y cada Parte lo ejecutará de acuerdo con su legislación interna."*

<sup>146</sup> El artículo 9 del APPI Chile Suiza expresa: "(1) Para lograr una solución amigable sobre controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, y sin perjuicio del artículo 10 del presente Acuerdo (Controversias entre Partes Contratantes), las partes interesadas celebrarán consultas. (2) Si estas consultas no permitieran solucionar la controversia en un plazo de seis meses a partir del momento de la reclamación, el inversionista podrá someter la controversia a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. En este último caso el inversionista puede elegir entre: (a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones(C.I.A.D.I.), creado por el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales, de otros Estados. (b) a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido, salvo acuerdo contrario de las partes, en conformidad con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional(C.N.U.D.M.I.).(3) En caso de que el inversionista haya sometido la divergencia a la jurisdicción nacional será posible recurrir al tribunal arbitral mencionado en el párrafo (2) de este artículo, solamente si después de transcurridos dieciocho meses no exista del competente tribunal nacional una decisión sobre el fondo. (4) Por este acto las Partes Contratantes consienten en someter a arbitraje internacional las controversias relativas a inversiones. (5) La Parte Contratante participe en la controversia no podrá en ningún momento del procedimiento hacer valer como defensa su inmunidad o el hecho de que el inversionista haya recibido en razón de un contrato de seguro compensación total o parcial por el daño o pérdida sufrido. (6) Ninguna de las Partes Contratantes perseguirá la solución por la vía diplomática de una controversia sometida a arbitraje internacional, a menos que la otra Parte Contratante no observe y cumpla el laudo del tribunal arbitral. (7) El tribunal arbitral decidirá sobre la base de las disposiciones del presente Acuerdo y de otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes, de los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, del derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia - incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, como de los principios y normas del derecho internacional que sean aplicables."

Los tratados con la Unión Belga-Luxemburguesa y Austria establecen la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional, luego de haber optado por la jurisdicción del Estado receptor de la inversión, si dentro de un periodo determinado (dieciocho y treinta y seis meses respectivamente)<sup>147</sup>, no se ha dictado sentencia definitiva.

- c) Opción de arbitraje: Cuando la controversia es llevada a arbitraje internacional, el inversionista puede llevarlo a cabo, generalmente, ante el Centro Internacional de Arreglo de Inversiones (CIADI), siempre que cada Estado Parte haya adherido a él, establecido en el acuerdo bajo el siguiente modelo: *“Si no se hubiere resuelto la controversia dentro de un período de seis meses desde la fecha de su ocurrencia, será sometida, a solicitud del nacional o sociedad: - al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión; - o al arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativo a Inversiones (C.I.A.D.I.), creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrita en Washington el 18 de marzo de 1965”*; o ante un tribunal arbitral ad-hoc, establecido de acuerdo a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL en inglés), de la siguiente forma: *“En caso de recurrirse al arbitraje internacional, la controversia será sometida a elección del demandante, a alguno de los órganos de arbitraje designados a continuación:*
- a) *Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) creado por el "Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965.* b) *a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido, salvo acuerdo contrario de las Partes, en conformidad con las*

---

<sup>147</sup> Artículo 9.3. del APPI Chile-Unión Belga-Luxemburguesa: *“En caso de recurrir a la jurisdicción nacional el inversionista no podrá acudir al arbitraje internacional salvo en el caso que luego de un período de dieciocho meses no haya una sentencia definitiva del tribunal competente.”*

Por su parte artículo 9 del APPI Chile-Austria en sus numerales 4) y 5) señala: *“4) Una vez que el inversionista haya sometido la diferencia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o a arbitraje internacional, esa elección será definitiva. 5) No obstante la cláusula 4), el inversionista podrá recurrir a arbitraje internacional en caso de que el tribunal competente no dictare una sentencia definitiva por un período de treinta y seis meses.”*

*reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.) al cual se refiere la Resolución de la Asamblea General de la ONU 31/98 del 15 de diciembre de 1976. Los árbitros serán tres. Si los mismos no son nacionales de las Partes Contratantes, deberán ser nacionales de Estados que tengan relaciones diplomáticas con ellas*<sup>148</sup>, o a disposiciones propias del acuerdo establecidas especialmente para esta materia, como es el caso de Cuba y China.<sup>149</sup>

Ahora bien, las sentencias que se dicten en el proceso arbitral serán obligatorias y definitivas para las partes en disputa, y se ejecutarán conforme a la legislación de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión, y se tomará en consideración las convenciones internacionales en la materia vigentes para ambas Partes Contratantes en el caso de que existan y el acuerdo lo considere así. En gran parte de los tratados se señala que el tribunal arbitral resolverá sobre la base de las normas del APPI y sobre la base del derecho del Estado Contratante que sea parte en la materia, incluyendo las normas de Derecho Internacional Privado (normas de conflictos de leyes), considerando también los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, así también como los principios de derecho internacional en la materia, especialmente el principio de buena fe. En todo caso, cuando no existe mención expresa en cuanto al derecho aplicable

---

<sup>148</sup> En la mayoría de los APPIs suscritos por nuestro país sólo son aplicables las reglas de arbitraje del CIADI. Los Acuerdos en los que rigen esta modalidad son los celebrados con Alemania, Unión Belga-Luxemburguesa, Bolivia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Francia, Guatemala, Honduras, Malasia (en este APPI extraordinariamente se establece la posibilidad de que el inversionista opte no sólo por el arbitraje internacional, sino también por la conciliación dentro del marco CIADI), Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Ucrania y Venezuela. En otro grupo relevante de acuerdos se contempla la opción de elegir entre las reglas del CIADI o las reglas de la UNCITRAL: Argentina, Austria, Australia, España, Grecia, Italia, Polonia, República Checa, Suiza y Uruguay.

<sup>149</sup> En el caso de Cuba, es el único tratado en el que no existe la posibilidad de optar por el arbitraje CIADI y debe elegirse entre un arbitraje ad-hoc bajo las reglas de arbitraje de UNCITRAL o de un procedimiento arbitral establecido en el mismo acuerdo, y que rige también para las diferencias surgidas entre los Estados Partes.

En el caso de China, si bien da la posibilidad de someterse a arbitraje bajo el mecanismo CIADI, sólo lo hace para el caso en que si una controversia que involucra el monto de indemnización por expropiación no pudiere ser resuelta dentro de seis meses después de recurrir a las negociaciones amistosas, el resto de los casos deberán someterse, a elección de las partes y en desmedro de someterse a los tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión, a un tribunal arbitral ad-hoc, con un procedimiento de arbitraje dispuesto en el mismo articulado dentro del acuerdo.

para la resolución del asunto, debe estarse a lo establecido en las reglas del sistema arbitral correspondiente o elegido por las partes, esto es, las reglas CIADI, UNCITRAL o las reglas especiales contempladas en el tratado.

- d) Principio de subrogación: Se ha establecido en diversos APPIs que en el caso en que una Parte Contratante o una de sus instituciones hubiera concedido una garantía financiera o alguna otra forma de indemnización contra riesgos (en algunos casos sólo no comerciales, como en el APPI Chile-Argentina), por inversiones efectuadas por uno de sus nacionales o sociedades en el territorio de la otra Parte Contratante y hubiera efectuado pagos a base de la garantía otorgada, dicha Parte Contratante o la institución será reconocida subrogada de derecho en la misma posición de crédito del inversor cubierto por la garantía. Es importante destacar este principio dado que el Estado Parte receptor de la inversión partícipe en una eventual controversia no podrá, en ningún momento del procedimiento, hacer valer como defensa el hecho de que el inversionista haya recibido en razón de un contrato de seguro o de una garantía, compensación total o parcial por el daño o pérdida sufrida.<sup>150</sup>
- e) Exclusión de métodos diplomáticos: En los APPIs se establece que las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, a través de los canales diplomáticos o reclamaciones internacionales, argumentos concernientes al arbitraje o a un proceso judicial ya en marcha, hasta que los procedimientos correspondientes hubieren sido concluidos, salvo que las partes en controversia no hubieren cumplido el laudo del tribunal arbitral o la sentencia del tribunal ordinario, según los términos establecidos en el laudo o en la sentencia. El APPI Chile-Malasia agrega también que se podrán utilizar canales diplomáticos cuando el secretario general del CIADI, o una comisión de conciliación o tribunal arbitral constituido por éste, determine que la controversia no se encuentra dentro de la jurisdicción de aquél organismo.

---

<sup>150</sup> Así ha quedado establecido en los APPIs celebrados con Australia, Austria, Italia, Malasia, Unión Belga-Luxemburguesa y Suiza.

### 2.3.2. Análisis TLCs con capítulo de inversiones.

Cómo señalamos anteriormente, desde 1990 a la fecha, Chile ha desarrollado una aguda política negociadora de APPIs y de TLCs que incluyan Capítulos sobre Inversiones, con el propósito de atraer flujos de inversión extranjera al país y proteger las inversiones chilenas en el exterior. Dado lo anterior, hoy se encuentran vigentes 11 Capítulos sobre Inversiones incluidos en los TLCs suscritos por nuestro país, además del Acuerdo Suplementario Sobre Inversiones del TLC Chile-China.

En este análisis, relativo a los TLCs, nos centraremos solamente en aquellos que contengan capítulos sobre inversiones y que éstos, a su vez, incluyan mecanismos de solución de controversias que surjan entre un Estado Contratante y un particular de otro Estado Contratante, dejando de lado de esta manera, cualquier análisis relativo a la estructura orgánica de los tratados, como así también sus contenidos y materias que no son objeto de este trabajo.

#### 2.3.2.1. Mecanismo de solución de controversias en el sistema TLC.

En general todos los TLCs tienen un sistema general de solución de controversias para aquellas diferencias que surjan entre los Estados Contratantes. Adicionalmente, gran parte de estos tratados tienen en sus capítulos de inversiones, además de un conjunto de disciplinas y derechos a favor del inversionista, un mecanismo de solución de controversias especial para disputas entre inversionistas y Estados.

Los sistemas de solución de controversias que encontramos en los TLCs suscritos por Chile tienen todos un elemento esencial común: las partes, ya sea el Estado o el inversionista, tienen la opción de recurrir a un arbitraje internacional. Los Estados partes en estos tratados han considerado, por razones de neutralidad, que ni la justicia ordinaria ni los arbitrajes nacionales serían los foros más adecuados para la resolución de este tipo de controversias. Por otra parte, han pensado también, que crear un tribunal permanente para dirimir estos conflictos no justificaría el esfuerzo ni el costo,

dado el número reducido que se espera que no puedan resolverse directamente. Tratándose de acuerdos que crean zonas de libre comercio y en que no se pactan procesos de integración más complejos, como lo pueden ser una unión aduanera, un mercado común o una comunidad económica, parece absolutamente lógico el ofrecer la vía del arbitraje internacional, y la razón está en que para que un sistema de solución de controversias sea eficaz debe tener concordancia con el acuerdo comercial que las partes convengan.<sup>151</sup>

A continuación analizaremos cada uno de los TLCs celebrados por Chile que contengan capítulos de inversiones y que éstos, a su vez, establezcan al arbitraje internacional como el mecanismo para resolver los eventuales conflictos.

#### 2.3.2.1.1. TLC Chile-Australia.

El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Australia fue firmado en Canberra, Australia, el 30 de julio de 2008. Fue promulgado en Chile mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores el 4 de julio de 2009 y se encuentra vigente desde 6 de marzo de 2009, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial.<sup>152</sup>

El TLC aborda materias relacionadas con el comercio de bienes, servicios, inversiones, compras públicas y propiedad intelectual, y también crea una institucionalidad que permite el intercambio de experiencias, consultas y resolución de conflictos a través de comités.

El Capítulo 21 de este tratado se refiere a la solución de controversias entre los Estados Partes en cuanto exista una diferencia entre ambos relativa a la implementación, interpretación, aplicación u operación del TLC. Dentro del capítulo se

---

<sup>151</sup> IRARRÁZBAL Covarrubias, Jaime. El Arbitraje en los Tratados de Libre Comercio Suscritos por Chile. En: Estudios de Arbitraje, en homenaje a don Patricio Aylwin. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007, págs. 418 y 419.

<sup>152</sup><http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20090220/pags/20090220165036.html>  
<http://www.direcon.gob.cl/mapa-de-acuerdos/?idacuerdo=6242>



establece la elección del procedimiento de solución de controversias, consultas entre las partes, remisión del asunto al Comité Conjunto del TLC; establecimiento, términos de referencia, composición y procedimientos de los grupos arbitrales en caso de que las consultas no hayan resuelto la controversia, suspensión o terminación del procedimiento, reglas de procedimientos, informe (laudo) y cumplimiento del mismo.

El Capítulo 10 del TLC Chile-Australia es aquel que versa sobre la inversión. Dentro del mismo, en la Sección B, se refiere a la solución de controversias entre inversionista-Estado. El modo de resolver los conflictos, ahí establecido, contempla al arbitraje como principal método de solución de controversias, cuyas principales características pasamos a analizar a continuación:

a) **Ámbito de aplicación:** El sistema de solución de controversias entre un inversionista y un Estado Parte contemplada en el TLC, se aplica cuando existe una disputa entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Parte relativa a una inversión cubierta, hecha en el territorio del Estado Parte, de acuerdo con sus leyes, regulaciones y políticas de inversión.<sup>153</sup>

b) **Condiciones previas al arbitraje:** En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociaciones, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no vinculante. Tales consultas deberán iniciarse por una petición escrita para consultas, enviada por el demandante al demandado.

Además, y con el objeto de resolver una controversia relativa a una inversión a través de consultas, el demandante deberá hacer todos los esfuerzos razonables para proporcionar al demandado, antes del inicio de las consultas, la información concerniente a los fundamentos de hecho y de derecho de la mencionada controversia. A su vez, el inicio de consultas y negociaciones no debe ser considerado como un reconocimiento de la jurisdicción del tribunal.<sup>154</sup>

---

<sup>153</sup> Artículo 10.14 del TLC Chile-Australia.

<sup>154</sup> Artículo 10.15 del TLC Chile-Australia.

c) Causal de arbitraje: Si la controversia relativa a una inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses siguientes a la recepción por parte del demandado de la solicitud de consulta, el demandante, a su propio nombre, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad a la Sección B del Capítulo 10 del TLC, en la que se alegue que el demandado ha violado una obligación de conformidad a las normas de la Sección A, relativas a inversión, y que en virtud de dicha violación o como resultado de ésta, el demandante ha sufrido pérdidas o daños. También el demandante lo podrá hacer en representación de una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto.

Al menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”).<sup>155</sup> Dicha notificación, que debe ser por escrito, de contener el consentimiento por parte del demandante de someter la controversia a arbitraje de conformidad a lo establecido en el artículo 10.17 del TLC Chile-Australia.

Con todo, ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante por primera vez tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, causando pérdidas y daños.<sup>156</sup>

d) Opción de foro: El TLC establece que ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, si el demandante ha alegado la violación de una obligación a las normas contempladas en la Sección A del Capítulo 10, relativas a inversión, en un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo de un Estado Parte, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante. Para mayor certeza, si un inversionista elige presentar una reclamación del tipo antes descrito ante un tribunal judicial o administrativo del Estado Parte, esa elección

---

<sup>155</sup> Artículo 10.16 N°s 1 y 2 del TLC Chile-Australia.

<sup>156</sup> Artículo 10.18 N° 1 del TLC Chile-Australia.

será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje.<sup>157</sup>

- e) Integración del panel arbitral: A menos que las partes contendientes acordaren otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, designado por acuerdo de las partes contendientes, y quien deberá ser un nacional de un tercer país. Cuando el tribunal no se integre en un plazo de 75 días a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje, el Secretario General, a petición de una parte contendiente, designará, a su discreción, el árbitro o los árbitros que aún no hayan sido designados.<sup>158</sup>
- f) Opción reglas de procedimiento: El demandante podrá someter la reclamación de conformidad al Convenio del CIADI, cuando ambas partes sean miembros del mismo; al Mecanismo Complementario del CIADI<sup>159</sup>, cuando uno no sea parte del CIADI; de conformidad a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL; o si las partes lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro procedimiento de arbitraje.<sup>160</sup>
- g) Derecho aplicable: Cuando se presente una reclamación por la causal anteriormente señalada en la letra c), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad al TLC y con las normas aplicables de derecho internacional.<sup>161</sup>
- h) Laudo definitivo y ejecución: El laudo dictado por el tribunal será vinculante sólo para las partes contendientes y únicamente del caso concreto. Cuando el laudo dictado sea desfavorable al demandado el tribunal podrá otorgar, conjuntamente o por separado, únicamente daños pecuniarios y los intereses que procedan, y restitución de la propiedad.

---

<sup>157</sup> Artículo 10.18 N° 3 del TLC Chile-Australia.

<sup>158</sup> Artículo 10.19 del TLC Chile-Australia.

<sup>159</sup> Tanto Chile como Australia son miembros del Convenio CIADI.

<sup>160</sup> Artículo 10.16 N°3 del TLC Chile-Australia.

<sup>161</sup> Artículo 10.23 N°1 del TLC Chile-Australia.

La parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo hasta que: 1) En el caso de un laudo dictado conforme a las reglas del CIADI hayan transcurrido 120 a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo, o hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación; y 2) En el caso de un laudo definitivo dictado conforme a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, conforme a las reglas de arbitraje la UNCITRAL u otro procedimiento arbitral escogido por las partes, hayan transcurrido 90 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo, o un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Cada parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio. Una parte podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el Convenio del CIADI o la Convención de Nueva York.<sup>162</sup>

#### 2.3.2.1.2. TLC Chile-Canadá.

El TLC entre Chile y Canadá fue firmado el 5 de diciembre de 1996, el cual entró en vigencia, luego de la publicación en el Diario Oficial del decreto promulgatorio del acuerdo, el 5 de julio de 1997.

El objetivo principal de este tratado es establecer una zona de libre comercio, comprendiendo como objetivos eliminar obstáculos al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de bienes y servicios entre los territorios de los Estados Partes, promover condiciones de competencia leal, aumentar sustancialmente las oportunidades de inversión, crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento del tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias, y establecer lineamientos para una posterior cooperación bilateral, regional y multilateral encaminada a ampliar y mejorar los beneficios del tratado.

---

<sup>162</sup> Artículo 10.27 del TLC Chile-Australia.

En la tercera parte del TLC entre Chile y Canadá, denominada “Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados”, encontramos el Capítulo G, relativo a la inversión y a los mecanismos de solución de controversias en materia de inversión extranjera. Como en otros TLCs de última generación se sigue el modelo NAFTA (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, TLCAN por sus siglas en español), adoptando pocas variables a su normativa.

Dentro del Capítulo G, relativo a las inversiones y que contiene disposiciones propias de un APPI, en la sección II (artículo G-16 al G-39), se encuentra el procedimiento de solución de controversias en materia de inversión entre un Estado Parte y un inversionista del otro Estado Parte, que pretende asegurar tanto un trato igual entre inversionistas de ambos países, de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como un debido proceso ante un tribunal imparcial.

Las siguientes son las principales características del arbitraje como método de solución de controversias en el TLC Chile-Canadá:

- a) Causales: El reclamante podrá someter a arbitraje una inversión, si la otra parte ha violado una obligación establecida como causal en secciones o artículos del TLC<sup>163</sup>; pero además si el propio inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de la misma. En términos generales, se considera como violación todo hecho, acto o exigencia discriminatoria con relación al inversionista de una de las partes.
- b) Opción de foro y condiciones previas al arbitraje: En conformidad a lo dispuesto en el artículo G-21 y su anexo G-21.1, el inversionista de Canadá en Chile puede optar por iniciar un procedimiento de reclamación ante tribunales

---

<sup>163</sup> Debe haber una violación de las obligaciones establecidas en la Sección I del Capítulo G, esto es, al trato nacional y trato de nación más favorecida (artículo G-02 al G-05), a la prohibición de requisitos de desempeño (artículos G-06 y G-07), a la libre transferencia de fondos (artículo G-9), a los estándares internacionales de expropiación (artículo G-10), o una violación a los artículos J-03(2) o J-02(3)(a), artículos que establecen el trato no discriminatorio por empresas del Estado respecto a venta de bienes y servicios y prohíben el trato contrario a las obligaciones de la Sección I del Capítulo G, antes señaladas, por empresas monopólicas privadas que ejerzan funciones gubernamentales delegadas por un parte (artículos G-17 y G-18).

ordinarios chilenos o ante un tribunal arbitral internacional establecido en el TLC. Si resuelve iniciar la acción contra el Estado chileno en los tribunales chilenos su elección es definitiva y total; si lo hace ante el tribunal arbitral del tratado debe renunciar a iniciar todo procedimiento ante los tribunales ordinarios chilenos.<sup>164</sup>

El inversionista de Chile en Canadá no tiene, en cambio, la opción de recurrir a los tribunales canadienses para presentar un reclamo bajo el tratado. Esto es una consecuencia de que el TLC como tal no se incorpora a la ley canadiense sino a través de la legislación que lo implementa. Sólo puede hacerlo en materias muy específicas como es el caso de una expropiación, donde existen recursos disponibles bajo la legislación general. Sin embargo, si el inversionista recurre al tribunal internacional renuncia a recurrir a los tribunales ordinarios.<sup>165</sup>

El consentimiento y la renuncia al que hemos hecho referencia se manifestarán por escrito a la parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación a arbitraje. El inversionista contendiente debe notificar por escrito a la otra parte su intención de iniciar un procedimiento arbitral a lo menos 90 días antes de que se presente.<sup>166</sup>

- c) Sujetos activos: El reclamante es el inversionista, definido como “*empresa nacional de una parte que pretende realizar, realiza o ha realizado una inversión*”.<sup>167</sup> Aquí existe una diferencia muy importante con los APPIs y la legislación chilena en esta materia, ya que como hemos visto, la calidad de inversionista implica efectivamente invertir, es decir, efectuar una transferencia de fondos o activos desde el extranjero a nuestro país.

En este sentido, si bien el reconocimiento del inversionista eventual, como sujeto protegido se enmarca dentro de la tendencia conocida como “pre-establecimiento”, actualmente muy difundida en esta materia, puede

---

<sup>164</sup> IRARRÁZABAL Cobarrubias, Jaime. Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá. Mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones. Revista del Abogado, N° 17. Santiago, Chile, noviembre de 1999, pág.21.

<sup>165</sup> *Ibíd.* pág. 22 y artículo G-22 del TLC Chile-Canadá.

<sup>166</sup> Artículo G-20 del TLC Chile-Canadá.

<sup>167</sup> Artículo G-18 del TLC Chile-Canadá.

constituirse en una fuente de conflictos difícil de manejar ante proyectos de inversión frustrados directa o indirectamente por decisiones gubernativas.<sup>168</sup>

- d) Plazo para presentar la reclamación: En los casos de diferencia entre un Estado Parte y un inversionista del otro Estado Parte, ambos reclamantes están obligados a presentar la reclamación en un plazo inferior a tres años, contados desde la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.<sup>169</sup>
  
- e) Integración del órgano arbitral ad-hoc: La regla general es que el tribunal arbitral se integre por tres árbitros en que cada parte designa un árbitro y el tercero, su presidente, se designa de común acuerdo.<sup>170</sup> Si las partes no nombran a su árbitro o no hay acuerdo para nombrar al tercer árbitro, la designación se hace por el Secretario General del CIADI, de una lista pre-establecida. El presidente del tribunal no puede ser de la nacionalidad de ninguna de las partes.<sup>171</sup>
  
- f) Opción de reglas de procedimiento arbitral: Puesto que el tratado contiene una primera etapa de consultas y negociaciones, el arbitraje puede iniciarse una vez transcurridos seis meses de ocurridos los hechos que motivan la reclamación, mediante el requerimiento de un inversionista. El TLC entrega a aquel inversionista reclamante opciones en cuanto a las reglas de procedimiento arbitral. Dichas reglas son mundialmente conocidas y aceptas y se aplican salvo en aquello que la Sección II las modifique.<sup>172 173</sup>

Las opciones que entrega el tratado son: 1) El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros

---

<sup>168</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., pág. 227.

<sup>169</sup> Artículos. G-17 N° 2 y G-18 N° 3 del TLC Chile-Canadá.

<sup>170</sup> Artículo G-24 del TLC Chile-Canadá.

<sup>171</sup> Artículo G-25 del TLC Chile-Canadá.

<sup>172</sup> Artículo G-21 del TLC Chile-Canadá.

<sup>173</sup> Sobre este punto es importante señalar que el tratado contiene normas propias y específicas sobre consentimiento al arbitraje, número de árbitros y método de nombramiento, integración del tribunal en caso de que una parte no designe árbitro o las partes contendientes no logren un acuerdo para designar la presidente del tribunal, el consentimiento para la designación de árbitros, y la acumulación de procedimientos, entre otros aspectos procesales.

Estados (CIADI), 2) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI (ambos ya estudiados, y 3) las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés). Estos tres tipos de reglas son similares en lo substancial, ya que establecen normas sobre el procedimiento a seguir, sobre los paneles de árbitros, sus características y formas de nombramiento; sobre el laudo, recursos contra éste y cumplimiento de la sentencia arbitral. En cuanto a sus diferencias, las estudiaremos al final de éste capítulo.

- g) Derecho aplicable: El tribunal arbitral debe resolver la controversia que se le someta aplicando 1) el TLC y 2) las reglas de derecho internacional.<sup>174</sup> El tribunal puede, en consecuencia, no considerar las leyes del país receptor de la inversión. Sin embargo, la Comisión que los Estados Partes crearon en el TLC, integrada por un ministro de cada parte, puede hacer interpretaciones de sus normas y éstas son obligatorias para el tribunal arbitral. Igualmente sucede con la interpretación que haga la Comisión a los Anexos I, II y III del Capítulo de Inversiones.<sup>175</sup> Cabe tener presente que las decisiones de la Comisión se toman de mutuo acuerdo.<sup>176</sup>
- h) Ejecución del laudo: Canadá no ha suscrito la Convención de Washington, pero si la Convención de Nueva York (Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras) y la Convención de Panamá (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional). Ambas convenciones son similares y se aplican a sentencias dictadas en el extranjero, relacionadas con transacciones comerciales. De acuerdo a ambas, los tribunales internos de los Estados Partes deben hacer cumplir las sentencias arbitrales extranjeras, salvo que sean contrarias al orden público o la materia no pueda someterse a arbitraje en el país donde se pretende cumplir la sentencia.

---

<sup>174</sup> Artículo G-32 del TLC Chile-Canadá.

<sup>175</sup> *Ibíd.*

<sup>176</sup> Artículo N-01 del TLC Chile-Canadá.



### 2.3.2.1.3. TLC Chile-Centro América.

En el marco de la II Cumbre de las Américas celebrada en Santiago de Chile en abril de 1998, los Presidentes de las Repúblicas de Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, acordaron contribuir a acelerar el proceso de integración del hemisferio mediante negociaciones directas para celebrar un Tratado de Libre Comercio. Es así como, 4 meses después, en Managua, se dio inicio al proceso negociador que culminó el 18 de octubre de 1999 en ciudad de Guatemala, con la suscripción del texto definitivo del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Centroamérica. En este proceso, el 14 de Febrero del 2002 entró en vigencia el Protocolo Bilateral con Costa Rica y el 3 de Junio del mismo año el Protocolo Bilateral con El Salvador.<sup>177</sup>

En cuanto a su estructura general, el Tratado consta de dos partes. La primera, que consta de 21 capítulos, contiene las normas comunes que regirán las relaciones entre Chile y cada país centroamericano. La segunda, compuesta por protocolos bilaterales, también entre Chile y cada país centroamericano.

En términos generales, el TLC Chile-Centro América establece en su Capítulo 19 un proceso que consta de tres etapas para la solución de controversias, cuyo ámbito de aplicación se enmarca dentro de aquellas controversias que surjan entre las partes, es decir, entre los Estados Contratantes relativas a la aplicación o a la interpretación del tratado, o cuando un Estado considere que una medida vigente o en proyecto de otro Estado es o podría ser incompatible con las obligaciones del tratado o pudiera causar anulación o menoscabo en el sentido del Anexo 19.03, que señala que se podrá recurrir también al mecanismo de solución de en controversias del Capítulo 19 cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga el tratado, se considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente se pudo haber esperado recibir.

---

<sup>177</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070228/pags/20070228101607.html>

Respecto de las etapas anteriormente señaladas, la primera de ellas consiste en consultas (artículo 19.06), la segunda es de buenos oficios, conciliación y mediación ante la Comisión de Libre Comercio (artículo 19.07), y una tercera etapa de solución arbitral cuando la controversia no se haya logrado resolver por los mecanismos anteriormente nombrados (artículos 19.08 al 19.18).

En cuanto a las inversiones, en la cuarta parte del TLC en el Capítulo 10 denominado “Inversión”, incorpora al texto, en su Anexo 10.01, los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones suscritos entre la República de Chile y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Por consiguiente, se mantienen vigentes los APPIs suscritos por esos países y que en materia de solución de controversias entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero, otorgan a este último la posibilidad de optar únicamente entre los tribunales del Estado receptor o por las reglas del CIADI.<sup>178</sup>

#### 2.3.2.1.4. TLC Chile-Corea del Sur.

El Tratado de Libre Comercio entre Chile y Corea del Sur es el primero entre una economía asiática y una extra-asiática y el primer acuerdo de comercio transpacífico, lo que distingue a nuestro país como pionero en la apertura y liberalización de vínculos con el Asia Pacífico. El acuerdo fue suscrito el 15 de febrero de 2003 en Seúl, Corea. Luego de cuatro años de reuniones, concluyeron las negociaciones y se firmó el TLC entre ambos países, entrando en vigencia el 1° de abril del año 2004.<sup>179</sup>

En el Capítulo 10 de este tratado se establece, en la Sección C, los mecanismos de solución de controversias entre un Estado Parte y un inversionista del otro Estado Parte. En general, este capítulo viene a confirmar a lo acordado por ambas naciones en el APPI suscrito entre ellas el 6 de septiembre de 1996 y que entró en vigencia el 18

---

<sup>178</sup> Artículo IX a) APPI Chile-Costa Rica, Art. 8 N°2 APPI Chile-El Salvador, Art. VIII N°2 APPI Chile-Guatemala, Art. VIII N°2 APPI Chile-Honduras y Art. 8 N°2 APPI Chile-Nicaragua.

<sup>179</sup> <http://www.direcon.gob.cl/2013/07/chile-corea/>

de noviembre de 1999, el cual se mantiene vigente en lo o modificado por el TLC en materia de inversiones.

A continuación señalaremos los términos de aquel mecanismo de solución de controversias contenidas en este tratado:

- a) Condiciones previas al arbitraje: Las partes contendientes deberán intentar en primer término dirimir la controversia por vía de consultas o negociación.<sup>180</sup> En caso de que el mecanismo anterior no surtiera efecto, el inversionista notificará por escrito al Estado Parte su intención de someter una reclamación a arbitraje, a lo menos 90 días antes de que se presente la reclamación.<sup>181</sup>
  
- b) Opción de foro: Un inversionista contendiente podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral sólo si él y la empresa, cuando sea una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto, no hayan sometido la misma reclamación ante un tribunal judicial o administrativo de la parte contendiente; y que esté consciente en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el tratado. Cuando la reclamación se refiera a pérdida o daño de una participación en una empresa de la otra parte que sea una persona jurídica propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, se requiere además que el inversionista y la empresa renuncien a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme a la ley de cualquiera de las partes, salvo que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la parte contendiente.<sup>182</sup>

Si el inversionista contendiente somete la controversia ante un tribunal administrativo o judicial, conforme a las leyes de un Estado Parte, posteriormente no podrá alegar un arbitraje conforme al TLC.

---

<sup>180</sup> Artículo 10.22 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>181</sup> Artículo 10.23 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>182</sup> Artículo 10.25 del TLC Chile-Corea del Sur.

c) Sujeto activo: Un inversionista de una parte podrá someter a arbitraje una reclamación, si el Estado Parte del cual no es nacional el inversionista ha violado una obligación establecida en la Sección B del TLC (que contempla las obligaciones generales en materia de protección de la inversión, como lo son la cláusula de la nación más favorecida, trato nacional y el nivel mínimo de trato, o el artículo 14.8 (relativo a empresas públicas y empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados), y que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.<sup>183</sup>

El reclamante debe ser un inversionista, actuando tanto por cuenta propia como en representación de una empresa que sea una persona jurídica de propiedad del inversionista o que esté bajo control directo o indirecto.<sup>184</sup> Además, podrán intentarse reclamaciones paralelas por parte de inversionistas extranjeros que tengan control de la empresa receptora de la inversión y aquellos que no, en cuyo caso ambos procesos deben acumularse.<sup>185</sup>

Finalmente, un inversionista no podrá presentar una reclamación si ha transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.<sup>186</sup>

d) Opción de reglas de procedimiento arbitral: Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que dieron origen a la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje conforme a las normas de procedimiento del Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo, a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no

---

<sup>183</sup> Artículo 10.20 N°1 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>184</sup> Artículo 10.21 N°1 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>185</sup> Artículo 10.21 N°3 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>186</sup> Artículos 10.20 N°2 y 10.21 N°2 del TLA Chile-Corea del Sur.

ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL.<sup>187</sup>

Puesto que Corea del Sur no ha suscrito hasta la fecha la Convención de Washington, las reglas arbitrales aplicables serán aquellas del Mecanismo Complementario del CIADI o de la UNCITRAL, a elección del inversionista.

- e) Designación de árbitros: El Tribunal estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes nombrará a un árbitro. El tercer árbitro, que presidirá el Tribunal arbitral, será designado por acuerdo entre las partes contendientes.<sup>188</sup>

En caso de que una parte no designe o que no logren un acuerdo en la designación del presidente del tribunal arbitral en un plazo de 90 días, el Secretario General del CIADI, a petición de cualquiera de ellas, nombrará a su discreción al árbitro o árbitros aún no designados. Asimismo designará al presidente del tribunal de entre los árbitros de una lista que las partes deben mantener, asegurándose que no sea nacional del Estado Parte contendiente o del Estado Parte del inversionista contendiente. En caso que no se encuentre en la lista un árbitro disponible para presidir el tribunal, el Secretario General designará, del panel de árbitros del CIADI, al presidente del tribunal arbitral, siempre que sea de nacionalidad distinta de las partes.<sup>189</sup>

- f) Derecho aplicable: El tribunal establecido deberá resolver las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el TLC y con las reglas aplicables del derecho internacional. La interpretación que formule la Comisión de Libre Comercio del TLC de una disposición del mismo, será obligatoria para el tribunal establecido.<sup>190</sup>

- g) Laudo definitivo y su ejecución: Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable a una parte, el tribunal sólo podrá otorgar, por separado o en

---

<sup>187</sup> Artículo 10.25 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>188</sup> Artículo 10.27 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>189</sup> Artículo 10.28 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>190</sup> Artículo 10.35 del TLC Chile-Corea del Sur.

combinación daños pecuniarios y los intereses que procedan y/o la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que la parte contendiente podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan, en lugar de la restitución.<sup>191</sup>

El laudo dictado por un tribunal será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto. La parte contendiente que ha sido condenada acatará y cumplirá con el laudo sin demora.<sup>192</sup>

Ahora bien, tratándose de un laudo definitivo dictado de acuerdo a las normas del CIADI, una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución de aquel laudo en tanto no hayan transcurrido 120 días desde la fecha en que se dictó el laudo y sin que la contraria haya solicitado la revisión o anulación del mismo, o no hayan concluido los procedimientos de anulación o revisión.<sup>193</sup>

Tratándose de un laudo definitivo dictado bajo las normas del Mecanismo Complementario del CIADI o conforme a las reglas de la UNCITRAL, una parte contendiente no podrá solicitar la ejecución de un laudo definitivo en tanto no transcurran tres meses desde la fecha en que se dictó y siempre que ninguna parte contendiente inicie un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo, o un tribunal no haya desechado o admitido una solicitud de reconsideración, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.<sup>194</sup>

#### 2.3.2.1.5. TLC Chile-EFTA (European Free Trade Association).

El TLC entre Chile y los Estados Miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza), fue firmado en Kristiansan, Noruega, el 26 de junio de 2003. Fue promulgado en Chile mediante Decreto Supremo N° 262 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 24 de noviembre de 2004 y publicado

---

<sup>191</sup> Artículo 10.39 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>192</sup> Artículo 10.40 N°s 1 y 2 del TLC Chile-Corea del Sur.

<sup>193</sup> Artículo 10.40 N° 3 a).

<sup>194</sup> Artículo 10.40 N° 3 b).

en el Diario Oficial el 1 de diciembre del mismo año, entrando en vigor en la misma fecha.<sup>195</sup>

El TLC Chile-EFTA contempla liberalización del comercio de bienes, apertura en servicios e inversiones, establecimiento de normas comerciales comunes y aspectos legales e institucionales.

El Capítulo X de este tratado versa sobre la solución de controversias que pudieran surgir en cuanto a la aplicación e interpretación del mismo, entre ambos Estados Contratantes. Contempla una etapa de soluciones amistosas, buenos oficios, conciliación o mediación, consultas, elección de foro, establecimiento de un grupo arbitral en caso que los mecanismos antes mencionados no hayan fructificado, el procedimiento arbitral, laudo definitivo y cumplimiento de este.

Con respecto a las diferencias que pudieren surgir entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Parte, se reafirman los derechos y obligaciones que conceden los APPIs celebrados entre Chile y los países miembros del EFTA.<sup>196</sup>

Lo anterior ocurre respecto de Noruega y Suiza, con quienes Chile suscribió APPIs, los que se encuentran en vigencia respectivamente desde el 4 de noviembre de 1994 y el 22 de agosto de 2002.

En el APPI con Noruega se dispone que en el caso de existir controversias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, se llevaran a cabo consultas entre los interesados. Si éstas no dieran como resultado una solución dentro de seis meses, a contar de la fecha de solicitud de conciliación, el inversionista podrá someter la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión, o al arbitraje internacional del CIADI. Sin embargo, una

---

<sup>195</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070713/pags/20070713110133.html>

<sup>196</sup> *“Respecto a las materias de este Capítulo, las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes en virtud de los acuerdos bilaterales o multilaterales en los que sean parte”*. Artículo 43 del TLC Chile-EFTA, Capítulo III, relativo al comercio de servicios y establecimiento (inversión).

vez que el inversionista haya sometido la controversia, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva.<sup>197</sup>

En cuanto al APPI suscrito con la Confederación Suiza, se establece que en el caso de existir disputas entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante, las partes interesadas celebrarán consultas, para tratar de lograr una solución amigable de la misma. Si ello no fuese posible en un plazo de seis meses a partir del momento de la reclamación, el inversionista podrá someter la controversia a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional. En este último caso el inversionista puede elegir entre el arbitraje del CIADI, o a un tribunal arbitral ad-hoc establecido en conformidad con las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, salvo acuerdo en contrario.<sup>198</sup>

Finalmente, en consideración a los demás países miembros del TLC, esto es Islandia y Liechtenstein, hasta la fecha no existen APPIs celebrados entre Chile y dicho países. En caso de que exista una eventual controversia entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Parte, deberán resolverse de acuerdo a la ley nacional del Estado receptor de la inversión, salvo que voluntariamente ambas partes en disputa acordaren someter la controversia a un arbitraje institucional o ad-hoc.

#### 2.3.2.1.6. TLC Chile-Estados Unidos.

El TLC Chile-Estados Unidos fue firmado en Miami, Estados Unidos, el 6 de junio de 2003. Fue promulgado mediante Decreto Supremo de 1 de diciembre de 2003 y Decreto Supremo de 29 de diciembre del mismo año, ambos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se publicó en el Diario Oficial el 30 de diciembre de 2003 y comenzó a regir el 1 de enero de 2004.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Artículo 8 del APPI Chile-Noruega.

<sup>198</sup> Artículo 9 del APPI Chile-Suiza.

<sup>199</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070711/pags/20070711153552.html>



El TLC está dividido en 24 capítulos, entre los cuales se destacan los relativos a las Reglas de Origen y Procedimientos de Origen (Capítulo 4), Administración Aduanera (Capítulo 5), Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Capítulo 6), Contratación Pública (Capítulo 9), Inversiones (Capítulo 10), Comercio Transfronterizo de Servicios (Capítulo 11), Comercio Electrónico (Capítulo 15), Derechos de Propiedad Intelectual (Capítulo 17), Medioambiente (Capítulo 19), Solución de Controversias (Capítulo 22), Excepciones (Capítulo 23), y las Disposiciones Finales (Capítulo 24).

El Capítulo 22 del TLC contempla la solución de controversias entre Estados Contratantes, relativas a la interpretación y aplicación del mismo. Se señala que se realizarán todos los esfuerzos, mediante cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria ante cualquier controversia o asunto que pudiere afectar el funcionamiento del tratado. Dado lo anterior, contempla una primera etapa de consultas, de buenos oficios, conciliación y mediación. Si en la etapa anteriormente señalada no se llegare a un acuerdo satisfactorio para las partes dentro de un determinado plazo que ahí se establece, las partes podrán solicitar la conformación de un grupo arbitral. En esta etapa se establece la forma de designar a los árbitros mediante una lista, los requisitos que deben tener los árbitros, la constitución del grupo arbitral, las reglas de procedimiento, expertos y asesoría técnica, informe preliminar del grupo arbitral, informe final del grupo arbitral, cumplimiento del mismo y revisión de cumplimiento. Por último, señala la posibilidad de recurrir a medios alternativos para la solución de controversias.

Por su parte, en el Capítulo 10 de este tratado se establece, en su Sección B, los mecanismos de solución de controversias de general aplicación entre un Estado Parte y un Inversionista nacional del otro Estado Parte. Sin embargo, cabe tener presente que este acuerdo tiene disposiciones especiales de solución de controversias referidas a los contratos de inversión extranjera celebrados bajo el amparo del Decreto Ley N° 600 de 1974, y aquellas que surjan de la imposición de medidas restrictivas con respecto a pagos y transferencias, en cuyo caso se aplica el procedimiento general de reclamación, salvo algunas modificaciones.

Las principales características del mecanismo de solución de controversias que el TLC Chile-Estados Unidos comprende y que se orienta hacia el arbitraje internacional, son las siguientes:

- a) Condiciones previas al arbitraje: El TLC dispone que en caso de existir una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que pudiera incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio.<sup>200</sup> Si bien no se indica expresamente el tiempo de duración de estas negociaciones no podrá ser inferior a 6 meses, si se quiere optar por alguno de los mecanismos de arbitraje internacional comprendidos en el tratado.
  
- b) Sometimiento de una reclamación a arbitraje: En el caso que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación, el demandante, personalmente, o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto podrá someter a arbitraje una reclamación, siempre que: 1) El demandado haya violado una obligación de conformidad con la Sección A del Tratado (sobre inversión), o el Anexo 10-F (sobre contratos celebrados bajo el amparo del Decreto Ley N° 600 de 1974), una autorización de inversión, o un acuerdo de inversión; y 2) El demandante haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.<sup>201</sup>
  
- c) Opción de foro: El Anexo 10-E del TLC en su numeral 2 establece que un inversionista de Estados Unidos no podrá someter a arbitraje una reclamación en contra de Chile si el inversionista o la empresa, respectivamente, han alegado esa violación de una obligación en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo de Chile. Así las cosas, si un inversionista de Estados

---

<sup>200</sup> Artículo 10.14 del TLC Chile-Estados Unidos.

<sup>201</sup> Artículo 10.15 N°1 del TLC Chile-Estados Unidos.

Unidos elige presentar una reclamación en un tribunal judicial o administrativo chileno, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con el TLC. Dado lo anterior, podemos concluir que en caso de que un inversionista chileno inicie un procedimiento ante un tribunal judicial o administrativo de Estados Unidos, dicha elección no será definitiva y podrá con posterioridad iniciar un procedimiento arbitral internacional de conformidad con el tratado.

No obstante lo anterior, en el caso del inversionista demandante o la empresa nacional de Estados Unidos podrá iniciar o continuar con una actuación en que se solicite la aplicación de medidas cautelares de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, y que no implique el pago de daños monetarios ante un tribunal judicial o administrativo chileno, y siempre que la actuación se interponga con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el periodo de espera del arbitraje.

- d) Notificación de intención: Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje, el demandante deberá entregar al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje, en el cual se especificará su individualización, disposiciones aplicables, fundamentos de hecho y de derecho, reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.<sup>202</sup>
  
- e) Opción de reglas de procedimiento arbitral: El TLC establece que se podrá someter la reclamación a arbitraje a las reglas arbitraje del CIADI, siempre que la parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo<sup>203</sup>; de conformidad con las reglas de arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio CIADI; de conformidad a las reglas de arbitraje de la UNCITRAL; o si las partes contendientes lo acuerdan, a cualquier otra

---

<sup>202</sup> Artículo 10.15 N°4 del TLC Chile-Estados Unidos.

<sup>203</sup> Tanto Chile como Estados Unidos son miembros del CIADI.

institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.<sup>204</sup>

f) Selección de árbitros: A menos que las partes contendientes convengan otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, será designado por acuerdo de las partes contendientes. Con todo, cuando un tribunal no se integre en un plazo de 75 días a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje, el Secretario General del CIADI, a petición de una parte contendiente, nominará a su discreción, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados.<sup>205</sup>

g) Derecho aplicable: Cuando una reclamación se presenta respecto de una infracción a la Sección A (inversiones), o al Anexo 10-F (Decreto Ley N°600), el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el TLC y con las normas aplicables del derecho internacional.

Cuando la reclamación que se presente diga relación con una autorización con una autorización de inversión o un acuerdo de inversión, el tribunal decidirá conforme a las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado. Si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera, el tribunal aplicará la legislación del demandado (incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes), los términos del acuerdo de inversión o de la autorización de inversión, las normas del derecho internacional, según sean aplicables, y del TLC.<sup>206</sup>

h) “Amicus Curiae” (“Los Amigos de la Corte”): En el artículo 10.19 N°3 de este TLC se establece por primera vez para nuestro país, que el tribunal estará facultado para aceptar y considerar informes de “amicus curiae”.<sup>207</sup> Un “amicus

---

<sup>204</sup> Artículo 10.15 N° 5 del TLC Chile-Estados Unidos.

<sup>205</sup> Artículo 10.18 del TLC Chile-Estados Unidos.

<sup>206</sup> Artículo 10.21 del TLC Chile-Estados Unidos.

<sup>207</sup> Si bien esta institución tiene sus orígenes en el derecho romano, se ha extendido su uso en países del common law, especialmente en Estados Unidos.

curiae” es una persona u organización que no es parte en un juicio, pero que puede efectuar presentaciones al tribunal que conoce dicha causa, ya sea directamente o a su requerimiento, porque tiene un fuerte interés en la materia de que se trata.<sup>208</sup> Los informes a los que está facultado el tribunal considerar y aceptar, deberán hacerse en español e inglés y deberán identificar al titular del informe y cualquier Estado Parte u otro gobierno, persona u organización, que ha proveído o proveerá cualquier asistencia financiera o de otro tipo en la preparación del informe.

- i) Laudo definitivo y ejecución<sup>209</sup>: Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente daños pecuniarios junto con los intereses que procedan; y la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios más los intereses que procedan en lugar de la restitución. El tribunal no podrá ordenar que una parte pague daños que tengan carácter punitivo.

El laudo dictado por el tribunal será obligatorio solo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto, debiendo ser acatado y cumplido sin demora. No obstante lo anterior, en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio de Washington, la parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo hasta que hayan transcurridos 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación.

Asimismo, en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, las reglas de arbitraje de UNCITRAL, u otras normas escogidas de común acuerdo, no podrá solicitarse su ejecución hasta que hayan transcurrido 90 días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo; o hasta que un tribunal haya desechado o

---

<sup>208</sup> POLANCO Lazo, Rodrigo. Amicus Curiae. El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones. *Revista del Abogado*, N°35. Santiago, Chile, noviembre de 2005.

<sup>209</sup> Artículo 10.25 del TLC Chile-Estados Unidos.

admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Es importante señalar que el TLC señala expresamente que una parte contendiente podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el Convenio de Washington, la Convención de Nueva York, o la Convención de Panamá.

#### 2.3.2.1.7. TLC Chile-México.

El TLC entre Chile y México fue firmado en Santiago, Chile, el 17 de abril de 1998. Fue promulgado por medio del Decreto Supremo N°1101 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Fue publicado en el Diario Oficial el 31 de julio de 1999 y comenzó a regir el 1 de agosto del mismo año.<sup>210</sup> Este TLC vino a reemplazar al Acuerdo de Complementación Económica que estuvo vigente con México desde 1992, complementando el libre comercio de bienes entre ambos países con la liberalización en materia de servicios e inversiones.

El Tratado está dividido en 20 capítulos, entre los cuales se destacan los relativos a las Reglas de Origen (Capítulo 4), Procedimientos Aduaneros (Capítulo 5), Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Capítulo 7), Inversión (Capítulo 9), Comercio Transfronterizo de Servicios (Capítulo 10), Propiedad Intelectual (Capítulo 15), Solución de Controversias (Capítulo 18), Excepciones (Capítulo 19), y las Disposiciones Finales (Capítulo 20).

En el Capítulo 18 del TLC se establece la solución de controversias entre los Estados Partes. Se señala que las Partes procurarán llegar siempre a un acuerdo sobre la interpretación y aplicación del TLC mediante consultas y cooperación, y se esforzarán por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria para cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento. Para lo anterior el TLC contempla una primera etapa de consultas y constitución de una comisión para buenos oficios, mediación y conciliación.

---

<sup>210</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070228/pags/20070228101531.html>

Si el asunto no pudo ser resuelto en la etapa anterior, cualquiera de las partes, dentro de un determinado plazo, podrá solicitar por escrito el establecimiento de un grupo arbitral. Para el efecto se establece como debe ser la lista de árbitros, las cualidades de estos últimos y la constitución del grupo arbitral. Además, contempla la función de expertos, reglas modelos de arbitraje, comités de revisión científica, el informe preliminar, el informe final (laudo definitivo) y cumplimiento del informe final.

Ahora con respecto a la solución de controversias entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Parte, en la cuarta parte del TLC denominada “Inversión, Servicios y Asuntos relacionados”, contiene un Capítulo 9 sobre inversión y dentro de él una Sección B que contiene normas equivalentes a un APPI, y una Sección C, sobre solución de controversias entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Parte, que pretende asegurar tanto un trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como un debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

El procedimiento arbitral contenido en el capítulo anteriormente señalado es prácticamente idéntico, tanto en la forma como en el fondo, al contenido en el TLC entre Chile y Canadá ya estudiado, con algunas variaciones poco relevantes. Las principales características de este procedimiento arbitral son las siguientes:

- a) Condiciones previas al arbitraje: Un inversionista o una empresa contendiente sólo podrá someter una reclamación al procedimiento arbitral si consiente hacerlo en los términos de los procedimientos establecidos en el tratado.<sup>211</sup> Así, a diferencia del TLC con Canadá, el inversionista mexicano no se encuentra limitado en cuanto a sus opciones de foro.
  
- b) Plazo para presentar una reclamación: En los casos de controversia entre un Estado Parte y un inversionista del otro Estado Parte, ambos reclamantes están obligados a presentar la reclamación en un plazo inferior a tres años, contados desde la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber

---

<sup>211</sup> Artículos. 9-17 y 9-22 del TLC Chile-México.

tenido conocimiento de la presunta violación, así como de que sufrió pérdidas o daños.<sup>212</sup> Con todo, las partes contendientes deben intentar primero dirimir la controversia por la vía de consulta o negociación.<sup>213</sup>

- c) Opción de regla de procedimiento arbitral: En la solicitud de arbitraje puede optarse por el procedimiento previsto en el Convenio del CIADI, siempre que tanto la parte contendiente como la parte del inversionista, sean Estados Parte del mismo (México no es miembro del CIADI); por el procedimiento establecido en las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la parte contendiente o la parte del inversionista, pero no ambas, se Estado Parte del Convenio CIADI; o al procedimiento previsto en las reglas de arbitraje internacional adoptadas por la UNCITRAL.<sup>214</sup>
- d) Nombramiento y número de árbitros: A menos que las partes contendientes acordaren otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada una de las partes contendientes nombrará a uno. El tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral, será designado por acuerdo de las partes contendientes.<sup>215</sup>
- e) Sede del arbitraje: Salvo que las partes contendientes acordaren lo contrario, el tribunal arbitral llevará a cabo el arbitraje en territorio de un Estado Parte que sea parte de la Convención de Nueva York, el que será elegido conforme a las reglas del Convenio del CIADI, de su Mecanismo Complementario o de las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, dependiendo de con cuál de estas reglas está sometido el arbitraje.<sup>216</sup>

---

<sup>212</sup> Artículo 9-18 N°2 del TLC Chile-México.

<sup>213</sup> Artículo 9-19 del TLC Chile-México.

<sup>214</sup> Artículo 9-21 N°1 del TLC Chile-México.

<sup>215</sup> Artículo 9-24 del TLC Chile-México.

<sup>216</sup> Artículo 9-31 del TLC Chile-México.



- f) Derecho aplicable: El tribunal arbitral establecido decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el TLC y con las reglas aplicables del derecho internacional.<sup>217</sup>
- g) Laudo definitivo y ejecución: Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente daños pecuniarios junto con los intereses que procedan; y la restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios más los intereses que procedan en lugar de la restitución. El tribunal no podrá ordenar que una parte pague daños que tengan carácter punitivo.<sup>218</sup>

El laudo dictado por el tribunal será obligatorio solo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto. No obstante lo anterior, en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio del CIADI, la parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo hasta que hayan transcurrido 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación.

Asimismo, en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, las reglas de arbitraje de UNCITRAL, u otras normas escogidas de común acuerdo, no podrá solicitarse su ejecución hasta que hayan transcurrido tres meses desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo; o hasta que una corte no haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

México al igual que Canadá no ha suscrito la Convención de Washington, pero si la Convención de Nueva York (Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras) y la Convención de Panamá (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial

---

<sup>217</sup> Artículo 9-32 del TLC Chile-México.

<sup>218</sup> Artículo 9-36 del TLC Chile-México.

Internacional). Ambas convenciones son similares y se aplican a sentencias dictadas en el extranjero, relacionadas con transacciones comerciales. De acuerdo a ambas, los tribunales internos de los Estados Partes deben hacer cumplir las sentencias arbitrales extranjeras, salvo que sean contrarias al orden público o la materia no pueda someterse a arbitraje en el país donde se pretende cumplir la sentencia.<sup>219</sup>

#### 2.3.2.1.8. TLC Chile-Panamá.

El TLC entre Chile y Panamá fue firmado en Santiago, Chile, el 27 de junio de 2006. Fue promulgado por el Decreto Supremo N° 25 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 14 de enero de 2008. Entró en vigencia el 7 de marzo de 2008, misma fecha en el que fue publicado en el Diario Oficial.<sup>220</sup>

El Tratado está dividido en 15 capítulos, entre los cuales se destacan los relativos a las Reglas y Procedimientos de Origen (Capítulo 4), Administración Aduanera (Capítulo 5), Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Capítulo 6), Comercio e Inversiones (Capítulo 9), Comercio Transfronterizo de Servicios (Capítulo 10), Solución de Controversias (Capítulo 13), Excepciones (Capítulo 14), y las Disposiciones Finales (Capítulo 15).

El Capítulo 10 del TLC establece la solución de controversias que pudieren existir entre las Partes, estos es, entre los Estados Contratantes. Se señala que como regla general, los Estados Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la aplicación e interpretación del TLC y realizan todos los esfuerzos, mediante la cooperación y consultas, para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento. Dado lo anterior se establece una etapa de consultas, constitución de una comisión para buenos oficios, conciliación y mediación. En caso de que la controversia no pudiese ser dirimida en la etapa anteriormente señalada dentro de un determinado plazo, cualquiera de las partes

---

<sup>219</sup> Artículo 9-37 del TLC Chile-México.

<sup>220</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20080307/pags/20080307121527.html>

podrá solicitar el establecimiento de un tribunal arbitral. Para constituir el tribunal arbitral, el TLC señala la forma en que deberá ser constituido el tribunal como también su composición. También establece la función de los tribunales arbitrales, reglas modelo de procedimiento de tribunales arbitrales, suspensión o terminación del procedimiento, informe preliminar, informe definitivo (laudo definitivo), implementación y cumplimiento del informe final, divergencias sobre el mismo y revisión del incumplimiento.

Es importante señalar que este TLC viene a innovar en cuanto a la solución de controversias entre las Partes Contratantes, ya que, como señalamos en el párrafo anterior, contempla en el Anexo 13.9 reglas modelo de procedimiento de tribunales arbitrales, las cuales deberán ser utilizadas en el proceso arbitral, a menos que las partes acuerden lo contrario. Dichas normas establecen los aspectos básicos de todo procedimiento como las notificaciones, el inicio del procedimiento (inicio del arbitraje), escritos iniciales, funcionamiento de los tribunales arbitrales, audiencias, preguntas por escrito, confidencialidad, función de expertos, escritos presentados por “amicus curiae” y cómputo de plazos.

En cuanto a la solución de controversias entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Contratante, el Capítulo 9 del TLC relativo a comercio e inversiones, establece en su artículo 9.2 que las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes adquiridas en virtud del “Convenio entre la República de Chile y la República de Panamá para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones”, suscrito en la ciudad de Santiago, Chile, el 8 de noviembre de 1996.

El APPI Chile-Panamá, señala que las controversias que surjan en el ámbito del Convenio, entre una de las partes contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante que haya realizado inversiones en el territorio de la primera, serán, en la medida de lo posible, solucionadas por medio de consultas amistosas. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de tres meses a contar de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a

arbitraje internacional del CIADI. Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en litigio y serán ejecutadas conforme a la ley interna de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión. A su vez, se señala que las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias sometidas a proceso judicial o a arbitraje internacional, hasta que los procesos pendientes estén concluidos, salvo en el caso en que la otra parte en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o a la decisión del tribunal arbitral, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o decisión.<sup>221</sup>

#### 2.3.2.1.9. TLC Chile-Unión Europea.

El TLC entre Chile y la Unión Europea fue promulgado el 28 de enero de 2003, entrando en vigencia el 1 de febrero del mismo año, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial.

Este es un acuerdo de asociación con la Unión Europea, ya que excede a los TLCs tradicionales y se basa en la reciprocidad, el interés común y la profundización de las relaciones entre Chile y la Unión Europea en todos sus ámbitos, sobre la base de tres pilares: político, cooperación y económico.<sup>222</sup>

El Título III de este tratado contempla la solución de controversias entre Estados Contratantes, relativas a la interpretación y aplicación del mismo. Como se señala ahí, la idea principal es evitar las controversias o en lo posible resolverlas de buena fe por medio de consultas amistosas. Si las consultas amistosas no dieran fruto y no se llegue a un acuerdo o no se haya resuelto la controversia, se podrá solicitar por escrito,

---

<sup>221</sup> Artículo VIII del APPI Chile-Panamá.

<sup>222</sup> MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo, ob. cit., pág. 131.

cumpliendo con un determinado plazo que varía de 15 a 45 días, el establecimiento de un grupo arbitral. A su vez, en esta parte del TLC se señala la forma de designar a los árbitros, el derecho aplicable a la controversia, el laudo definitivo y el cumplimiento de este último.

Por su parte, en el Capítulo III del TLC Chile-Unión Europea, denominado Derecho de Establecimiento, esto es, a inversión, se expresa en el artículo 134<sup>223</sup> que son vigentes en esta materia los Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones que Chile a suscrito con prácticamente todos los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Irlanda.

Por tanto, en materia de solución de controversias entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero se mantienen en vigor los APPIs suscritos por esos países y que dependiendo del caso, otorgan al inversionista la posibilidad de optar entre los tribunales del Estado receptor, o un arbitraje internacional bajo las reglas del CIADI o bajo las reglas de la UNCITRAL.

En la mayoría de los APPIs celebrados entre Chile y los países miembros de la Unión Europea, sólo son aplicables las reglas de arbitraje del CIADI. Así se ha establecido en los APPIs celebrados con Alemania, Unión Económica Belga-Luxemburguesa, Suecia, Reino Unido, Portugal, Finlandia, Dinamarca y Holanda. En el resto de los casos, existe la opción entre las reglas de arbitraje del CIADI y de la UNCITRAL. Tal es el caso de los APPIs suscritos con Austria, España, Francia, Grecia e Italia.

Como regla general, en estos acuerdos, se establece una opción única y definitiva de jurisdicción, la que se efectúa luego de un periodo de consultas amistosas, cuya duración puede variar de tres a seis meses<sup>224</sup> dependiendo del país, a partir del momento en que se plantea la controversia. Con posterioridad a las consultas amistosas y siendo éstas fallidas, el inversionista podrá someter la disputa a la

---

<sup>223</sup> “Nº1 Por lo que se refiere al presente Capítulo, las Partes confirman sus derechos y obligaciones vigentes en virtud de los acuerdos bilaterales o multilaterales en los que sean parte.”

<sup>224</sup> Tres meses: Austria, Grecia, Holanda y Reino Unido. Seis meses: Alemania, Dinamarca, España, Francia, Finlandia, Italia, Portugal, Suecia, Suiza y Unión Belga-Luxemburguesa.

jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional.

La elección de uno u otro procedimiento, como regla general, es definitiva, aunque como ya hemos señalado anteriormente existen algunos casos en que la elección es revocable. Así ocurre en los APPIs celebrados con Alemania y Suiza, los cuales señalan que si la controversia no se pudiere dirimir amigablemente en el plazo de seis meses, contados a partir de la reclamación de uno de los litigantes, la controversia será sometida a instancia de una de las partes, a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión. También en los APPIs celebrados con Austria y la Unión Belga-Luxemburguesa, se entrega la posibilidad de recurrir a arbitraje internacional, luego de haber optado por la jurisdicción del Estado receptor de la inversión, si dentro de un periodo determinado no se ha dictado sentencia definitiva. En el caso del APPI celebrado con Holanda, si la diferencia ha sido sometida a la jurisdicción del Estado receptor de la inversión, sólo se podrá recurrir a un tribunal arbitral internacional dentro del plazo de 30 días, contados desde la fecha en que se ha notificado la respuesta del reclamo formulado, o si el tribunal competente no ha emitido una decisión final en la materia en un plazo de 18 meses.

Por último, en el caso de Irlanda, con quien Chile no ha celebrado un Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones, las diferencias que eventualmente podrían surgir entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Parte, deberán resolverse de acuerdo a la ley interna del Estado receptor, salvo que voluntariamente ambas partes en disputa acordaren someter la controversia a un arbitraje institucional o ad-hoc.

#### 2.3.2.1.10. Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.

Con la publicación en el Diario Oficial, el 2 de abril de 2014 comenzó a regir a nivel nacional el Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del Tratado de Libre Comercio entre Chile y China, TLC que fue firmado en Busan, Corea, el 18 de noviembre de

2005, promulgado el 18 de agosto de 2006 y publicado en el Diario Oficial el 23 de septiembre del mismo año. Comenzó a regir el 3 de octubre de 2006.<sup>225</sup>

El objetivo de este acuerdo suplementario es proteger las inversiones establecidas recíprocamente en ambos países, de conformidad a las normativas vigentes. El texto contiene una serie de disposiciones que mejoran sustancialmente el Acuerdo de Protección y Promoción Recíproca de las Inversiones entre Chile y China vigente desde el año 1995. La celebración de este Acuerdo viene del mandato establecido en el artículo 120 del TLC Chile-China, como programa de trabajo a futuro, y que señala que las Partes negociaran servicios e inversiones después de la conclusión de las negociaciones del TLC.

El Acuerdo está compuesto de cuatro secciones: La Sección A denominada “Definiciones”, la Sección B “Inversiones”, la Sección C “Solución de Controversias Inversionista-Estado”, Sección D “Excepciones” y la Sección E “Disposiciones Finales”.

En la Sección E del Acuerdo, específicamente en el artículo 26 relativo a la solución de controversias entre Estados, señala que se aplicará al efecto lo establecido en el Capítulo X (Solución de Controversias) del TLC Chile-China. En dicho capítulo señala que los Estados Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del TLC y realizarán todos los esfuerzos, mediante la cooperación y consultas, por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento. A fin de dar cumplimiento a lo anterior, el TLC contempla una primera etapa de consultas, buenos oficios, conciliación y mediación en caso de una eventual diferencia entre los Estados. Si dentro de un determinado plazo los Estados no pudiesen resolver la diferencia por medio de alguno de los mecanismos anteriormente señalados, deberá, cualquiera de las partes, solicitar por escrito el establecimiento de un tribunal arbitral que resuelva la controversia. En esta parte, el TLC establece la manera en que debe estar compuesto el tribunal arbitral, sus funciones, las reglas de procedimiento de los tribunales arbitrales, la suspensión o terminación del procedimiento, el informe preliminar, el informe final

---

<sup>225</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070228/pags/20070228100917.html>

(laudo definitivo), implementación de éste último, incumplimiento y revisión del cumplimiento.

En relación a la solución de controversias entre inversionista-Estado, en la Sección C del Acuerdo se establecen los mecanismos para resolver las eventuales diferencias que pudieren surgir entre un Estado y un inversionista nacional del otro Estado, siendo el principal método el arbitraje internacional y cuyas principales características las estudiaremos a continuación:

- a) Condiciones previas al arbitraje: En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben inicialmente tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociaciones, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no vinculante, cuando esto sea aceptable para ambas partes en disputa. Tales consultas deberán iniciarse por una solicitud escrita de consultas en el territorio del demandado, entregada por el demandante al demandado.<sup>226</sup>
- b) Sometimiento de una reclamación a arbitraje: Si la controversia relativa a inversión no ha sido resuelta dentro de los seis meses siguientes a la recepción por parte del demandado de la solicitud de consultas, el demandante, a su propio nombre, podrá someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue que el demandado ha violado una obligación de conformidad a las normas de la Sección B, relativas a inversión, y que en virtud de dicha violación o como resultado de ésta, el demandante ha sufrido pérdidas o daños.  
Al menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”).<sup>227</sup>
- c) Opción de regla de procedimiento arbitral: Si el demandante no ha sometido una controversia para que sea resuelta por el tribunal competente del Estado

---

<sup>226</sup> Artículo 13 del Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.

<sup>227</sup> Artículo 14 N°s 1 y 2 del Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.



Parte receptor de la inversión, el demandante podrá someter la reclamación a arbitraje de conformidad a las reglas de arbitraje del Centro, de conformidad con el Convenio del CIADI; a arbitraje de conformidad con las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI; a arbitraje de conformidad con las reglas de arbitraje de la UNCITRAL; o si lo acuerda con la parte contendiente, a cualquier arbitraje de conformidad con otras reglas de arbitraje.<sup>228</sup>

- d) Selección de árbitros: A menos que las partes contendientes convengan otra cosa, el tribunal estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, quien será el árbitro presidente, designado por acuerdo de las partes contendientes, y quien será un nacional de un tercer país.<sup>229</sup>
- e) Derecho aplicable: El tribunal arbitral establecido decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el Acuerdo Suplementario, las normas aplicables del derecho internacional y el ordenamiento jurídico del demandado, incluyendo sus normas sobre conflictos de leyes.<sup>230</sup>
- f) Acumulación de procedimientos: En los casos en que dos o más inversionistas notifiquen su intención de someter reclamaciones a arbitraje que planteen una cuestión de hecho o de derecho en común y surjan de los mismos hechos o circunstancias, las partes contendientes deberán consultar con miras a acumular las reclamaciones, incluyendo los procedimientos aplicables y el foro elegido para resolver la controversia.<sup>231</sup>

---

<sup>228</sup> Artículo 14 N° 3 del Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.

<sup>229</sup> Artículo 17 del Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.

<sup>230</sup> Artículo 19 del Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.

<sup>231</sup> Artículo 20 del Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.

g) Laudo definitivo y ejecución<sup>232</sup>: Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado el tribunal podrá otorgar por separado o en combinación, únicamente daños pecuniarios y los intereses que procedan, y restitución de la propiedad, cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. Un tribunal no podrá ordenar que una parte contendiente pague daños que tengan carácter punitivo. El laudo dictado será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.

En el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio del CIADI, la parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo hasta que hayan transcurridos 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación.

Asimismo, en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, las reglas de arbitraje de UNCITRAL, u otras normas escogidas de común acuerdo, no podrá solicitarse su ejecución hasta que hayan transcurrido noventa días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo; o hasta que un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Sujeto a lo anteriormente señalado, una parte contendiente deberá acatar y cumplir con el laudo sin demora indebida. Ambas partes deberán comprometerse a la ejecución del laudo.

#### 2.3.2.1.11. Acuerdo de Libre Comercio (ALC) Chile-Colombia.

El ALC entre Chile y Colombia fue firmado en Santiago, Chile, el 27 de noviembre de 2006. Se promulgó mediante el Decreto Supremo N° 54 de 24 de marzo de 2009 del

---

<sup>232</sup> Artículo 21 del Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del TLC Chile-China.

Ministerio de Relaciones Exteriores. Entró en vigencia en nuestro país el 8 de mayo de 2009, misma fecha en que fue publicado en el Diario Oficial.<sup>233</sup>

El Acuerdo está dividido en 22 capítulos, entre los cuales se destacan los relativos al Comercio de Mercancías (Capítulo 3), Régimen de Origen (Capítulo 4), Facilitación del Comercio (Capítulo 5), Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Capítulo 6), Inversión (Capítulo 9), Comercio Transfronterizo de Servicios (Capítulo 10), Comercio Electrónico (Capítulo 12), Contratación Pública (Capítulo 13), Solución de Controversias (Capítulo 16), Cooperación (Capítulo 19), Excepciones (Capítulo 21), y las Disposiciones Finales (Capítulo 22).

En el Capítulo 16 de este ALC denominado “Solución de Controversias”, el cual contempla al arbitraje como mecanismos de solución de controversias entre los Estados Partes del Acuerdo, se establece que los Estados Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del ALC y realizarán todos los esfuerzos, mediante la cooperación, y consultas u otros medios, por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento. Por consiguiente, en caso de controversias, los Estados Partes, en primer lugar deberán recurrir a consultas amistosas. Si en esta primera etapa no se llegare a una solución satisfactoria dentro de un determinado plazo, la parte reclamante podrá solicitar por medio de una notificación escrita dirigida a la otra parte, el establecimiento de un tribunal arbitral que dirima la controversia. El ALC establece la forma en que debe estar compuesto el tribunal arbitral, las funciones de estos últimos, cuales serán las reglas de procedimiento del arbitraje, la existencia de un informe preliminar del tribunal arbitral, un informe final (laudo definitivo), implementación y cumplimiento del informe final y revisión del mismo.

Respecto a materia de inversión, el ALC en su Capítulo 9 denominado “Inversión” contempla en su primera parte, Sección A y que conlleva el mismo nombre, normativa aplicable a la inversión, similar a la que contiene un APPI. En su segunda parte, Sección B, denominada “Solución de Controversias Inversionista-Estado”, establece al

---

<sup>233</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070711/pags/20070711110743.html>

arbitraje como mecanismo de solución de controversias, cuyas principales características son las siguientes:

- a) Condiciones previas al arbitraje: Se establece que en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.<sup>234</sup>
- b) Sometimiento de una reclamación a arbitraje: En el caso que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación, el demandante, personalmente, o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto podrá someter a arbitraje una reclamación, siempre que: 1) El demandado haya violado una obligación de conformidad con la Sección A del Capítulo 9 del Acuerdo (sobre inversión), y 2) El demandante haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.<sup>235</sup>
- c) Opción de regla de procedimiento arbitral: El ALC señala que el demandante podrá someter su reclamación de conformidad con el Convenio del CIADI y todos sus instrumentos aplicables, siempre que tanto la parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo; o de conformidad con las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI; o de conformidad con las reglas de arbitraje de la UNCITRAL; o si las partes contendientes lo acuerdan, un tribunal de arbitraje ad-hoc, bajo cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Artículo 9.15 del ALC Chile-Colombia.

<sup>235</sup> Artículo 9.16 N°1 del ALC Chile-Colombia.

<sup>236</sup> Artículo 9.16 N°5 del ALC Chile-Colombia.

- d) Selección de árbitros: A menos que las partes contendientes acordaren otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, será designado por acuerdo de las partes contendientes. Cuando el tribunal no se integre en un plazo de setenta y cinco días a partir de la fecha en que la reclamación se someta a arbitraje, el Secretario General, a petición de cualquiera de las partes, designará, previa consulta a las mismas, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados.<sup>237</sup>
- e) Derecho aplicable: El tribunal arbitral decidirá las cuestiones en controversia de conformidad al ALC y con las normas aplicables del derecho internacional.<sup>238</sup>
- f) Acumulación de procedimientos: En los casos en que se hayan presentado dos o más reclamaciones por separado y dichas reclamaciones planteen en común una cuestión de hecho o de derecho y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte contendiente podrá tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes, respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación.<sup>239</sup>
- g) Laudo definitivo y ejecución:<sup>240</sup> Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado el tribunal podrá otorgar por separado o en combinación, únicamente daños pecuniarios y los intereses que procedan, y restitución de la propiedad, cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. Un tribunal no podrá ordenar que una parte contendiente pague daños que tengan carácter punitivo. El laudo dictado será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.
- En el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio del CIADI, la parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo

---

<sup>237</sup> Artículo 9.19 del ALC Chile-Colombia.

<sup>238</sup> Artículo 9.22 del ALC Chile-Colombia.

<sup>239</sup> Artículo 9.25 del ALC Chile-Colombia.

<sup>240</sup> Artículo 9.26 del ALC Chile-Colombia.

hasta que hayan transcurridos 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación.

Asimismo, en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, las reglas de arbitraje de UNCITRAL, u otras normas escogidas de común acuerdo, no podrá solicitarse su ejecución hasta que hayan transcurrido noventa días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo; o hasta que un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Por último, cada parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.

#### 2.3.2.1.12. Acuerdo de Libre Comercio (ALC) Chile-Perú.

El ALC entre Chile y Perú fue firmado en Lima, Perú, el 22 de agosto de 2006. Fue promulgado en nuestro país mediante el Decreto Supremo N° 12 de 13 de enero de 2009 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Se publicó en el Diario Oficial el 28 de enero de 2009 y comenzó a regir el 1 de marzo del mismo año.<sup>241</sup>

Este Acuerdo vino a reemplazar al Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y Perú (ACE N°38), que rigió desde el 1 de julio de 1998. Dicho acuerdo fue celebrado en el marco del Tratado de Montevideo, que creó la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

El ALC está dividido en 20 capítulos, entre los cuales se destacan los relativos al Comercio de Mercancías (Capítulo 3), Régimen de Origen (Capítulo 4), Procedimientos Aduaneros y Facilitación del Comercio (Capítulo 5), Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Capítulo 9), Inversión (Capítulo 11), Comercio Transfronterizo de Servicios (Capítulo

---

<sup>241</sup> <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070711/pags/200707111115113.html>

12), Contratación Pública (Capítulo 12), Propiedad Intelectual (Capítulo 13), Solución de Controversia (Capítulo 16), Excepciones (Capítulo 17), y las Disposiciones Finales (Capítulo 20).

Respecto a la solución de controversias entre los Estados Partes y a la solución de controversias Estado Parte-inversionista, este ALC es prácticamente idéntico al Acuerdo celebrado con Colombia y que ya hemos estudiado. En el primer caso el Capítulo 16 del ALC contempla los mecanismos de solución de controversias entre los Estados Contratantes y en el que se señala que aquellos procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del Acuerdo, y realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento. Por consiguiente, el ALC contempla una primera etapa de consultas entre las partes para llegar de manera amigable a una solución. En caso de que la etapa anterior y dentro de un determinado plazo no rinda frutos o no haya acuerdo entre los Estados a fin de llegar a una solución, deberá establecerse un tribunal arbitral con el objeto de dirimir la controversia. En esta parte el ALC establece la forma en que debe ser constituido el tribunal arbitral, sus funciones, las reglas de procedimiento arbitral, suspensión o terminación del procedimiento, un informe preliminar, el informe final (laudo definitivo), implementación y cumplimiento de este último y revisión del cumplimiento.

En el segundo caso, esto es, solución de controversias entre Estado Parte-inversionista, el ALC en su Capítulo 11 denominado "Inversión" contempla en su primera parte, Sección A y que conlleva el mismo nombre, normativa aplicable a la inversión, similar a la que contiene un APPI. En su segunda parte, Sección B, denominada "Solución de Controversias Inversionista-Estado", establece al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, cuyas principales características son las siguientes:

- a) Condiciones previas al arbitraje: Se establece que en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede

incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes.<sup>242</sup>

- b) Sometimiento de una reclamación a arbitraje: En el caso que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación, el demandante, personalmente, o en representación de una empresa del demandado que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto podrá someter a arbitraje una reclamación, siempre que: 1) El demandado haya violado una obligación de conformidad con la Sección A del Capítulo 11 del Acuerdo (sobre inversión), y 2) El demandante haya sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.<sup>243</sup>
  
- c) Opción de regla de procedimiento arbitral: El ALC señala que el demandante, siempre que hayan transcurridos 6 meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, podrá someter su reclamación de conformidad con el Convenio del CIADI y todos sus instrumentos aplicables, siempre que tanto la parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo; o de conformidad con las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI; o de conformidad con las reglas de arbitraje de la UNCITRAL; o si las partes contendientes lo acuerdan, un tribunal de arbitraje ad-hoc, bajo cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.<sup>244</sup>
  
- d) Selección de árbitros: A menos que las partes contendientes acordaren otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros, un árbitro designado por cada una de las partes contendientes y el tercero, que será el árbitro presidente, será designado por acuerdo de las partes contendientes. Cuando el tribunal no se integre en un plazo de setenta y cinco días a partir de la fecha en

---

<sup>242</sup> Artículo 11.15 del ALC Chile-Perú.

<sup>243</sup> Artículo 11.16 N°1 del ALC Chile-Perú.

<sup>244</sup> Artículo 11.16 N°4 del ALC Chile-Perú.



que la reclamación se someta a arbitraje, el Secretario General, a petición de cualquiera de las partes, designará, previa consulta a las mismas, al árbitro o árbitros que aún no hayan sido designados.<sup>245</sup>

- e) Derecho aplicable: El tribunal arbitral decidirá las cuestiones en controversia de conformidad al ALC y con las normas aplicables del derecho internacional.<sup>246</sup>
- f) Acumulación de procedimientos: En los casos en que se hayan presentado dos o más reclamaciones por separado y dichas reclamaciones planteen en común una cuestión de hecho o de derecho y surjan de los mismos hechos o circunstancias, cualquier parte contendiente podrá tratar de obtener una orden de acumulación, de conformidad con el acuerdo de todas las partes contendientes, respecto de las cuales se pretende obtener la orden de acumulación.<sup>247</sup>
- h) Laudo definitivo y ejecución<sup>248</sup>: Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado el tribunal podrá otorgar por separado o en combinación, únicamente daños pecuniarios y los intereses que procedan, y restitución de la propiedad, cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución. Un tribunal no podrá ordenar que una parte contendiente pague daños que tengan carácter punitivo. El laudo dictado será obligatorio sólo para las partes contendientes y únicamente respecto del caso concreto.  
En el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad con el Convenio del CIADI, la parte contendiente no podrá solicitar la ejecución del laudo definitivo hasta que hayan transcurridos 120 días a partir de la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya solicitado la revisión o anulación del mismo; o hayan concluido los procedimientos de revisión o anulación.  
Asimismo, en el caso de un laudo definitivo dictado de conformidad a las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, las reglas de arbitraje de

---

<sup>245</sup> Artículo 11.19 del ALC Chile-Perú.

<sup>246</sup> Artículo 11.22 del ALC Chile-Perú.

<sup>247</sup> Artículo 11.25 del ALC Chile-Perú.

<sup>248</sup> Artículo 11.26 del ALC Chile-Perú.

UNCITRAL, u otras normas escogidas de común acuerdo, no podrá solicitarse su ejecución hasta que hayan transcurrido noventa días desde la fecha en que se dictó el laudo y ninguna parte contendiente haya iniciado un procedimiento para revisarlo, revocarlo o anularlo; o hasta que un tribunal haya desechado o admitido una solicitud de revisión, revocación o anulación del laudo y esta resolución no pueda recurrirse.

Por último, cada parte dispondrá la debida ejecución de un laudo en su territorio.

### 2.3.3. Análisis Comparativo entre Arbitraje ad-hoc UNCITRAL y CIADI.

Del estudio de los sistemas de solución de controversias anteriormente analizados, podemos señalar que tanto en los APPIs como en los TLCs se comprenden dos tipos de mecanismos de arbitraje, uno conforme a las reglas de procedimiento arbitral de la UNCITRAL y otro conforme a las reglas de procedimiento arbitral del CIADI, y que en la generalidad de los casos queda en manos de la parte interesada acogerse a uno u otro, conforme a sus propios intereses y opciones.

Dado lo anterior, es útil analizar comparativamente desde diferentes ópticas ambos mecanismos de arbitraje, puesto que son los mecanismos jurídicos de mayor relevancia en el derecho internacional para la solución de controversias en materia de inversión extranjera<sup>249</sup> y que son aplicables en nuestro país:

- a) Tipo de arbitraje: Las normas de la UNCITRAL están diseñadas para un procedimiento arbitral ad-hoc, esto es, no institucional. Estas reglas son las más utilizadas para este tipo de procedimientos. Al momento de redactar una cláusula de arbitraje ad-hoc, la opción de redactar un cuerpo especial de normas para la conducción del procedimiento, puede quedar simplificada incorporando las Reglas UNCITRAL, haciendo referencia de ellas dentro de

---

<sup>249</sup> POLANCO Lazo, Rodrigo. Mecanismos Jurídicos de Solución de Controversias de Inversión Extranjera en Chile y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Tesis Magíster en Derecho, mención Derecho Económico. Universidad de Chile, 2000, pág. 182.

dicha cláusula, confiando que las mismas contemplan las principales cuestiones de procedimiento que pueden presentarse durante el arbitraje.

El CIADI, por su parte, es una organización pública de arbitraje institucional, siendo casi la única entidad donde los particulares tienen la posibilidad de demandar al Estado. Como hemos señalado anteriormente, el CIADI cuenta con un soporte administrativo que le permite apoyar los procedimientos que se realicen bajo sus auspicios, tanto directamente por el cumplimiento de las tareas propias del Secretario General o indirectamente a través del apoyo del Banco Mundial.

- b) Especialización en su ámbito de aplicación: En materia de inversión extranjera, el arbitraje del CIADI es más especializado que el arbitraje bajo las normas de la UNCITRAL. Tal como lo señala su nombre, el CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), fue creado especialmente para la solución de conflictos entre Estados receptores de inversión y para conflictos entre un Estado y un particular nacional de otro Estado Parte del tratado. En cambio, las reglas de la Comisión de Naciones Unidas de Derecho Mercantil fueron aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la recomendación de ser utilizadas en el arreglo de cualquier disputa que se presente en el contexto de las relaciones comerciales internacionales.

Es importante señalar que contrario a lo que pudiere creerse, el arbitraje de inversiones del CIADI no proviene del arbitraje comercial internacional, sino de procedimientos de arbitraje interestatal que se instauraban como medios para la protección diplomática en virtud de la cual un Estado hacia suya la causa de sus naciones. Por tanto, es una forma más elaborada de protección de las inversiones extranjeras que sustituye a la protección diplomática, por lo que sería erróneo extrapolar principios o soluciones de arbitraje comercial a esta materia, sin efectuar un detenido análisis previo de la situación.<sup>250</sup>

- c) Partes de la controversia: Cómo ya hemos señalado anteriormente, la jurisdicción del CIADI abarca únicamente las disputas entre Estados parte y los

---

<sup>250</sup> POLANCO Lazo, Rodrigo. Mecanismos Jurídicos..., ob. cit., pág.184.

inversionistas nacionales de otro Estado parte, sean personas naturales o personas jurídicas. Debemos señalar que el Mecanismo Complementario contemplado en las normas del CIADI permite que las partes en conflicto, esto es un Estado o un inversionista nacional de otro Estado, puedan someterse a este mecanismo aún cuando estén fuera de la convención.

Por su parte, las reglas de la UNCITRAL se aplican para cualquier tipo de conflicto comercial o de inversiones en que se pacte, sin exigir mayores requisitos a los Estados y particulares que someten su disputa con sujeción a dichas normas. Dado lo anterior y como veremos en el siguiente capítulo, estas reglas pueden ser aplicadas perfectamente en una eventual disputa entre un Estado y un particular en el ámbito de un arbitraje comercial internacional.

- d) Forma de iniciar el procedimiento: Para iniciar un procedimiento bajo las reglas de la UNCITRAL, el reclamante sólo tiene que notificar al demandado del arbitraje. Esta notificación debe señalar, entre otras cosas, una petición de que el litigio se someta a arbitraje, el nombre y los datos de contacto de las partes, una especificación del acuerdo de arbitraje que se invoca, una especificación de todo contrato u otro instrumento jurídico que haya suscitado o al que se refiera el litigio, una breve descripción de la controversia, la materia u objeto que se demandan, una propuesta acerca del número de árbitros, el idioma y el lugar de arbitraje cuando las partes no hayan convenido antes en ello.<sup>251</sup>

Como ya habíamos señalado en la primera parte de este capítulo, para que un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante quieran iniciar un procedimiento de arbitraje ante el CIADI, deberá dirigir una solicitud escrita al secretario general quien enviará copia de la misma a la otra parte. Esta solicitud de arbitraje deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje. El secretario general registrará la solicitud, a menos que de la información contenida en dicha solicitud, encuentre que la controversia se halla

---

<sup>251</sup> Artículo 3 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

manifiestamente fuera de la jurisdicción del CIADI. Notificará inmediatamente a las partes el acto de registro de la solicitud, o su denegación.<sup>252</sup>

- e) Nombramiento de árbitros: De conformidad a las reglas de la UNCITRAL, las partes pueden designar a un solo árbitro de común acuerdo. También, el tribunal arbitral puede estar compuesto por tres árbitros, uno designado por cada parte y el tercero, quien preside, será un árbitro designado por acuerdo de los dos primeros árbitros. Si en cada caso, un árbitro no es designado dentro de 30 días, cada parte a instancia de ellas puede efectuar las designaciones por la autoridad designadora previamente nominada por las mismas.<sup>253</sup> Es importante señalar que bajo estas normas se dispone que para la designación del árbitro presidente, la autoridad designadora deberá tomar en cuenta la conveniencia de designar a un árbitro de una nacionalidad distinta a la de las partes.<sup>254</sup>

En cuanto al CIADI y su Mecanismo Complementario, entrega a las partes una mayor participación en cuanto a la constitución del tribunal arbitral. En ambos casos, según acuerdo de las partes, el tribunal estará compuesto por un árbitro único o un número impar de árbitros. Si las partes no se ponen de acuerdo en el número y persona de los árbitros, el tribunal se compondrá de tres miembros, uno designado por cada parte y, el tercero, de común acuerdo, quien presidirá el tribunal.<sup>255</sup> Si pasados 90 días desde la fecha de la notificación del acto de registro, o dentro del plazo que acuerden las partes, no se constituye el tribunal, el presidente deberá nombrar a los árbitros que aún no hubieren sido designados. Estos árbitros, nombrados por el presidente, no podrán ser nacionales de los Estados partes o del nacional parte de la diferencia.<sup>256</sup> Salvo acuerdo de las partes, el árbitro o la mayoría de ellos, en el caso de un arbitraje colegiado, no podrán ser nacionales de los Estados partes o del Estado del

---

<sup>252</sup> Artículo 36 del Convenio del CIADI.

<sup>253</sup> En caso de que no hayan hecho tal denominación y como lo establece el Art. 6 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, cualquiera de las partes podrán acudir al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya para designar una autoridad que cumpla ese rol. La Corte de la Haya fue creada bajo la Convención de la Haya para el Arreglo de Disputas Internacionales de 1889 y por la Convención de La Haya para la Solución Pacífica de Controversias de 1907, para proveer procedimientos de arbitraje para disputas entre Estados.

<sup>254</sup> Artículos 6 a 10 del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

<sup>255</sup> Artículo 37 del Convenio del CIADI.

<sup>256</sup> Artículo 38 del Convenio del CIADI.

nacional parte en la diferencia.<sup>257</sup> La parte o partes interesadas notificarán al secretario general el nombramiento de cada árbitro e indicarán el método de su nombramiento.<sup>258</sup>

- f) Derecho aplicable: Bajo las reglas de la UNCITRAL, el tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada.<sup>259</sup>

Respecto del arbitraje bajo las normas del CIADI se establece que el tribunal arbitral decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho pactadas por las partes. A falta de ello, dicho tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus disposiciones de derecho internacional privado y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.<sup>260</sup>

- g) Cumplimiento de los fallos: Primero que todo es importante poner en conocimiento que la mayoría de los sistemas de arbitraje están sujetos a la legislación y al control de los tribunales del lugar donde se efectuó y donde es buscado el reconocimiento y cumplimiento del laudo arbitral. Si el arbitraje es efectuado transgrediendo una norma imperativa del derecho del lugar del arbitraje, puede llevar como consecuencia la nulidad o invalidación del laudo arbitral por los tribunales de aquel territorio. Aún más, un laudo válido en el lugar del arbitraje, puede serle negado su reconocimiento y ejecución por los tribunales de otro país si el fallo no cumple con los requisitos que la ley que ese país exige para su reconocimiento y cumplimiento. Esta observación es aplicable tanto al arbitraje sometido a las normas de la UNCITRAL como al arbitraje del Mecanismo Complementario del CIADI.

Debemos tener en consideración que las reglas internacionales acerca del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, se

---

<sup>257</sup> Regla 1(3) de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>258</sup> Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI.

<sup>259</sup> Artículo 35(1) del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL.

<sup>260</sup> Artículo 42(1) del Convenio del CIADI.

encuentran suplidas por la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante Convención de Nueva York), suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958 y que entró en vigencia el 7 de junio de 1959. En el artículo I N°3 de la de dicha Convención se establece que en el momento de firmar o de ratificar la Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno. En la actualidad, 150 países se han hecho parte de la Convención de Nueva York<sup>261</sup>, incluido Chile, y más de la mitad ha formulado reservas, basadas principalmente en la reciprocidad. Ello explicaría el por qué el Mecanismo Complementario del CIADI requiere que los procedimientos de arbitraje realizados sean efectuados, así como el laudo, en un Estado Parte de la Convención de Nueva York.

A diferencia con otras formas de arbitraje, el arbitraje realizado bajo el sistema CIADI está separado del control de los sistemas legales nacionales. Los tribunales domésticos no pueden revisar un laudo dictado bajo el Convenio del CIADI o negar su reconocimiento o cumplimiento como podría ocurrir con la Convención de Nueva York, en los términos descritos en el párrafo anterior. El artículo 54(1) del Convenio del CIADI señala que *“todo Estado Contratante reconocerá el laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (...)”*

Por otra parte, el artículo 55 del Convenio del CIADI señala claramente que nada de lo dispuesto se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materias de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero. Sin embargo, las partes de un

---

<sup>261</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

procedimiento arbitral, se encuentran obligadas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53(1), a acatar y cumplir el laudo en todos los términos, el que no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, salvo en los caso previstos en el mismo Convenio, esto es, rectificación, nulidad y revisión. El incumplimiento de esta obligación por un Estado Contratante podría exponerlo eventualmente a que se iniciara un procedimiento en su contra en la Corte Internacional de Justicia, bajo el resquicio del artículo 64 del Convenio.<sup>262</sup>

- h) Exclusión de otros medios: El arbitraje es un método consensuado para el arreglo de diferencias. El mutuo consentimiento al arbitraje bajo el CIADI, tiene ciertas consecuencias especiales. El artículo 26 del Convenio del CIADI establece que el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme al Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. En consecuencia se puede afirmar que el consentimiento hace precluir a cada parte de requerir de medidas provisionales o accesorias de los tribunales nacionales. A diferencia de lo anterior, las reglas de la UNCITRAL expresamente considera la posibilidad de recurrir a los tribunales nacionales para obtener medidas provisionales que sean consistentes con el consentimiento al arbitraje otorgado por las partes; incluso los árbitros tienen el poder de ordenar dichas medidas.

El artículo 27 del Convenio del CIADI establece que ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme al Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo. También señala, al efecto, que no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia. A diferencia de lo señalado anteriormente, dentro de

---

<sup>262</sup> Artículo 64 del Convenio del CIADI: *“Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo.”*



las reglas de arbitraje de la UNCITRAL no se encuentra la exclusión de las vías diplomáticas para la solución de la disputa.

### **CAPÍTULO III**

#### **PARTICIPACIÓN DEL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.**

##### **3.1. ASPECTOS GENERALES E HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.**

La vida del comercio para su adecuado funcionamiento, necesita de una justicia especial que resguarde la circulación de la riqueza y el intercambio de bienes, y que se desarrolle a través de soluciones rápidas y prácticas que no agudicen el conflicto en el que recae la disputa, ni causen una extrema o severa judicialización de la contienda. A su vez, el comercio, por cuanto a su particularidad, requiere del conocimiento de los tratos, usos, prácticas y costumbres mercantiles, que revisten el carácter de fuentes del derecho y máximas de interpretación, corolario de las exigencias que la realidad económica y comercial establece como ineludible imperativo para su regulación, por lo que sus dificultades han de ser resueltas por tribunales especiales.

Aquellos tribunales especiales destinados a resolver las disputas comerciales provienen desde antaño con el pretor en Roma quien aplicaba el *ius gentium*, y posteriormente, del denominado derecho estatutario de las corporaciones de comerciantes, como el de las ciudades italianas de Génova, Venecia, Nápoles, del que conocían los cónsules y que luego, con las codificaciones del siglo XIX, quedó en manos de los primeros jueces de comercio.<sup>263</sup>

Actualmente la función de dichos tribunales especiales ha quedado radicada en los árbitros, en el que cada vez se utiliza más el arbitraje institucional que, a diferencia del arbitraje ad-hoc, regula su actuación a través de las asociaciones que han ido creando sus propios centros de arbitrajes, con nóminas de miembros que se seleccionan para su integración y que la propia entidad resguarda, para darle su respaldo administrativo y velar por su control ético.

---

<sup>263</sup> GÓMEZ Balmaceda, Rafael, El Arbitraje Comercial. [en línea] [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/nacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/nacional.html), pág. 1.

Si bien lo señalado anteriormente se aplica tanto al comercio nacional como internacional y por ende al arbitraje comercial nacional y al arbitraje comercial internacional, ambos, aparte de tener elementos o requisitos en común como la arbitrabilidad y la mercantilidad, se diferencian en que el segundo debe sumar a los dos requisitos antes mencionados un tercero: la internacionalidad. Sin duda, este último requisito es el de mayor relevancia, ya que, nos permite dilucidar si estamos en presencia de un arbitraje doméstico o ante un arbitraje internacional.

El carácter internacional del arbitraje radica fundamentalmente en el hecho que el árbitro no administra justicia en nombre de ningún Estado, sino que cumple una función internacional de dirimir un conflicto entre personas naturales o jurídicas, relativo a un contrato o a una relación u operación mercantil de naturaleza internacional.<sup>264</sup>

Siguiendo al profesor Picand, podemos definir la institución del arbitraje comercial internacional como *“aquel que tiene por objeto dirimir las controversias que emanan o pudieren emanar de las relaciones jurídicas mercantiles en las que el lugar de establecimiento de las partes, el lugar de cumplimiento sustancial de las obligaciones o de la relación más estrecha del litigio se encuentra vinculado con más de un Estado”*.<sup>265</sup>

El arbitraje comercial internacional ha tomado una mayor relevancia durante las últimas tres décadas, dado el progresivo crecimiento de los procesos de integración y globalización que se han llevado a cabo en las distintas regiones del planeta y por qué no decirlo a nivel mundial, sobre todo en el área del comercio, y que como consecuencia dan fe de la necesidad de mecanismos eficientes para el intercambio que se produce día a día entre los distintos países. Dentro de este contexto, el arbitraje comercial internacional aparece como una herramienta insustituible para aquellos comerciantes que necesitan disminuir los riesgos y costos de operaciones.

---

<sup>264</sup> SANDOVAL López, Ricardo. Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional. Análisis de la ley N°19.971 de 29 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005, pág. 16.

<sup>265</sup> PICAND Albónico, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005, pág. 93.

Se ha señalado que el arbitraje comercial internacional surge en el escenario moderno como un fenómeno estrictamente europeo, especialmente impulsado y promovido por los círculos jurídicos franceses, cuya expansión se vio favorecida básicamente por dos fenómenos. En primer término, la labor desarrollada por el Tribunal Arbitral Irán-EE.UU. desde los albores de la década de los '80, contribuyó a que los abogados estadounidenses adoptaran una posición mucho más proclive al arbitraje. Con el tiempo, su activa participación en los procesos de arbitraje ha provocado la transformación del procedimiento arbitral de cuasi inquisitivo a uno adversarial. En la práctica, también ha llevado a sustituir a los árbitros que en el contexto europeo eran mayormente renombrados profesores universitarios, capaces de crear teorías de derecho en sus sentencias, reemplazándolos por los abogados litigantes, con la formación típicamente pragmática de la tradición del *common law*. En segundo lugar, con el fin de la guerra fría y a raíz de la consolidación de la economía del tipo capitalista como la principal modalidad económica viable, la mayoría de los países entraron en una verdadera competencia por atraer las inversiones extranjeras. Para garantizar a las contrapartes extranjeras un marco normativo más neutro y eficaz, las legislaciones latinoamericanas, asiáticas y ex soviéticas optaron por introducir el arbitraje comercial internacional.<sup>266</sup>

Es importante destacar que actualmente en América Latina dentro del marco normativo que regula el arbitraje internacional existe un franco ánimo de involucrar al Estado y a los entes públicos en la utilización del arbitraje. A pesar de que no existe unanimidad ni uniformidad en el tratamiento, se destacan algunos países proclives al efecto y otros donde es aceptado con restricciones, pero que en términos generales, se entrega al Estado la posibilidad de acceder al arbitraje internacional.<sup>267</sup>

Si bien el arbitraje comercial internacional comienza a consolidarse como el principal mecanismo de solución de controversias relativas al comercio internacional a nivel

---

<sup>266</sup> MEREMINSKAYA, Elina. Apuntes de Arbitraje Comercial Internacional. Texto elaborado como apuntes del Taller de Arbitraje Comercial Internacional dictado en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, entre los días 24 y 26 de agosto del año 2005, pág. 2.

<sup>267</sup> Véase BERNAL Gutiérrez, Rafael. El Arbitraje del Estado: La Regulación en Latinoamérica. Revista Internacional de Arbitraje, N°1. Bogotá, Colombia, junio-diciembre de 2004.

mundial en la década de los ´80, con anterioridad a ella ya existían cuerpos normativos de carácter internacional que regulaban el arbitraje y que sin duda han servido de base para que el arbitraje comercial internacional se desarrolle de manera eficaz y sin cortapisas. A continuación analizaremos sucintamente aquellos tratados internacionales más relevantes:

- a) Los Acuerdos de Ginebra: Se conocen como “Los Acuerdos de Ginebra” al Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial del 24 de septiembre de 1923 y a la Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras del 26 de septiembre de 1927.

Los Acuerdos de Ginebra perseguían satisfacer la necesidad de dar fuerza legal, de manera uniforme, al acuerdo arbitral y al laudo. Así, mediante la ratificación del Protocolo de 1923, los Estados se comprometían a reconocer el acuerdo arbitral y a remitir a arbitraje los casos que fueran sometidos a sus tribunales desconociendo un acuerdo arbitral previo. Por su lado, la Convención de 1927 logró que los Estados se obligaran a ejecutar los laudos arbitrales que resultaran de arbitrajes basados en acuerdos arbitrales cubiertos por el Protocolo de 1923. Si bien los Acuerdos de Ginebra constituyeron un paso importante hacia la uniformidad y a la eficacia del régimen de arbitraje comercial internacional, tenían defectos importantes que fueron subsanados años posteriores, en gran medida, por la Convención de Nueva York de 1958.<sup>268</sup> A saber, uno de los defectos importantes que contenía el Convenio de 1927 fue la exigencia de un doble exequátur para hacer ejecutables los laudos arbitrales, lo que significaba que quien requería de la ejecución de un laudo arbitral conforme dicho Convenio, debía obtener un certificado de que este fallo se encontraba ejecutoriado en el país donde el fallo arbitral había sido dictado y recién ahí se podía requerir el cumplimiento del fallo en el país donde se pedía

---

<sup>268</sup> JIMÉNEZ Figueres, Dyalá. Las Convenciones Anteriores a la Convención de Nueva York: Discusiones y Problemas. En: El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 2.

su reconocimiento, por lo que se requería probar un hecho negativo, el que no existían razones para que la sentencia no fuera ejecutada.<sup>269</sup>

Cabe tener presente que los Estados adherentes a los Convenios de Ginebra son mayoritariamente europeos y que para aquellos países que no son parte de la Convención de Nueva York, que analizaremos más abajo, y que siguen siendo parte de dichos Convenios aún subsiste la aplicación de estos últimos respecto de otros países también signatarios de dichos Acuerdos.

- b) Convención de Nueva York de 1958: La creciente intensidad del comercio internacional y la necesidad de mejorar los medios para resolver las controversias que normalmente se presentan en sus operaciones, impulsaron a la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, para proporcionar al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), un proyecto de Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales. El ECOSOC resolvió crear un Comité Especial<sup>270</sup> para estudiar el anteproyecto propuesto por la CCI, habiendo llegado el nombrado comité a la conclusión de proponer la conveniencia de elaborar una nueva Convención, que yendo más lejos de la Convención de Ginebra en cuanto a los medios para facilitar la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, mantuviese los principios universalmente reconocidos de justicia y de respeto a los derechos de los Estados. En mayo de 1956 el Consejo Económico y Social convocó a una Conferencia de plenipotenciarios de los Estados, con el fin de concluir una Convención que promoviera el arbitraje como medio de solución de conflictos de derecho privado. Esta conferencia se celebró en junio de 1958 y en ella se

---

<sup>269</sup> SANTOS Belandro, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional: Tendencias y Perspectivas. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1988, pág. 24. Citado por PRADO Salazar, Marcelo Alfonso. Arbitrabilidad de los Litigios a la luz de la Unificación del Derecho en Materia de Arbitraje Comercial Internacional. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008, pág. 31.

<sup>270</sup> El Comité estuvo formado por representantes de los siguientes Estados miembros de la ONU: Australia, Bélgica, Egipto, Ecuador, India, Reino Unido, Suecia y Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. EYZAGUIRRE Echeverría, Rafael. El Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1981, pág. 245.

adoptó la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.<sup>271</sup>

El texto definitivo de la Convención representa en muchos aspectos una solución intermedia entre el texto de la Convención de Ginebra de 1927 y el anteproyecto propuesto por la Cámara de Comercio Internacional. Aunque el título se refiere solo a las sentencias arbitrales extranjeras, su texto incluyó lo esencial de las disposiciones del Protocolo y Convención de Ginebra, de 1923 y 1927 respectivamente.<sup>272-273</sup> Sin embargo, la Convención de las Naciones Unidas se distingue de las anteriores en que no estipula la condición de reciprocidad en forma obligatoria, ni se refiere exclusivamente a sentencias dictadas en el territorio de otro Estado Contratante, pudiendo, en consecuencia, aplicarse a sentencias dictadas en cualquier territorio extranjero. Aunque, a fin de salvaguardar cualquier escrúpulo de los países ratificantes o adherentes, la Convención establece que todo Estado podrá hacer reservas en tal sentido.<sup>274</sup>

Es importante destacar para nuestro estudio, que la Convención no resolvió un tema altamente discutido en la Conferencia sobre la capacidad del Estado y sus organismos o personas morales de derecho público para concluir cláusulas arbitrales. En cambio equiparó a las sentencias dictadas por árbitros designados para casos específicos (arbitraje ad-hoc), con las dictadas por órganos arbitrales permanentes, fortaleciendo de tal forma el arbitraje institucional.<sup>275</sup>

Con respecto a las condiciones exigidas para el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, el sistema adoptado por la Convención de Nueva York es superior al establecido por la Convención de Ginebra de 1927, ya que, según esta última, la parte que invocaba la ejecución de la sentencia

---

<sup>271</sup> SIQUEIROS, José Luis. Panorama Actual del Arbitraje Comercial Internacional. Memoria Segundo Simposio Arbitraje Mercantil Internacional. Academia de Arbitraje y Comercio Internacional. UNAM. México, 1975, pág. 136.

<sup>272</sup> SIQUEIROS, José Luis, ob. cit. pág. 137.

<sup>273</sup> En virtud de lo establecido en el artículo VII, párrafo 2, de la Convención de Nueva York, el Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927, sobre la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, dejarán de surtir efectos entre los Estados Contratantes a partir del momento y en la medida en que la Convención de Nueva York tenga fuerza obligatoria para ellos.

<sup>274</sup> Artículo I, párrafo 3, de la Convención de Nueva York.

<sup>275</sup> SIQUEIROS, José Luis, ob. cit., pág. 137.

debía probar que se habían reunido las condiciones requeridas para el reconocimiento, pudiendo el tribunal de ejecución, examinar de oficio la situación de las otras condiciones y, si a su juicio no se habían cumplido, denegar la demanda. La Convención de 1958 adopta un sistema fundado en la concepción de que la sentencia constituye un título al que debe darse crédito, es decir, establece una presunción en el sentido que la sentencia es obligatoria dejando la carga de la prueba a la parte condenada, la que sólo podrá oponerse a la ejecución probando la existencia de uno o más de los motivos indicados en el artículo V, párrafo 1<sup>276</sup>, en virtud de los cuales la demanda puede ser denegada.<sup>277</sup>

En la actualidad han ratificado o se han adherido a la Convención de Nueva York 153 Estados. Chile ratificó sin reservas la Convención el 4 de septiembre de 1975 y entró en vigor el 3 de diciembre del mismo año.<sup>278</sup>

- c) Convención de Panamá: La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional se firmó en la ciudad de Panamá durante la Segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado en enero de 1975. Constituye el término de los esfuerzos iniciados veinte años antes por el Consejo Interamericano de Juristas que desde su tercer encuentro en 1956, en Ciudad de México, recomienda la ley modelo de arbitraje comercial

---

<sup>276</sup> Artículo V, párrafo 1, de la Convención de Nueva York. Sólo se podrá negar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

<sup>277</sup> SIQUEIROS, José Luis, ob. cit., pág. 138.

<sup>278</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)



internacional que establece la validez del acuerdo para someter para someter controversias futuras al arbitraje y la limitación de las causas de apelación de laudos. Ante el rechazo general de esta ley el Comité Jurídico Interamericano propuso en 1967 un proyecto de convención interamericana de arbitraje comercial internacional para complementarla. Es de este proyecto que finalmente la Convención en estudio.<sup>279</sup>

Existen dos antecedentes internacionales indirectos, pero trascendentales para la Convención. El primero de ellos es la Convención de Nueva York, ya estudiada, constituyendo ésta el mayor esfuerzo internacional y el más importante en materia de arbitraje a nivel mundial. El segundo antecedente internacional es la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional firmada en Ginebra en abril de 1961. Este es el primer tratado regional en materia de arbitraje y el éxito que ha tenido constituyó un fuerte incentivo para que los países americanos buscaran un tratado similar.

Jurídicamente la Convención limita su objeto, ya que el arbitraje debe ser comercial e internacional. Sin embargo, encontramos el problema que la Convención no define ninguno de estos términos. El artículo 1 de la Convención aclara parcialmente el término comercial al referirse a las diferencias que puedan surgir o hayan surgido entre las partes con relación a un “negocio de carácter mercantil”. En cuanto al término internacional pudiera considerarse que califica el arbitraje cuyo laudo se ejecuta en un país diferente de aquel en que se pronunció. Esta interpretación resulta errada al tener en cuenta que según el artículo 4 del Convenio, los laudos no impugnables tienen fuerza de sentencia judicial ejecutoriada y su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios o extranjeros. Debemos entender que la Convención regula tanto los laudos nacionales como a extranjeros diferenciándolos según el lugar en que se pronuncien. Una interpretación congruente, con el fin y objetivo de la Convención, considera internacional todo aquel arbitraje en que difieren ya sea el derecho del lugar de

---

<sup>279</sup> GARZA Canovas, Antonio. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: un paso firme. Revista de Derecho Privado, año 2, N° 5. UNAM. México, mayo-agosto de 1991, pág. 375.

pronunciamiento del laudo, el aplicable al fondo del negocio, el del lugar en que se pida la ejecución o la capacidad de las partes o todos ellos.<sup>280</sup>

La Convención está compuesta de 13 artículos y regula la validez del acuerdo arbitral, el nombramiento de los árbitros, el reconocimiento y ejecución del laudo y aspectos formales de adhesión, ratificación y entrada en vigencia del Tratado. Actualmente 19 países forman parte de la Convención<sup>281</sup>. Chile firmó el tratado el 30 de enero de 1975, lo ratificó el 8 de abril de 1976 y depositó su ratificación el 17 de mayo del mismo año, entrando en vigencia al trigésimo día después de la fecha del depósito del instrumento de ratificación en virtud de lo establecido en el artículo 10 de la Convención.<sup>282</sup>

- d) Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL: El Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL fue adoptado en 1976 tras exhaustivas deliberaciones y consultas con varias organizaciones internacionales interesadas y destacados expertos en arbitraje.<sup>283</sup> Los objetivos del texto es unificar los procedimientos arbitrales tanto ad-hoc como institucionales. Como objetivo adicional se espera que en la medida que se haga referencia frecuentemente en las cláusulas arbitrales al Reglamento de la UNCITRAL, colaborando de esta manera en la aceptación universal de los principios inspiradores de este instrumento.

El Reglamento fue revisado en 2010 con la intención de reflejar la evolución experimentada en la práctica arbitral desde la adopción del Reglamento en 1976. Se presume la aplicación del Reglamento de 2010 a aquellos acuerdos de arbitraje concertados después del 15 de agosto de 2010, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1(2) del Reglamento de 2010.<sup>284</sup>

---

<sup>280</sup> GARZA Canovas, Antonio, ob. cit., pág. 376.

<sup>281</sup> Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

<sup>282</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

<sup>283</sup> [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1420](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1420)

<sup>284</sup> Artículo 1(2) del Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL. *“Se presumirá que las partes en un acuerdo de arbitraje concertado después del 15 de agosto de 2010 se han sometido al Reglamento que esté en vigor en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje, a menos que las partes hayan acordado que su litigio se rija por una versión determinada del Reglamento. Esa presunción no se aplicará cuando el*

El ámbito de aplicación del Reglamento está determinado por el artículo 1(1) que establece que cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que nazcan de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar. El Reglamento está dividido en cuatro secciones y consta de 43 artículos. En la Sección I, relativa a disposiciones generales, se regula su ámbito de aplicación, notificación y cómputo de plazos, notificación del arbitraje, respuesta a la notificación de arbitraje, representación y asesoramiento, y autoridad designadora y autoridad nominadora. En la Sección II, relativa a la composición del tribunal arbitral, se regula el número de árbitros y nombramiento de los mismos, declaraciones de independencia e imparcialidad y recusación del los árbitros, sustitución de un árbitro, repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro y responsabilidad. La Sección III que trata el procedimiento arbitral establece disposiciones generales, lugar del arbitraje, idioma, escrito de demanda, contestación de la demanda, modificaciones de la demanda o de la contestación, declinatoria de la competencia del tribunal arbitral, otros escritos, plazos, medidas cautelares, práctica de la prueba, audiencias, peritos designados por el tribunal arbitral, rebeldía, cierre de audiencias y renuncia al derecho a objetar. Por último la Sección IV que versa sobre el laudo regula las decisiones, forma y efectos del laudo, ley aplicable y amigable componedor, transacción u otros motivos de conclusión del procedimiento, interpretación y rectificación del laudo, laudo adicional, definición de las costas, honorarios y gastos del los árbitros, y asignación y depósito de las costas.

- e) Ley Modelo de Arbitraje: La Ley Modelo de Arbitraje de la UNCITRAL de 1985 está formulada para ayudar a los Estados a reformar y modernizar sus leyes sobre procedimiento arbitral a fin de que tengan en cuenta los rasgos peculiares

---

*acuerdo de arbitraje se haya concertado aceptando después del 15 de agosto de 2010 una oferta que se hizo antes de esa fecha.”*

y las necesidades del arbitraje comercial internacional. Regula todas las etapas del procedimiento arbitral, desde el acuerdo de arbitraje, pasando por la composición y competencia del tribunal arbitral y el alcance de la intervención del tribunal, hasta el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral. Refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos y sistemas económicos del mundo.

El 7 de julio de 2006 la UNCITRAL aprobó algunas enmiendas a la Ley Modelo, específicamente del artículo 7 para modernizar el requisito de la forma para los acuerdos arbitrales a fin de observar más estrictamente las prácticas contractuales internacionales. Además, agregó el nuevo capítulo IV A que establece un régimen jurídico más amplio relativo a las medidas provisionales en apoyo del arbitraje.<sup>285</sup>

De esta manera, la Ley Modelo de Arbitraje, que nos entrega una regulación bastante perfeccionada del arbitraje comercial internacional, vino a complementar el sistema de las convenciones de Nueva York y Panamá, ya que estas últimas no tienen como objetivo principal dar un marco general al proceso de arbitraje, sino más bien regular una etapa particular del mismo como es el reconocimiento y ejecución del laudo.

Actualmente diversos países han adoptado esta Ley Modelo para introducir o mejorar la regulación interna del arbitraje comercial internacional.<sup>286</sup>

En lo que respecta a nuestro país, Chile, como ya hemos señalado, ha ratificado la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958 (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 30 de Enero de 1975 (Convención de Panamá). Sin embargo, la regulación contenida en tales acuerdos era muy limitada, pues se dirigían principalmente a normar el reconocimiento de sentencias

---

<sup>285</sup> [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)

<sup>286</sup> En la actualidad 67 países han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional. Para más detalle ver [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html).

arbitrales dictadas en el extranjero. Con el objeto de reforzar los acuerdos ratificados y llenar el vacío normativo en la materia, sumado a fortalecer la creciente apertura económica que Chile venía sosteniendo durante los últimos años, se forzó la creación de un proyecto de ley con dos objetivos claros: modernizar el arbitraje internacional y convertir a Chile en una sede arbitral relevante en la región. El criterio que siguió el legislador fue tomar como inspiración la Ley Modelo de Arbitraje recomendado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, y adoptado por la mayoría de los países que pretendían estar a la vanguardia en esta materia.<sup>287</sup> De esta forma, Chile incorpora a su legislación nacional la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, con la promulgación, el día 10 de septiembre de 2004, de la Ley N°19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre del mismo año, confirmando su decisión permanente de participar activamente en la comunidad internacional.<sup>288</sup>

### 3.2. ANÁLISIS DECRETO LEY N° 2.349 SOBRE CONTRATOS INTERNACIONALES PARA EL SECTOR PÚBLICO.

#### 3.2.1. Antecedentes históricos y aspectos generales.

En 1977 con los cambios de la política económica y el incremento del comercio internacional, se hizo necesario revisar la posibilidad de que el Estado y sus organismos pudieran pactar en contratos internacionales que se celebraren con entidades extranjeras, cláusulas que permitieren someterse a legislación extranjera y a tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales. Lo anterior se hizo particularmente evidente cuando el sector público comenzó a negociar créditos externos en los cuales, con justificada razón, los acreedores no aceptaban que los contratos quedaran regulados por la ley chilena y sometidos a tribunales nacionales.

---

<sup>287</sup> VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Recepción del Arbitraje Comercial Internacional en Chile desde una Óptica Jurisprudencial. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N°2, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 2011, pág. 350.

<sup>288</sup> LÓPEZ Sandoval, Ricardo, ob. cit. pág. 102.

Ante tal situación el gobierno de la época conformó un equipo que estudiara la materia con el propósito de redactar un proyecto de ley que regulara aquellos contratos internacionales celebrados por el Estado y sus organismos.<sup>289</sup> Dicho proyecto de ley, luego de varias versiones y de su revisión por parte de las autoridades, se transformó en el Decreto Ley N° 2.349 sobre contratos internacionales para el sector público, promulgado el 13 de octubre de 1978 y publicado en el Diario Oficial el 28 de octubre del mismo año. Este cuerpo legal tuvo como antecedente la Foreign Sovereign Immunities Act de 1976 de los Estados Unidos y la State Immunity Act de 1978 del Reino Unido.<sup>290</sup>

El DL N° 2.349, junto con reconocer en sus considerandos que son válidas las cláusulas de sometimiento a la ley extranjera y tribunales extranjeros pactadas por particulares, regula estas materias para el sector público. En tal sentido, declara válidas las cláusulas en los contratos internacionales en las cuales el Estado, sus organismos o empresas pactan sujetarse al derecho extranjero y se someten a la jurisdicción de tribunales ordinarios o arbitrales extranjeros. Se autoriza, además, para que el Estado y sus instituciones renuncien a la inmunidad de ejecución. Debe tratarse de contratos de internacionales de carácter económico financiero, que se celebren con instituciones o empresas extranjeras o internacionales con el centro principal de sus negocios en el extranjero. El DL estableció que a futuro, a fin de acogerse a su normativa, las instituciones locales debían contar con la autorización del Presidente de la República, que se concederá anualmente. El primer decreto fue el N°1.009 de 1978 del Ministerio de Hacienda, que se ha venido renovando todos los años. Se determinó que a los bienes del Banco Central, de misiones diplomáticas, bienes con fines militares y los contratos de inversión extranjera no se le aplicarían las normas del DL.

---

<sup>289</sup> El equipo estuvo formado por el Abogado Julio Philippi Izquierdo, miembros del Banco Central encabezados por Roberto Guerrero y Hernán Felipe Errázuriz, el abogado del Consejo de Defensa del Estado Guillermo Pumpin B. y por el profesor de derecho internacional Helmut Brunner.

<sup>290</sup> IRARRÁZABAL Covarrubias, Jaime. Julio Philippi Izquierdo, jurista, legislador, negociador internacional. En el centenario de su nacimiento. *Revista Puntos de Referencia*, N° 357. Centro de Estudios Públicos. Santiago, Chile, abril de 2013, pág. 5.

El DL N° 2.349 comienza con la siguiente declaración de principios que fundamentan al mismo: *“1.- Que 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. 2.- Que, 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. 3.- Que, 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.”*

A su vez, el mensaje del Decreto Ley explicita las razones para su dictación. *“En tiempos modernos, aparte de actos de autoridad, propios de la soberanía, el Estado interviene en múltiples actividades propias de los particulares, gestionando préstamos, actuando como importador o exportador de bienes, etc.”*. En este aspecto *“el soberano abandona el trono para bajar al mercado”*, en el cual debe atenerse, obviamente, a las reglas que allí rigen. *“La inmunidad absoluta del Estado y de sus dependencias frente a la jurisdicción de los tribunales extranjeros ha dado paso a una inmunidad relativa”*. Y concluye que en los contratos económicos internacionales en los tiempos actuales resulta *“una práctica comercial generalizada”* el sometimiento a la ley y tribunales

extranjeros. La ley chilena fue pionera en la materia y durante muchos años la única existente en Latinoamérica.<sup>291</sup>

### 3.2.2. Facultad del Estado para someter sus disputas a arbitraje comercial internacional.

El artículo 1 del DL N° 2.349 señala: *“Declárense válidos 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.*

*Son 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 también las estipulaciones que se haya fijado o se fije domicilio especial y se haya designado o se designe mandatario en el extranjero para los efectos del contrato.”*

Se desprende de la norma recién citada que se faculta al Estado de Chile, sus organismos, instituciones o empresas a someterse a tribunales extranjeros incluyendo tribunales arbitrales. La sumisión a una jurisdicción extranjera o tribunales extranjeros corresponde a lo que en derecho interno constituye prórroga de la competencia. En materia estrictamente arbitral, las partes pueden pactar arbitraje institucional o un arbitraje ad-hoc, esto es, designar uno o más árbitros especiales en el respectivo contrato para el efecto o determinar la forma en que deberán ser designados, estableciendo el procedimiento al cual deberá someter la substanciación del proceso.

En cuanto a la designación de los árbitros, si se somete a un arbitraje institucional, el reglamento de arbitraje de la institución respectiva contendrá la forma de designar los

---

<sup>291</sup> IRRÁZABAL Covarrubias, Jaime, Julio Philippi Izquierdo, jurista, legislador..., ob. cit. pág.6.



árbitros y la manera en la que deberá instalarse el tribunal arbitral. En caso de elegir un arbitraje ad-hoc, las partes deberán determinar la forma de designar el o los árbitros llamados a resolver el litigio. En este caso, se recomienda que si son más de un árbitro el número de éstos sea impar, por lo general tres, de nacionalidades distintas a las de las partes, en el que cada parte podrá designar a uno y el tercero de común acuerdo, quien presidirá el tribunal, todo esto con el objeto de asegurar la imparcialidad del proceso.

Creemos que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso son válidos, ya que del tenor literal de la norma citada se desprende que las partes podrán establecer el mecanismo de arbitraje en el propio contrato y por tanto, será facultad de las mismas determinar si nombran en el mismo instrumento al o los árbitros que resolverán la eventual controversia o señalarán el mecanismo para la designación de ellos.

Se ha discutido intensamente la validez intrínseca del pacto de sumisión a una jurisdicción extranjera a la luz de lo dispuesto en el artículo 1462 del Código Civil, que señala que *“... hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el Derecho Público Chileno. Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula en cuanto al objeto.”*

La disputa se centra en la interpretación que debe dársele a dicha norma. La doctrina nacional se divide entre quienes opinan que dicho artículo les niega valor a los pactos de sumisión a una jurisdicción extranjera, y los que creen que ello o es efectivo. Para los primeros tal pacto sería nulo, toda vez que desconocería las normas de competencia y jurisdicción que el Código Orgánico de Tribunales da a los tribunales sobre las controversias judiciales de orden temporal, infringiendo el derecho público chileno.<sup>292</sup> Para la otra postura, lo que el artículo 1462 del Código Civil prohíbe es someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, en circunstancias que las jurisdicciones extranjeras estarían reconocidas por las leyes chilenas, lo que

---

<sup>292</sup> LEÓN Hurtado, Avelino. El Objeto en los Actos Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición. Santiago, Chile, 1983, pág. 46.

estaría demostrado por el hecho que el Código de Procedimiento Civil contiene normas relativas al cumplimiento de las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros.<sup>293</sup>

Respecto de la discusión antes señalada, es necesario señalar que nuestro país es signatario del Código de derecho Internacional Privado, el que aparte de aceptar la sumisión en su artículo 318, establece normas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en sus artículos 423 y siguientes. Se debe tener presente la reserva con que Chile lo aprobó, en virtud de la cual ante el derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código en caso de desacuerdo entre uno y otro.

También se sostiene que el Código de Procedimiento Civil habría derogado tácitamente la disposición que por vía netamente ejemplar se señala en el artículo 1462 del Código Civil.

Otro argumento, recogido expresamente entre los considerandos del DL 2.349 y que señalamos al principio de este capítulo, es que, en el hecho, antes de su dictación numerosos contratos, tanto de particulares como de empresas públicas contenían pactos de sumisión sin que su validez fuera discutida.<sup>294</sup>

En el caso particular del arbitraje se suma una razón de texto legal, toda vez que Chile ratificó, como señalamos anteriormente, la Convención de las Naciones Unidas de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, y la

---

<sup>293</sup> VIAL Del Río, Víctor, Teoría General del Acto Jurídico, 4ª edición. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 2000, pág. 122.

<sup>294</sup> Aún antes de la dictación del DL 2.349, era frecuente que en los contratos internacionales celebrados por el sector público, o por particulares a los cuales hubiere otorgado su garantía, se insertaran estipulaciones de dicha naturaleza. Así, tenemos como ejemplo el contrato internacional celebrado entre la Compañía de Aceros del Pacífico y un grupo de bancos extranjeros, el que en su párrafo 9.7 dispone: *"...El prestatario convienen en este acto que toda acción o procedimiento judicial relativo a este convenio o a los pagarés pueda presentarse ante los tribunales del Estado de Nueva York, o ante el tribunal de Distrito Sur de Nueva York, a elección de Bankers o los Bancos. Mediante la suscripción y entrega del presente convenio, el prestatario acepta en este acto, en lo que se refiere a toda acción o procedimiento judicial, por si y por sus bienes, en forma general e incondicional, la jurisdicción de los antedichos tribunales..."*. GÓMEZ Hurtado, Fernando; RAMÍREZ Herrera, Luz. Análisis del DL N° 2.349 y sus Fundamentos Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1994, pág. 144.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá), las que no dejan lugar a dudas respecto de la validez del pacto de sumisión a arbitraje internacional.<sup>295</sup>

Aún así, con la dictación del DL N° 2.349 la discusión respecto al valor del pacto de sumisión a una jurisdicción extranjera, sea ordinaria o arbitral, ha quedado superada, al menos en lo relativo a los contratos celebrados por el Estado, sus organismos, instituciones o empresas, toda vez que es la propia ley quien los autoriza, dando de esta manera aplicación a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

Con respecto a la discusión tradicional en torno a la interpretación del artículo 1462 del Código Civil, estamos a favor de la tesis que sostiene que éste no es un obstáculo a la validez de los pactos de sumisión jurisdiccional, puesto que el tenor literal de la norma es claro al prohibir sólo los pactos de sumisión a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, así como también porque dichos pactos presentan una clara conveniencia al facilitar el tráfico jurídico internacional, eliminando la incertidumbre propia de la aplicación de las reglas de conflicto del Derecho Internacional Privado.

Por último, ante la validez universalmente reconocida a este pacto, la actitud de quienes insisten en negarles valor por razones de una supuesta legalidad interna nos parece que constituye un nacionalismo jurídico carente de todo fundamento serio y que no se condice con las actuales características del sistema jurídico internacional.

---

<sup>295</sup> El artículo II, párrafo 1 de la Convención de Nueva York sostiene: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. Por su parte, la Convención de Panamá declara válido, en su artículo 1, el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudieran surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil.

### 3.2.2.1. Contratos internacionales celebrados por el Estado.

La capacidad que tiene el Estado para celebrar contratos de carácter internacional, al igual que sus organismos instituciones o empresas quedará determinada por la ley respectiva que faculte a cada uno de ellos a celebrar este tipo de contratos. Ahora bien, el DL N° 2.349 faculta al Estado, a sus organismos, instituciones o empresas a que en dicho contrato pacten una sumisión a una legislación extranjera y a una jurisdicción extranjera, sea esta ordinaria o arbitral. Sin embargo, no basta solo con que sea un contrato internacional, sino que deberá cumplir con los requisitos que el propio DL N° 2.349 consagra.

Antes de sumergirnos propiamente tal al estudio del DL N° 2.349 debemos tener en consideración que se entiende por contrato internacional. Sobre el concepto de contrato es un tema complejo en el que no existe consenso en la doctrina acerca de una definición ni de los elementos principales que lo caracterizan. La legislación chilena tampoco define lo que es un contrato internacional. Podemos definir lo que es un contrato internacional tomando en consideración lo establecido en el artículo 1 del DL N° 2.349, entendiendo este como un contrato en el que las partes tienen sus establecimientos en Estados distintos o que una de las partes, para el caso en específico, tenga el centro principal de sus negocios en el extranjero. Creemos que una definición más completa nos entrega la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, del cual Chile no es parte, que en su artículo 1 inciso 2 establece que se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado.<sup>296</sup>

Ahora bien, para que las estipulaciones que contempla el DL N° 2.349 puedan pactarse deben completarse los siguientes requisitos: 1) Que se trate de un contrato internacional, que ya hemos analizado; 2) Que en él participe el Estado, sus

---

<sup>296</sup> Para mayor profundización en la materia véase MEREMINSKAYA, Elina, Contratos internacionales e "internacionalización" de contratos nacionales. Anales de la Facultad de Derecho, Quinta época N°1. Universidad de Chile, Santiago, 2004.

organismos, instituciones o empresas; y 3) Que tengan un carácter económico financiero.

Con respecto al segundo requisito, nos lleva al tema de la contratación del Estado. Si bien, por regla general el Estado y la administración disponen de facultades de poder público para cumplir con sus fines, ello no descarta de su actividad jurídica fuera del ámbito de su autoridad. En tal sentido, se acostumbra a distinguir por la doctrina entre contratos de derecho común celebrados por el Estado y contratos administrativos. Los primeros se caracterizan porque la regulación de la formación del consentimiento, los efectos del contrato, su extinción y el contencioso a que dé lugar, se rigen por el derecho común, esto es, por el derecho aplicable a los particulares en sus relaciones contractuales. En los segundos, los aspectos recién señalados están regulados por normas especiales de derecho público, distintas a las de derecho común, puesto que en los contratos administrativos el Estado actúa como un ente de autoridad, ejecutando actos de autoridad y no como un particular más.

Con respecto al tercer requisito, esto es, que el contrato a celebrar tenga una finalidad económica o financiera, quiere decir que excluye de su ámbito de aplicación los actos de autoridad o "iure imperi", es decir, aquellos contratos celebrados con finalidad pública. Como ello plantea necesariamente el problema de determinar los criterios de distinción entre unos y otros, el legislador a optado por señalar expresamente que actos quedan comprendidos dentro de dicha categoría, enumerándolos en el artículo segundo del Decreto Supremo N°1.009 de 1978 del Ministerio de Hacienda. Estos son: Contratos de asistencia técnica; leasing con o sin opción de compra; fletamento a casco desnudo; suministro, compra o venta al exterior de materias primas, repuestos, equipos y bienes en general; operaciones a futuro en Bolsas de Extranjeras; maquilas u otras formas de transformación de materias primas; adquisición, uso o disposición de licencias, marcas, patentes y otras formas de propiedad industrial o intelectual; sociedad y otros que se traduzcan en aporte de capital a empresas o entidades extranjeras; almacenaje en aeropuertos o puertos marítimos o terrestres y otros negocios portuarios; como también sobre servicios personales que se presten en el extranjero.

### 3.2.2.1.1. Partes del contrato internacional del sector público.

Como sabemos, en todo contrato intervienen dos partes, en la que cada parte puede estar constituida por una o muchas personas, como lo establece el artículo 1438 del Código Civil. Tomando en consideración lo anterior, en los contratos internacionales intervienen dos partes. Una de las partes es el Estado de Chile o sus organismos, sus instituciones o empresas, que analizaremos más adelante. La otra parte está compuesta por un organismo, institución o empresa internacional o extranjera que tenga el centro principal de sus negocios en el extranjero.

En cuanto a la parte extranjera, el artículo 1 inciso 1 del DL N° 2.349 ya citado, no se refiere explícitamente a un Estado extranjero, ni a sus organismos, instituciones o empresas. Sin embargo, la ley no distingue y por tanto, creemos que puede tratarse de organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras públicas o privadas, siempre que tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero.

Entendemos como organismos, instituciones o empresas internacionales a aquellas que operan en diversos Estados, como por ejemplo el Banco Interamericano de Desarrollo. Organismos, instituciones o empresas extranjeras son aquellas entidades que tienen el centro principal de sus negocios en el extranjero y que no se han constituido con arreglo a las leyes chilenas.

El Código de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante), establece reglas para determinar la nacionalidad de las sociedades o empresas. Señala que las sociedades civiles, mercantiles o industriales que no sean anónimas, tendrán la nacionalidad que establezca el contrato social y, que en su caso, la del lugar donde radicare habitualmente su gerencia o dirección principal.<sup>297</sup> Con respecto a las sociedades anónimas prescribe que la nacionalidad se determinará por el contrato social y en su caso por la ley del lugar en que se reúna normalmente la junta general

---

<sup>297</sup> Artículo 18 del Código de Derecho Internacional Privado.

de accionistas y, en su defecto, por la ley del lugar en que radique su principal junta o consejo directivo o administrativo.<sup>298</sup>

No cabe duda que el criterio para determinar la nacionalidad de las sociedades o empresas crea uno de los puntos más debatidos en el área del derecho internacional privado, y donde se presentan muchas discrepancias entre los autores y legislaciones. Hoy en día la mayor parte de los grandes negocios están dirigidos o controlados por sociedades comerciales o industriales que tienen carácter internacional, cuyas actividades no están limitadas a las fronteras de un país determinado sino que las atraviesan, operando en varios países y en varios continentes.

Dado lo complejo que resulta determinar la nacionalidad de una sociedad o empresa, la doctrina ha tomado en consideración los distintos factores o elementos que las enraízan a un lugar o país determinado, elaborando al efecto siete teorías: 1) La que atiende a la voluntad de los fundadores; 2) La que opta por el país que interviene en la constitución de la sociedad; 3) La que se pronuncia por el lugar de constitución de la sociedad; 4) La que se inclina por el país de la suscripción del capital; 5) La que prefiere la nacionalidad de los socios; 6) La que se decide por el país de la sede o asiento social y; 7) La teoría ecléctica en cuya virtud los jueces deben apreciar y pesar los factores anteriormente relacionados en cada caso particular reconociéndoles facultades discrecionales para el efecto.<sup>299</sup>

Nuestra legislación no existen disposiciones que rijan esta materia. El único atisbo lo encontramos en el DL N° 486 de 2 de agosto de 1925, que creó el Banco Central, y que en su artículo 18 establece que para los efectos de dicha ley son bancos nacionales los establecidos en Chile en conformidad a las leyes del país y siempre que la mayoría de sus acciones sea poseída por chilenos. Con respecto a los bancos extranjeros dispone en el artículo 24 que para los efectos de dicha ley son bancos extranjeros los legalmente constituidos en el exterior, así como los legalmente

---

<sup>298</sup> Artículo 19 del Código de Derecho Internacional Privado.

<sup>299</sup> HESS Buchroithner, Alfredo; RENCORET Méndez, Jacqueline. Análisis Pormenorizado del DL N° 2.349 de 28 de octubre de 1978. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1985, pág. 38.

constituidos en Chile cuyo capital pertenezca en su mayor parte a personas naturales o jurídicas extranjeras.

Ahora bien, debemos definir o delimitar el sector público que comprende el DL N° 2.349 y que autoriza a aquel a celebrar contratos internacionales y a someterse a una legislación y jurisdicción extranjera. Lo anterior es importante, ya que aquellos organismos estatales no contemplados o excluidos por el texto legal, carecen de capacidad para celebrar dichos pactos.

La parte nacional, como ya hemos señalado, se encuentra señalada en el artículo 1 del DL N° 2.349, y comprende al Estado de Chile, a sus organismos, instituciones o empresas.

No existe ningún cuerpo legal que defina que debe entenderse por Estado. La doctrina clásica lo define como “la personificación jurídica de la nación” y existe consenso unánime que se trata de la persona jurídica de derecho público por antonomasia.

Como señalamos en el capítulo primero de nuestro trabajo, en virtud de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, el Estado y sus órganos se encuentran férreamente sujetos al principio de legalidad en todos los ámbitos de su actuación, deviniendo su capacidad para contratar de una serie de leyes que lo autorizan a ello en cada caso particular.<sup>300</sup> En tal sentido, las normas del DL N° 2.349 vienen a establecer el marco legal en la cual se desenvuelve dicha contratación respecto de los pactos específicos que regula.

En cuanto al concepto de organismos, instituciones o empresas del Estado, existen definiciones de carácter doctrinario que apuntan a determinar qué o cuáles caen dentro de este tipo de estructuras y que también analizamos en el capítulo primero en su apartado segundo. Sin embargo, el propio DL N° 2.349 optó por definir, para el efecto, cuáles son los organismos, instituciones o empresas del Estado. El artículo 3 de dicho cuerpo legal establece que lo son “... *todo servicio público, institución fiscal o*

---

<sup>300</sup> Ver supra págs. 22 y ss.



*semifiscal, centralizada o descentralizada, empresa del Estado y, en general, todo organismo autónomo creado por ley, asimismo, toda empresa, sociedad o entidad pública o privada en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones, centralizadas o descentralizadas, tengan aportes de capital, representación o participación superiores al 50% del capital social, aún cuando se exija norma expresa para aplicarles las disposiciones legales del sector público”.*<sup>301</sup>

La definición anterior es bastante amplia, ya que la última parte de la norma reconoce implícitamente de que determinadas empresas o sociedad no son genuinamente parte del sector público. Si lo comparamos con el artículo 2 inciso 2 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, al definir lo que es la administración del Estado es más restrictiva, puesto que para dicha norma está compuesta por “... los Ministerios, Intendencias, las Gobernaciones, y los órganos y servicios públicos, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, las Municipalidades, y las empresas públicas creadas por ley.”

También, el concepto elaborado por el DL N° 2.349 contrasta con el concepto de empresa pública elaborado por la jurisprudencia administrativa, que ha establecido que son tales “...los Servicios Públicos que tienen personalidad jurídica propia de Derecho Público Administrativo, patrimonio propio, formado por bienes que les pertenecen y recursos que administran por medio de un presupuesto por ellas elaborado y ejecutado, aunque aprobado por el Presidente de la República; personal regido por un Estatuto Administrativo propio, normalmente distinto para cada una de ellas; autonomía, es decir, independencia de gestión para administrar su patrimonio y adoptar las decisiones que correspondan dentro de su competencia, relacionándose con el Presidente de la República a través del respectivo Ministerio, por un vínculo de

---

<sup>301</sup> En este sentido estarían incluidas variadas instituciones, como por ejemplo el Banco Central de Chile, el Banco Estado, la Corporación de Fomento de la Producción, la Corporación de la Vivienda, la Empresa Nacional de Petróleo, la Empresa de Ferrocarriles del Estado, la Universidad de Chile, Metro de Santiago, entre otras.

*supervigilancia o tutela, que actúan en las fases de producción y distribución en el proceso económico, realizando, jurídicamente, actos de comercio.*<sup>302</sup>

En consecuencia, como podemos apreciar el ámbito de aplicación personal del DL N° 2.349 va más allá del sector público propiamente tal.

La norma del artículo 3 del DL N° 2.349 debe complementarse con las del número 3 del Decreto Supremo N°1.009 de 13 de diciembre de 1978 que dispone: “*Las autorizaciones otorgadas en el artículo primero... comprenden asimismo los contratos de créditos que celebren las siguientes instituciones...*”, y acto seguido procede a enumerar una serie de instituciones, como la Corporación Nacional del Cobre, la Universidad de Chile, Corporación de Fomento de la Producción y empresas filiales, Casa de Moneda Chile S.A., etc., muchas del las cuales no encajan en la Ley N° 18.575, pero si en la norma del artículo 3 del DL N° 2.349.

#### 3.2.2.1.2. Cláusulas relevantes del contrato internacional del sector público.

Es importante señalar que los contratos internacionales del sector público quedan comprendidos dentro de la esfera normativa del Código de Derecho Internacional Privado, pero sólo en lo que no contravenga a la legislación interna chilena. No ahondaremos más con respecto al Código de Bustamante, dado que no es materia de nuestro estudio.

En los contratos internacionales del sector público, cualesquiera que sean, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico financiero, se plantea, respecto de ellos, y a la luz del derecho internacional privado, la misma problemática que en los contratos celebrados entre particulares. Por tanto, cabe determinar cuál es la legislación a que quedan sometidos dichos contratos y cuáles son los tribunales competentes para conocer de las controversias derivadas de los mismos contratos.

---

<sup>302</sup> Dictamen N°16.974/1970 de la Contraloría General de la República.

De ahí, que dos de las cláusulas más importantes de dichos contratos sean las relativas a la sumisión al derecho extranjero y a la sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros, sean estos ordinarios o arbitrales. En virtud de estas cláusulas se determina la legislación aplicable al contrato y el tribunal competente para conocer los litigios que suscite el mismo contrato, lo que lleva implícito la renuncia a la inmunidad de jurisdicción.

Una vez pronunciada la sentencia es indispensable tener presente que la inmunidad de ejecución de que gozan el Estado y los organismos del sector público se opone a su cumplimiento, de suerte que es preciso remover el referido obstáculo que entraba los contratos de este sector. Al respecto, el artículo 2 del DL 2.349, faculta al Estado de Chile y a sus organismos, instituciones o empresas para renunciar a la inmunidad de ejecución en los contratos materia de este estudio. No cabe duda que esta es la tercera cláusula de mayor relevancia en los contratos internacionales del sector público.

Tampoco ha escapado del criterio del legislador la necesidad de facilitar la celebración de estos contratos mediante cláusulas que permitan expeditamente la constitución de la relación jurídica procesal. Es así, como en el artículo 1 inciso 2 del DL 2.349 declara válida las siguientes estipulaciones: a) Las que hayan fijado o fijen domicilio especial para los efectos del contrato; y b) Las que hayan designado o designen mandatario en el extranjero para los mismos efectos.

Con estas cláusulas se establece dónde y a quién debe notificarse para todo lo relativo al emplazamiento y a la consiguiente constitución de la relación jurídica procesal.

Cabe destacar que la cláusula de sumisión al derecho extranjero es la única que puede situarse en el ámbito del derecho civil y del derecho mercantil internacional, puesto que su objeto es determinar la legislación aplicable al contrato. Estipulado el derecho material o sustantivo aplicable al contrato impide que se genere un eventual conflicto de leyes, puesto que quedan preestablecidas las normas las cuales está sometido.

El resto de las cláusulas, esto es, sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros, renuncia a la inmunidad de ejecución, fijación de domicilio especial y designación de mandatario en el extranjero para los efectos del contrato, se enmarcan dentro del derecho procesal internacional, ya que miran al tribunal competente, al cumplimiento de la sentencia y a la constitución jurídica procesal.

En definitiva, creemos que las cláusulas que hemos mencionado constituyen las más relevantes del contrato internacional del sector público amparados por el DL N° 2.349. Más adelante estudiaremos detenidamente cada una de ellas a excepción de aquella relativa al domicilio especial para los efectos de las notificaciones y la que señala mandatario especial para los efectos de la representación.

#### 3.2.2.2. El Estado como parte en el arbitraje comercial internacional.

Hemos señalado reiteradas veces durante el curso de nuestro trabajo, que cuando hablamos del Estado como parte en el arbitraje, nos referimos también a sus órganos e instituciones. Específicamente del arbitraje comercial internacional, hemos señalado también que el DL N° 2.349 se refiere al Estado como parte del arbitraje agregando específicamente a sus organismos, instituciones o empresas.

Ya tenemos claro respecto de los contratos internacionales celebrados por el sector público amparados por el DL. N° 2.349, a qué tipo de contratos se refiere, quienes son las partes del mismo y las cláusulas más relevantes. Por tanto, podremos de esta manera dilucidar qué organismo está facultado, tomando en consideración el principio de legalidad, para celebrar este tipo de contratos, específicamente qué contrato y a qué está autorizado pactar en dicho contrato.

Un ejemplo de lo anterior sería el siguiente: la Corporación Nacional del Cobre (empresa pública), celebra un contrato de compraventa de materias primas (contrato de naturaleza económico o financiero), con General Electric Company (empresa internacional), y pactan en dicho contrato que se aplicará al mismo, en lo sustancial, la

legislación del Estado de Nueva York (sumisión a una legislación extranjera), y que en caso de una eventual controversia derivada del contrato, será resuelta por medio de arbitraje bajo las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje (sumisión a una jurisdicción extranjera).

Dentro de las facultades conferidas al Estado, sus organismos, instituciones o empresas, como ya hemos señalado, incluso en nuestro ejemplo, se encuentra la de pactar someterse a una legislación extranjera, como también una jurisdicción extranjera, ya sea ordinaria o arbitral. Esto es lo que en doctrina se denomina pacto de sumisión, que pasaremos a estudiar a continuación.

#### 3.2.2.2.1. Pacto de Sumisión.

La sumisión es una manifestación de voluntad en cuya virtud las partes determinan el derecho aplicable a sus contratos o relaciones jurídicas, o el tribunal competente para conocer de los litigios a que ellos dieren lugar.

En cuanto a su objeto, la sumisión puede ser clasificada en legislativa y judicial. En la primera las partes determinan el derecho material aplicable, que puede ser extranjero o no, a sus contratos; en la segunda determinan el tribunal competente para conocer de las controversias que entre ellas puedan suscitarse, tribunal que puede ser extranjero o no. Debemos tener claro que la sumisión a derecho extranjero no implica la sumisión a la jurisdicción tribunales extranjeros, ya que en el caso de la primera las partes sólo se limitan a determinar el derecho material aplicable a la relación jurídica, de tal modo que si de esta relación surge alguna diferencia, y no se ha señalado expresamente la jurisdicción competente para conocer del asunto, se deberá establecer conforme a los principios generales del Derecho Internacional Privado, cuál será el tribunal competente para conocer del asunto. De manera inversa, la estipulación de la competencia exclusiva de un determinado tribunal podría interpretarse también como sumisión al derecho material vigente en él.

En derecho interno, la doctrina enmarca a la sumisión dentro del ámbito de la competencia judicial o por lo que conocemos como prórroga de la competencia. En este sentido la sumisión sería la facultad que tienen las partes para determinar en materia internacional el tribunal competente para resolver sus diferencias.

En atención a su forma, tanto la sumisión legislativa como la judicial pueden sub clasificarse en expresa o tácita. Sumisión expresa es la que se formula en términos formales y explícitos. Sumisión tácita es la que se colige de las circunstancias, como por ejemplo cuando se conviene un solo lugar de cumplimiento para las dos partes, o cuando se refieren a determinados párrafos de un código y es manifiesto que con ello no se aspira regular de un modo especial cuestiones parciales, o cuando el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda y el demandado con el hecho de practicar, después de personado en el juicio, cualquier trámite que no sea proponer en forma la declinatoria.

A continuación analizaremos las dos formas de sumisión que el DL N° 2.349 autoriza en su artículo 1, la sumisión al derecho extranjero y la sumisión a tribunales (arbitrales) extranjeros.

- a) Sumisión al derecho extranjero: El artículo 1 inciso 1 del DL N° 2.349 consagra categóricamente la validez de la sumisión al derecho extranjero al señalar que se declaran válidos *“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.”*

De esta disposición se desprende inequívocamente que los contratos internacionales del sector público pueden someterse a derecho extranjero.

Para que opere la sumisión prevista en la norma, es necesario que concurren las siguientes condiciones: 1) Que se trate de contratos internacionales cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter

económico o financiero; 2) Que los contratos se celebren por organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras; y 3) Que los organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras tengan el centro principal de sus negocios en el extranjero.

Se considera que la sumisión al derecho extranjero, esto es, la determinación del derecho sustancial aplicable al contrato, no es sino una de las tantas expresiones de la autonomía de la voluntad. Creemos que esto es real cuando las dos partes del contrato son entes de carácter privado y no público. Si bien, en el marco del DL N° 2.349 el Estado o sus organismos, instituciones o empresas, actúan como particulares y no como entes de autoridad, siéndoles aplicable el derecho común, todas las facultades que el Estado y sus organismos, instituciones o empresas les son propias, están determinadas o asignadas por el ley en virtud del principio de legalidad que les rige y que se encuentra consagrado en el texto constitucional. En los contratos internacionales del sector público no operaría la autonomía de la voluntad y si lo hace sería solamente de manera parcial, ya que el Estado y sus organismos deben actuar siempre dentro de la esfera de su competencia, la que debe ser determinada estrictamente por ley.

El artículo 4 del N° DL 2.349 establece las condiciones en que debe efectuarse la sumisión a un derecho extranjero. El referido artículo exige la autorización del Presidente de la República, dada mediante decreto del Ministerio de Hacienda. Se exceptúan de dicha autorización el Banco Central y el Banco Estado.

- b) Sumisión a tribunales (arbitrales) extranjeros: El artículo 1 inciso 2 del DL N° 2.349 establece la validez a esta sumisión al declarar que *“son 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...”*.

De la norma transcrita se afirma claramente que el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas están plenamente facultados para pactar la sumisión a tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales previstos

en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el respectivo contrato. Cuando la norma del artículo 1 inciso 2 del DL N° 2.349 habla de tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos, se refiere a lo que conocemos como arbitraje institucional, como por ejemplo el de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), o el de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI), que poseen sus propias reglas de arbitraje. Cuando se refiere a mecanismos de arbitraje establecido en el respectivo contrato, está hablando de lo que conocemos como arbitraje ad-hoc, en el que podrá señalar sus propias normas de procedimiento o señalar que el juicio arbitral se desarrollará bajo las normas de un determinado reglamento preestablecido, como por ejemplo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL. De esta manera se faculta al Estado o a sus organismos, instituciones o empresas a pactar cualquiera de estos dos tipos de arbitraje a fin de resolver una eventual controversia que pudiera surgir del contrato internacional.

Para despejar toda duda respecto de la validez de someter una controversia a un tribunal arbitral extranjero, el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil sostiene que *“el procedimiento y los efectos regulados en los artículos anteriores<sup>303</sup>, se aplicarán a los Estados contratantes a las sentencias dictadas en cualquiera de ellos por árbitros o amigables componedores siempre que el asunto que las motiva pueda ser objeto de compromiso conforme a la legislación del país en que la ejecución se solicite”*. Criterio similar es el que consagra el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil al señalar que *“las reglas de los artículos precedentes son aplicables a las resoluciones expedidas por jueces árbitros. En este caso se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo”*. Este precepto está ubicado en el párrafo que trata a las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros para los efectos de su ejecución en Chile. No está demás reiterar que nuestro país es parte de la Convención de las Naciones Unidas de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, y la

---

<sup>303</sup> Aquellos artículos regulan la ejecución de las sentencias dictadas en materia civil por tribunales extranjeros.



Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá).

Al igual que la sumisión a un derecho extranjero, la sumisión a tribunales extranjeros (incluyendo los tribunales arbitrales extranjeros), requiere de una autorización para llevarse a cabo, conforme a lo establecido en el artículo 4 del DL N° 2.349. Dicha autorización debe provenir del Presidente de la República mediante decreto del Ministerio de Hacienda. Dicha autorización como se desprende del mismo artículo, puede ser general o particular. Es general cuando se autoriza a determinados organismos, instituciones o empresas del Estado de pactar la cláusula de sumisión en estudio en los contratos que celebren, por ejemplo a Metro de Santiago S.A. Es particular cuando la autorización se concede para alguna clase de contratos, por ejemplo el contrato que se celebre entre Metro de Santiago S.A. y ALSTOM Société Anonyme. La autorización no puede concederse por un plazo superior a un año, pero puede renovarse.

La autorización, que se aplica en el mismo sentido para pactar sumisión a derecho extranjero, tiene por objeto ejercer un estricto control sobre los contratos u operaciones que puedan comprometer el erario público.

El inciso final del artículo 4 del DL N° 2.349 establece que la autorización que el mismo establece no excluye otras necesarias en razón de la naturaleza del contrato de que se trate.

Se excluyen de la autorización al Banco Central y al Banco Estado.

Cabe señalar que el artículo 1 inciso 3 del DL N° 2.349 establece que la sumisión al derecho extranjero y a la jurisdicción de tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales, igualmente es aplicable a los actos y contratos por los cuales el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas hayan otorgado u otorguen en cualquier forma, su garantía a terceros, entendiendo a éstos como particulares o sector privado, en contratos de carácter económico o financiero.

Debemos destacar que el artículo 1 inciso final del DL N° 2.349 establece que en virtud de del sometimiento a la jurisdicción de un tribunal extranjero, cesará el derecho a invocar la inmunidad de jurisdicción, a menos de estipulación

expresa en contrario. Es llamativo que el DL N° 2.349 no consagre la renuncia a la inmunidad de jurisdicción como un pacto autónomo, como generalmente se realiza en la práctica contractual, entendiéndola implícita en el hecho de someterse a una jurisdicción extranjera. La inmunidad de jurisdicción constituye un principio de Derecho Internacional, específicamente, a nuestro parecer, de Derecho Internacional Público, en el que se reconoce que las naciones soberanas ni sus gobiernos están sometidos a la jurisdicción de otros países. Con la dictación del DL N° 2.349 la inmunidad de jurisdicción no sería absoluta, al menos en el tipo de operaciones que ahí consagra y con un Estado que actúa bajo el amparo del derecho internacional privado, pues constituye el derecho común en esta materia.

Respecto de la norma que consagra la inmunidad de jurisdicción es de interés determinar por qué el legislador introdujo la expresión “... *a menos de estipulación expresa en contrario*”. Se ha sostenido que dicha mención sería redundante, pues si el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas se someten a la jurisdicción de un tribunal extranjero sea arbitral o no, ello implica que se allanan a que las diferencias surgidas de sus contratos sean conocidas y juzgadas por dicho tribunal, no siendo serio ni formal que habiéndose sometido a la jurisdicción de un tribunal extranjero, invocara posteriormente la inmunidad de jurisdicción. Al estar implícita la renuncia a la inmunidad de jurisdicción en la sumisión de una jurisdicción extranjera, la última parte de la norma carecería de sentido.<sup>304</sup> Tal vez, dicha opinión no sea del todo asertiva, ya que nada impide que el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas por razones de conveniencia limiten expresamente la renuncia a la inmunidad de jurisdicción respecto de bienes determinados. Como veremos a continuación el DL N° 2.349 prohíbe la renuncia a la inmunidad de ejecución respecto de determinados bienes, entendiéndose tácitamente que si es procedente respecto de la inmunidad de jurisdicción. En definitiva, no conlleva nada fuera de lo común que por razones de conveniencia nacional, el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas opten por limitar

---

<sup>304</sup> HESS Buchroitner, Alfredo; RENCORET Méndez, Jacqueline, ob, cit. pág 108.

los efectos de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción expresamente respecto de bienes considerados relevantes.

#### 3.2.2.2.2. Renuncia a la inmunidad de ejecución.

El artículo 2 del DL N° 2.349 prescribe *“que el Estado de Chile y sus organismos, instituciones o empresas, podrán renunciar a la inmunidad de ejecución en los contratos referidos en el artículo anterior. Con todo, tal renuncia se entenderá limitada al cumplimiento de sentencias recaídas en litigios derivados del contrato específico en que ella se haya convenido. Tratándose de organismos, instituciones y empresas con personalidad jurídica distinta a la del Estado, la renuncia afectará exclusivamente los bienes del dominio de la entidad contratante.*

*La renuncia pactada en los contratos a que se refiere este artículo, celebrados con anterioridad a la vigencia de este decreto ley, se entenderá válida con las mismas limitaciones señaladas en el inciso anterior”.*

Podemos definir la inmunidad de ejecución como un “privilegio” del que gozan los Estados en virtud del cual las sentencias que los afecten no pueden ser cumplidas o ejecutadas por los tribunales de ningún otro Estado.

La inmunidad de ejecución vendría siendo una consecuencia de la inmunidad de jurisdicción, puesto que si un Estado no puede ser sometido a un tribunal extranjero o de otro Estado, menos podría cumplir las sentencias que lo afecten.

En atención a lo establecido en el precepto citado, el Estado de Chile y sus organismos, instituciones o empresas pueden renunciar a la inmunidad de ejecución respecto de los contratos que regula el propio DL N° 2.349.

Se ha considerado que si el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas se han sometido a la jurisdicción de tribunales extranjeros, la renuncia a la inmunidad de ejecución parece superflua, porque no tendría sentido someterse a la

jurisdicción de tribunales extranjeros si en definitiva no se van a poder cumplir las sentencias. También se ha expuesto que autorizada la sumisión a tribunales extranjeros queda subentendida la renuncia a la inmunidad de ejecución, ya que si no se entiende la inmunidad de ejecución resultaría virtualmente ilusoria la sumisión a un tribunal extranjero. Creemos que estas aseveraciones son parcialmente asertivas. Estamos de acuerdo que sería bastante poco práctico someter al Estado o sus organismos, instituciones o empresas a tribunales extranjeros, incluyendo tribunales arbitrales, y no poder ejecutar una sentencia eventualmente condenatoria en contra de éste. Además, existen limitaciones a la renuncia de la inmunidad de ejecución, por tanto, es el propio DL N° 2.349 el que salvaguarda los intereses de la nación, señalando expresamente sobre cuales bienes recaerá la ejecución, sumado a la prohibición de celebrar contratos respecto de determinados bienes, limitaciones que estudiaremos más adelante. En cuanto a la segunda aseveración, creemos que no es del todo cierta, puesto que el DL N° 2.349 no establece expresamente que al renunciar a la inmunidad de jurisdicción se subentiende renunciada la inmunidad de ejecución. A diferencia de la renuncia a la inmunidad de jurisdicción que sería tácita al momento de someterse a una jurisdicción extranjera, ya sea arbitral u ordinaria, la renuncia a la inmunidad de ejecución debe ser expresa. Aunque el artículo 2 del DL N° 2.349 señala que *“podrán renunciar”*, siendo facultativo para el Estado, sus organismos, instituciones o empresas hacerlo, el sindicarlo expresamente en el contrato respectivo, daría mayor certeza y seguridad a la contraparte en caso de un eventual incumplimiento contractual.

La renuncia a la inmunidad de ejecución está sujeta a limitaciones, las que están señaladas en el artículo 2 del DL N° 2.349 que ya hemos transcrito. La primera limitación consiste en que la renuncia se entiende limitada al cumplimiento de sentencias recaídas en litigios derivados del contrato específico en que ella se ha convenido. La segunda establece que tratándose de organismos, instituciones y empresas con personalidad jurídica distinta a la del Estado, la renuncia afecta exclusivamente los bienes del dominio de la entidad contratante.

Estas limitaciones son bastantes lógicas. Es claro que la renuncia sólo puede referirse a sentencias recaídas en litigios derivados del contrato específico en que ella se haya convenido y no a otras sentencias. Es claro también, que la renuncia a la inmunidad de ejecución sólo puede afectar los bienes del dominio de la entidad contratante y no otros bienes.

La renuncia a la inmunidad de ejecución está supeditada al cumplimiento del requisito establecido en el artículo 4 del DL N° 2.349, esto es, debe contar con la autorización del Presidente de la República, dada mediante decreto del Ministerio de Hacienda.

#### 3.2.2.3. Excepciones.

Existen contratos en los cuales no pueden pactarse las estipulaciones señaladas en los artículos 1 y 2 del DL N° 2.349. Estas cláusulas o estipulaciones que son válidas en los contratos internacionales del sector público, y que ya hemos estudiado, a excepción de aquellas que están fuera de la esfera de nuestro trabajo son: 1) La sumisión a tribunales extranjeros; 2) La sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros; 3) La sumisión a tribunales arbitrales previstos en mecanismos de arbitraje preestablecidos o en el mismo contrato; 4) La fijación de domicilio especial para los efectos del contrato; 5) La designación de mandatario en el extranjero para los mismos efectos; y 4) La renuncia a la inmunidad de ejecución.

El artículo 7 del DL N° 2.349 establece que las cláusulas o estipulaciones que hemos señalado en el párrafo anterior no pueden pactarse en los contratos que la misma norma señala.

Dicho artículo expresa que *“las estipulaciones contenidas en los artículos 1º y 2º no podrán pactarse en los contratos que se celebren en conformidad al decreto ley número 600 de 13 de Julio de 1974, y sus modificaciones.*

*Asimismo, no procederán en los contratos que se celebren sobre concesiones de bienes fiscales, ni en 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 diferendos que de ellos deriven deban ser sometidos a la ley chilena o a tribunales nacionales”.*

Primeramente la citada norma excluye de las estipulaciones contenidas en los artículos 1 y 2 a los contratos que se celebren en conformidad al DL N° 600, de 13 de julio de 1974, y sus modificaciones. Actualmente el DL N° 600 se encuentra en proceso de derogación a raíz de la reforma tributaria que se está discutiendo actualmente en el congreso durante el periodo 2014-2015.

Tampoco son procedentes dichas estipulaciones en los contratos que se celebren sobre concesiones de bienes de uso público o de bienes fiscales. El artículo 589 del Código Civil establece que *“se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales”.*

La improcedencia de las estipulaciones en estudio en los contratos que se celebren sobre concesiones de uso público o de bienes fiscales, tiene por objeto preservar el patrimonio de la nación toda.

Por último, las cláusulas o estipulaciones que autorizan los artículos 1 y 2 del DL N° 2.349 son igualmente improcedentes en los actos y 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 una legislación extranjera o a un tribunal, sea arbitral u ordinario, extranjero o disponga que los diferendos que de ellos deriven deban ser sometidos a la ley o a tribunales chilenos.

Aunque en esta parte el artículo 7 del DL N° 2.349 parece referirse exclusivamente a las cláusulas de sumisión al derecho extranjero y de sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros, sean arbitrales u ordinarios, es necesario concluir que la norma es extensiva a todas las cláusulas que han sido estudiadas o señaladas, ya que si no existe sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros, como lo establece la norma, carecen de objeto y sentido la designación de mandatario en el extranjero, la fijación de domicilio especial y la renuncia a la inmunidad de ejecución.

### 3.3. ANÁLISIS LEY N°19.971, EN CUANTO EL ESTADO REALICE EL ARBITRAJE EN CHILE.

#### 3.3.1. Antecedentes históricos y aspectos generales.

La Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, fue promulgada el 10 de septiembre de 2004 y publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre del mismo año. En el ordenamiento jurídico chileno no se encontraba regulado el arbitraje comercial internacional hasta la fecha de la dictación de esta ley, por lo que anterior a ella debían aplicarse las mismas normas existentes para el arbitraje nacional, las cuales evidentemente eran inadecuadas para los conflictos internacionales cuando el arbitraje se llevaba a cabo en Chile.

El proyecto en el cual se basa la Ley N°19.971 fue presentado a tramitación por el Presidente de la República de la época don Ricardo Lagos Escobar, siendo parte de una iniciativa conjunta del Colegio de Abogados, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, y del Centro de Arbitraje y mediación de la Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio.

Las instituciones precedentemente señaladas propusieron por medio de este proyecto un modelo legal fundado en lo dispuesto por la Ley Modelo de la UNCITRAL, respecto de la cual se habrían introducido unas pequeñas modificaciones.

De esta manera, la nueva ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional incorpora a Chile al círculo de países que han adoptado en su ordenamiento interno la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985, respondiendo de esta forma a la tendencia moderna de armonización del arbitraje comercial internacional.

Si bien, existen pequeñas modificaciones a la Ley Modelo, la Ley chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, de acuerdo con el objetivo de uniformidad internacional en la regulación del arbitraje, no se separa, en general, de lo previsto en dicha Ley Modelo. Los países del “common law” fueron los primeros en hacer suya la Ley Modelo, pero actualmente tanto esos países como los países del “civil law”, han adoptado la Ley Modelo en un número parecido, lo que es destacable, ya que contiene diversos principios que corresponden más al sistema arbitral del “civil law” que al del “common law”.<sup>305</sup>

No cabe duda que el adoptar la Ley Modelo ha contribuido a dar una imagen de seriedad y confianza de Chile ante la comunidad jurídica y empresarial internacional, ya que otorga seguridad jurídica para inversionistas y contrapartes extranjeras, además de fomentar las transacciones internacionales y la inversión extranjera. Por otro lado, crea un régimen jurídico aplicable a la resolución de controversias internacionales que se producen entre particulares en el marco del Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea y el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos de América, y genera confianza para que Chile sea sede de arbitrajes comerciales internacionales subsanando las deficiencias existentes anteriormente, contribuyendo a la proliferación y perfeccionamiento de los servicios de arbitraje comercial internacional ofrecidos por las entidades arbitrales chilenas. Por último, permite que las pequeñas y medianas empresas chilenas, que celebran contratos con contrapartes extranjeras, puedan recurrir al arbitraje internacional en Chile.<sup>306</sup>

---

<sup>305</sup> FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo. La Nueva Ley Chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional. XLI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados. Postulación premio al mejor trabajo. Santiago, Chile, mayo de 2005, pág. 7.

<sup>306</sup> URREJOLA Monckeberg, Sergio. Chile debe contar con una Ley de Arbitraje Internacional. En: Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, N°6, Santiago, Chile, septiembre de 2004., págs. 109 y ss.



Los principales aspectos recogidos en la Ley N°19.971 se resumen en que establece un régimen especial para el arbitraje comercial internacional; delimita su objeto y ámbito de aplicación(artículo 1); define conceptos básicos de la materia y establece normas de interpretación (artículo 2); regula la autonomía de la voluntad de las partes y sus limitaciones; reglamenta el acuerdo de arbitraje o convenio arbitral (artículos 7,8 y 9); establece como debe estar compuesto el tribunal arbitral (artículos 10 al 15); estatuye la forma de nombramiento de los árbitros, las causas y el procedimiento de recusación de los mismos; señala la ley aplicable al arbitraje; aborda el tema de la competencia del tribunal arbitral (artículo 16); regula las medidas cautelares (artículo 17); indica el lugar en que debe ser desarrollado el arbitraje, como también el idioma en que debe llevarse a cabo (artículos 20 y 22); regula específicamente la demanda, la contestación, las audiencias y presentaciones por escrito (artículos 23 y 24); reglamenta la dictación de la sentencia arbitral (artículos 28 a 33); indica el recurso de nulidad como método de impugnación al laudo (artículo 34); y estatuye el régimen de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (artículos 35 y 36).<sup>307</sup>

### 3.3.2. Arbitraje comercial internacional del Estado como parte con sede en Chile.

Hemos ya estudiado que el Estado o sus organismos, instituciones o empresas están facultados para someter las diferencias que surjan de los contratos internacionales, amparados bajo el DL N° 2.349, a arbitraje comercial internacional. Sin embargo, la norma expresa que dicha facultad está entregada para someterse a jurisdicciones extranjeras, incluyendo en estas a tribunales arbitrales internacionales; nada dice respecto de si el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas están facultados para someter a arbitraje internacional las diferencias que surjan de contratos internacionales amparados por la norma en su propio país. Nos queda entonces preguntarnos si el Estado o sus organismos, instituciones o empresas pueden someter sus diferencias al método de solución de controversias que estamos estudiando, esto es, a arbitraje comercial internacional, dentro del propio Estado. Luego de dilucidar esta pregunta, nos queda la interrogante de saber cuál será la normativa aplicable al

---

<sup>307</sup>SANDOVAL López, Ricardo, Régimen Jurídico..., ob. cit. págs. 103 y ss.

contrato internacional, esto es, al fondo del asunto, como al procedimiento arbitral en caso de un eventual litigio.

Es axiomático que tanto el Estado de Chile como sus organismos están sujetos a la jurisdicción de los tribunales estatales. Pero como ya hemos estudiado en varias ocasiones existe una prohibición de carácter general en que el Estado y sus organismos no están facultados para pactar arbitraje, salvo por medio de autorización legal, en aplicación del principio de legalidad a que están sujetos los actos del Estado, consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, y que hemos analizado detalladamente en el Capítulo 1 de nuestro trabajo al referirnos a la participación de del Estado como parte en el arbitraje nacional.<sup>308</sup>

A raíz de lo anterior, es menester examinar si el DL N° 2.349 autorizaría al Estado o a sus organismos, instituciones o empresas a pactar arbitraje internacional con sede en Chile. Si el Estado o sus organismos, instituciones o empresas están facultados o no para celebrar contratos internacionales cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero (contratos eminentemente comerciales)<sup>309</sup>, estará determinado por la ley que regula específicamente cada institución u organismo estatal. Una vez despejada la duda de si determinado organismo o institución estatal está facultada para celebrar ese tipo de contratos, sabremos que al estar amparados por el DL N° 2.349, podrán pactar arbitraje internacional que dirima una eventual controversia derivada de esos contratos, pero

---

<sup>308</sup> Dictámen 2938/85 de la Contraloría General de la República: *“El convenio de préstamo acordado entre dirección de metro y banco nacional de parís y banco paribas, para financiar componente importada del proyecto extensión línea núm./2 del metro, y parte de los gastos locales, se fundamenta en dl 257/74 art/2, que faculta al director de ese servicio para suscribir ad-referéndum en nombre del fisco chileno, dirección general de metro, los convenios de créditos internos y externos para el financiamiento de sus obras, norma que satisface exigencia de una ley que autorice para contratar empréstitos prevista en constitución pol art/60 num/7. Asimismo, con dto 965/84 hacienda, se da cumplimiento a dl 1263/75 art/44, y al disponerse que los documentos sean firmados por tesorero general y refrendados por contralor se cumplen art/45 y art/46 de ese dl. estipulaciones que entregan conocimiento de asuntos derivados de la aplicación de estos contratos a tribunales extranjeros y al derecho extranjero, así como la renuncia a la inmunidad de ejecución, al señalamiento de domicilio y a la designación de mandatarios en el extranjero, se ajustan a dl 2349/78 art/4 núm./1, sin que obste el tratarse de; tribunales arbitrales, puesto que autorización del dl 2349 puede referirse tanto a un tribunal ordinario como especial, y si bien no hay norma expresa que autorice al metro para ello, tampoco existe alguna que lo prohíba, por lo que puede entenderse permisiva la disposición del art/4 citado en relación con art/7 del dl 2349/78”.*

<sup>309</sup> Ver supra págs. 157 y ss.

aún no tenemos claro si el arbitraje pactado podrá llevarse a cabo en Chile, ya que la norma expresa que podrán ser sometidas aquellas diferencias a arbitraje internacional de jurisdicciones extranjeras.

El considerando N° 1 del DL N° 2.349 señala *“que constituye una práctica generalizada, cuya aplicación alcanza a nuestro país, que en los en 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 sus 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...”*.

Por su parte, el considerando N°3 del DL N°2.349 establece *“que 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 ámbito de aplicación de tales estipulaciones y sus efectos. Asimismo, se hace necesario modificar algunas normas existentes, a fin de armonizarlas con dicha regulación”*.

Se desprende claramente de ambos considerandos, que anterior a la dictación del DL N° 2.349 de 1978 el Estado o sus organismos, instituciones y empresas ya celebraban este tipo de contratos y él pactaban sumisión a una legislación extranjera y a una jurisdicción extranjera, pudiendo ser esta arbitral, pero que dicha práctica no se encontraba regulada de manera general. Se desprende también que la motivación principal y fundamental de la creación de una normativa que regulara expresamente esta materia, concretándose con la dictación del DL N° 2.349, fue el facilitar al Estado o a sus organismos, instituciones y empresas la celebración de este tipo de contratos permitiéndole en aquellos estipular someterse a una legislación extranjero y a una jurisdicción extranjera; y a su vez fomentar tales prácticas. Sin duda, y como ya lo

hemos señalado anteriormente, el DL N° 2.349 fue precursor en esta materia en nuestra región y modernizó nuestra legislación, teniendo en consideración los cambios de la política económica de la época y el incremento del comercio internacional, siendo los Estados o sus organismos, instituciones y empresas actores principales de aquel incremento, sobre todo de aquellos más industrializados y aquellos exportadores de materias primas como el nuestro.

De esta manera, los privados o particulares extranjeros tendrían una actitud más proclive y con menos aversión a celebrar contratos con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas, principalmente porque les otorgaría mayor seguridad jurídica el sustraer el conocimiento de las controversias, que pudieran derivarse de esos contratos, de los tribunales estatales quienes aparentemente se podrían inclinar a favor del Estado a la hora de fallar. Se debe tener además en consideración la poca estabilidad política, social y económica propia de los países latinoamericanos. Chile, sin embargo, consta de buena reputación en el extranjero, lo que permitiría una mayor confianza, no solo para celebrar contratos internacionales con él, sino que para ser sede de un arbitraje comercial internacional teniendo al Estado como parte del mismo.

Bajo toda aquella lógica que hemos desarrollado en los párrafos precedentes, creemos que el Estado o sus organismos, instituciones y empresas están facultados para someter a arbitraje con sede Chile las diferencias que surjan de contratos internacionales amparados en el DL N° 2.349. Si entendemos que la norma recién citada autoriza al Estado de Chile o a sus organismos, instituciones o empresas a someterse a arbitraje internacional fuera de nuestras fronteras e incluso pactar una legislación extranjera que regule sus relaciones, a fin de facilitar y fomentar la celebración de contratos internacionales con característica eminentemente comerciales, estarían autorizados para pactar arbitraje internacional con sede en su propio país, a fin de resolver las controversias derivadas de esos contratos.

Ahora bien, si entendemos que el Estado o sus organismos, instituciones o empresas pueden pactar arbitraje comercial internacional con sede en Chile, debemos dilucidar cuál será el estatuto aplicable a aquel.

Ya sabemos que Chile cuenta con una ley de arbitraje comercial internacional, la Ley N° 19.971. La citada ley consagra el principio de territorialidad en su artículo 1 N° 2, en el que señala que la ley de arbitraje comercial internacional se aplica únicamente si el lugar o sede del arbitraje se encuentra en el territorio de Chile, salvo algunas excepciones. Nuestro ordenamiento jurídico ya contemplaba este principio de territorialidad, principio fundamental de aquel. Es así como el Código Civil en su artículo 14 establece que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros; y el artículo 16 del mismo cuerpo legal que los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

Por tanto, si el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas desean pactar un arbitraje internacional con sede en nuestro, aquel arbitraje estará regulado por la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Como analizaremos más adelante, existen normas contempladas en la Ley N° 19.971 que se deben seguir obligatoriamente y otras facultativas entregadas a la autonomía de la voluntad de las partes. Si bien, el Estado o sus organismos, instituciones o empresas no gozan de autonomía de la voluntad, a nuestro entender, o gozan de una autonomía de la voluntad atenuada, restringida por el marco legal que las regula, la autonomía de la voluntad entregada por la Ley N° 19.971 se condice o se encuentra en armonía con lo establecido en el DL N° 2.349.

Antes de entrar a analizar ese aspecto, es preciso señalar que la Ley N° 19.971 en su artículo 1 N° 1 establece que la ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile. En este sentido, si el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas celebran un contrato internacional de compraventa de mercaderías con un organismo, institución o empresa

extranjera o internacional, contrato que debiera estar amparado por el DL N° 2.349, y de dicho contrato surge una controversia que deberá ser resuelta por arbitraje comercial internacional con sede en Chile, deberá aplicarse preferentemente la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena), en virtud de lo estipulado en su artículo 7.<sup>310 311</sup>

El artículo 1 N° 5 de la Ley N° 19.971 señala que 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 Ley N° 19.971. A la luz del citado artículo debemos desentrañar algunas inquietudes. Primero de si el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas en virtud de lo dispuesto en el DL N° 2.349, se encuentran inhibidos de aplicar la Ley N° 19.971 u obligados a someterse a una determinada norma en específico respecto del arbitraje internacional, la norma nada dice al respecto, por tanto creemos que no. Lo que sí es prístino, es que la Ley N° 19.971 no deberá afectar en nada la aplicación del DL N° 2.349.

Como consecuencia de lo anterior, debemos desentrañar en segundo término, y a fin de desarrollar lo planteado más arriba, es si la Ley N° 19.971 se encuentra en armonía con lo establecido en el DL N° 2.349. Como ya hemos señalado en reiteradas ocasiones, el DL N° 2.349, faculta al Estado o sus organismos, instituciones o empresas a estipular en los contratos internacionales que ellos celebren someterse a una legislación extranjera, como también a un tribunal arbitral extranjero, lo que implicaría estipular las normas relativas al procedimiento arbitral. La Ley N° 19.971 en su artículo 28 N°1 establece que las partes pueden determinar libremente las normas de derecho sustantivas aplicables; y en su artículo 19 N°1 que las partes tienen amplia

---

<sup>310</sup> Artículo 7 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías señala que: “1) *En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional.* 2) *Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado*”.

<sup>311</sup> PAILLÁS, Enrique. La Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2006, pág. 69.

libertad para acordar los procedimientos arbitrales, incluso ellas mismas pueden formular las reglas de procedimiento.

En consideración a lo recientemente planteado, la Ley N° 19.971 se encuentra en concordancia con lo estipulado en el DL N° 2.349 en su principal aspecto, que es la facultad que otorga al Estado o sus organismos, instituciones o empresas a estipular en un contrato internacional la sumisión a una legislación extranjera, como también la sumisión a una jurisdicción extranjera, sea ordinaria o arbitral, lo que implicaría respecto de esta última, determinar las normas de procedimiento a seguir en el juicio arbitral. Si esta concordancia no fuera tal, esto es, que por ejemplo el DL N° 2.349 no autorizara al Estado o sus organismos, instituciones o empresas a estipular una sumisión a una legislación extranjera, deberíamos aplicar lo establecido en el artículo 1 N°5 de la Ley N° 19.971, lo que obligaría dar aplicación al DL N° 2.349 en desmedro de la norma recién citada.

Con todo, cabe tener presente que si el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas son partes de un arbitraje comercial internacional desarrollado en el extranjero, el laudo que se dicte al efecto y que quiera ejecutarse en Chile, deberá someterse a las normas de reconocimiento y ejecución de los laudos contenidas en el Capítulo VIII de la Ley N° 19.971, que desarrollaremos más adelante, sin perjuicio de lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

### 3.3.3. Principales normas que deben aplicarse si el arbitraje comercial internacional es desarrollado en Chile.

Como vimos en el acápite anterior, el Estado o sus organismos, instituciones o empresas, podrían eventualmente ser parte en un arbitraje comercial internacional con sede en Chile y por tanto, deberán someterse a las normas que la Ley N° 19.971 establece al efecto. A continuación analizaremos sucintamente cuales son las

principales normas que se deben seguir si el arbitraje comercial internacional es desarrollado en Chile:

- a) Acuerdo de arbitraje: El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entiende que es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea firmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia que se haga en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.<sup>312</sup>
  
- b) Composición del tribunal arbitral: Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros y en caso de no haber acuerdo éstos serán tres. A su vez, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del o los árbitros. Si el arbitraje consta de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y el tercero será nombrado por los ya designados. Si una parte no nombra un árbitro o los ya designados no acuerdan el nombramiento del tercero, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde debe seguirse el arbitraje. La misma regla se aplica en caso de arbitraje con árbitro único y en el que las partes no acuerden su nombramiento.<sup>313</sup>
  
- c) Competencia del tribunal: El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. En consideración a eso, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad

---

<sup>312</sup> Artículo 7 N°2 de la Ley N°19.971.

<sup>313</sup> Artículos 10 y 11 de la Ley N°19.971.



de la cláusula compromisoria.<sup>314</sup> Lo que contiene esta norma es lo que se denomina en doctrina como Kompetenz-Kompetenz, esto es, que el propio tribunal arbitral está facultado para determinar o decidir respecto de su propia competencia. Esta potestad se entiende, desde una perspectiva positiva, como la manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus efectos; y desde un óptica negativa, que los tribunales estatales quedan inhibidos de pronunciarse sobre esta materia por estar entregada a la justicia arbitral.<sup>315</sup>

También consagra el principio de la autonomía de la cláusula arbitral, ya que con ello se busca evitar el absurdo de que la decisión de la controversia acerca de la nulidad del contrato donde se encuentra la cláusula compromisoria, involucre la declaración de incompetencia del tribunal, es decir, que si el contrato es nulo, la cláusula arbitral también lo sea en base al principio de derecho de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

d) Determinación del procedimiento: Las partes tendrán la libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo es el propio tribunal arbitral quién podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Dicha facultad incluye la de determinar la admisibilidad, la pertenencia y el valor de las pruebas.<sup>316</sup>

e) Lugar e idioma del arbitraje: Son las partes quienes podrán determinar libremente, dentro del territorio nacional, el lugar del arbitraje. Si no hubiere acuerdo entre las partes, será el tribunal arbitral quien determine el lugar del arbitraje.<sup>317</sup>

A su vez, las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo entre las

---

<sup>314</sup> Artículo 16 N°1 de la Ley N°19.971.

<sup>315</sup> VÁZQUES Palma, María Fernanda, Recepción del Arbitraje..., ob. cit., pág. 356.

<sup>316</sup> Artículo 19 de la Ley N°19.971.

<sup>317</sup> Artículo 20 de la Ley N°19.971.

partes, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en aquellas actuaciones.<sup>318</sup>

- f) Demanda y contestación: Dentro de un plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los planteamientos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos de la demanda y de la contestación. Las partes podrán aportar en sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar. Además, durante el curso de las actuaciones arbitrales, las partes, salvo acuerdo en contrario, podrán modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.<sup>319</sup>
- g) Normas aplicables al fondo del litigio: Las partes serán quienes elijan las normas aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado, se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables. El tribunal arbitral podrá resolver ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.<sup>320</sup>
- h) Forma y contenido del laudo: El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. El laudo arbitral deberá ser motivado, a menos que las

---

<sup>318</sup> Artículo 22 de la Ley N°19.971.

<sup>319</sup> Artículo 23 de la Ley N°19.971.

<sup>320</sup> Artículo 28 de la Ley N°19.971.

partes hayan convenido en otra cosa o se trate de un laudo pronunciado en conformidad a una transacción. En el laudo deberá constar la fecha y el lugar de arbitraje que se haya determinado, lugar en el que se considerará dictado el laudo. Una vez dictado el laudo el tribunal arbitral notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros.<sup>321</sup>

- i) Impugnación del laudo: La Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional establece la nulidad como el único recurso procedente contra un laudo arbitral. El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando la parte que interpone la petición pruebe: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de la Ley 19.971 de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a dicha ley.

También el laudo arbitral podrá ser anulado cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile.

La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo.

El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender la actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las

---

<sup>321</sup> Artículo 31 de la Ley N°19.971.

partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.

Las Cortes de Apelaciones colocarán las peticiones de nulidad de inmediato en tabla y gozarán de preferencia para su vista y fallo.<sup>322</sup>

- j) Reconocimiento y ejecución de los laudos: El laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado conforme a las disposiciones del Capítulo VIII de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional.<sup>323</sup>

Sin embargo, se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o ejecución: i) : i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o ii) Que la parte contra la cual se invoca no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o iv) o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o v) Que el laudo no es aún

---

<sup>322</sup> Artículo 34 de la Ley N°19.971.

<sup>323</sup> Artículo 35 de la Ley N°19.971.

obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo.

También podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral cuando el tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.

Si se ha pedido a un tribunal de otro Estado la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida su reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas.<sup>324</sup>

Si bien el título de este acápite hace referencia al arbitraje comercial internacional desarrollado en Chile, en el caso específico del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, la Ley N°19.971 es aplicable a aquellos laudos dictados en el extranjero y que buscan su reconocimiento y ejecución en nuestro país. Con todo, deberá tenerse en consideración a lo dispuesto en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York) y en la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá)

---

<sup>324</sup> Artículo 35 de la Ley N°19.971.

## **CONCLUSIONES.**

Sin lugar a dudas el arbitraje se ha consagrado como un método de solución de controversias eficiente y eficaz, provisto de rapidez e idoneidad, muchas veces técnicas, para resolver conflictos no solo privados, sino que también públicos. Los beneficios que otorga el someterse a arbitraje en desmedro de hacerlo ante los tribunales estatales son evidentes, ya que en gran parte, estos últimos, dilatan extremadamente los procesos, traduciéndose en costos monetarios como de oportunidades para las partes, entendiéndose además, que la justicia debe ser rápida para ser realmente eficaz.

El objetivo de nuestro trabajo no fue estudiar el arbitraje como institución, sino que más bien, como una herramienta entregada al Estado y sus organismos para ser utilizada frente a determinadas controversias que pudieran surgir entre éstos y los privados. Es así como analizamos primeramente las facultades que se le otorga al Estado y a sus organismos para someter determinadas controversias a arbitraje interno o nacional, y posteriormente las facultades concedidas a los mismos para someterse a arbitraje internacional en cuanto surjan controversias de carácter internacional con entes privados, dejando de lado el arbitraje entre Estados, regulados por el derecho internacional público.

Lo primero que precisamos dilucidar, fue en qué circunstancias el Estado y sus organismos estaban facultados para pactar arbitraje y frente a qué y cuáles condiciones debía hacerlo. Al saber que tanto el Estado como todos los organismos de carácter público están sometidos al principio de legalidad, esto es, que solo pueden actuar dentro de las atribuciones que una norma de carácter legal les entrega, la facultad de pactar arbitraje que pudiesen detentar debe estar estrictamente autorizada por ley. Dicho principio es indistintamente aplicable tanto para poder pactar o someterse a arbitraje nacional como a arbitraje internacional. Lo anterior viene a demostrar la primera parte de nuestra hipótesis, planteada en la introducción, esto es, que el Estado, sus organismos, instituciones o empresas no están facultados, como regla general, para pactar arbitraje, ya sea nacional o internacional.

La situación descrita en el párrafo anterior constituye una clara limitante para el Estado y sus organismos, puesto que queda en manos del legislador determinar cuándo y en qué circunstancias podrá someterse a arbitraje, dictando una ley al efecto. El proceso de formación de ley no es rápido, ya que conlleva una serie de trámites y discusiones que se deben dar en el Congreso Nacional, tanto en la Cámara de Diputados y en el Senado, como en las distintas comisiones especializadas. Además, la ley, en muchas ocasiones por falta de voluntad del legislador, reacciona tardíamente ante las transformaciones sociales y económicas, caminando un paso atrás de las necesidades que se van planteando no solo a los particulares, sino que también al Estado. Un claro ejemplo de ello, es la tardía respuesta que ha tenido el Estado de Chile en demorar la ratificación y negociación de diversos tratados internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, en que se contempla el arbitraje internacional como principal método de resolución de controversias.

El hecho que la facultad del Estado de someterse a arbitraje quede entregada a la voluntad del legislador, dificulta el actuar del primero en todos sus actos de *iure gestionis*, esto es, en sus actividades de carácter comercial, económica y empresarial, dado que el arbitraje no solo otorgará mayores ventajas y garantías al privado que contrata con él, sino que también al Estado en sus proyectos. Un ejemplo de aquellas garantías se reflejada en la Ley de Concesiones de Obras Públicas, estudiada en el capítulo 1 de nuestro trabajo, la que establece el arbitraje como método de solución de controversias, surgidas del contrato de concesión de obras públicas, entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario, pasando por una etapa pre-arbitral o de "Dispute Boards". Es evidente que ante la complejidad de resolver una disputa eminentemente técnica y con celeridad, primero porque estamos hablando de contratos de grandes y dificultosas construcciones, y segundo porque ante una eventual controversia, aquellas construcciones, destinadas principalmente a satisfacer una necesidad social, no deben quedar paralizadas más allá de un tiempo razonable, el arbitraje aparece como una herramienta eficaz para resolver las disputas ante aquellas complejidades. Si bien el legislador comprendió que ante este hecho sí hizo necesaria la dictación de una ley que en su contenido incorporara el arbitraje como el mecanismo de solución de controversias, no es menos cierto que existen otras materias en que es necesario

otorgar al Estado o a sus organismos la facultad de celebrar compromisos o cláusulas compromisorias, como por ejemplo, en aquellos contratos cuyo objeto principal diga relación con negocios de carácter económicos o financieros celebrados entre éstos y privados que tengan sus negocios dentro del país, dictando una ley general al efecto que los autorice en los mismos términos que el DL N° 2.349 para los contratos internacionales del sector público y no dilatar el asunto dictando una ley para cada caso o institución pública en particular.

Ante tal situación, creemos que es recomendable plantearse la necesidad de otorgar una autorización de carácter constitucional al Estado y todos sus organismos para pactar arbitraje, ya sea nacional como internacional. La norma constitucional debería expresar que el Estado o sus organismos, instituciones o empresas puedan someter las controversias derivadas de una relación contractual a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley. Esta última debería ser una ley de carácter general, la que debería disponer que pueden ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, sin necesidad de autorización previa, salvo que una ley especial diga lo contrario, las controversias derivadas de contratos de índole comercial, económicos o financieros que celebren el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas con nacionales o extranjeros domiciliados dentro o fuera del país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Presumimos que la existencia de un sistema que permita actuar de manera autónoma al Estado en materia de arbitraje, se condice con la realidad económica y comercial de nuestros tiempos, otorgando al Estado y a sus organismos mayores oportunidades en el desarrollo de sus actividades de *iure gestionis*. Sin embargo, presumimos también que dicha autonomía no debería ser absoluta, puesto que existen bienes de carácter estratégicos de los cuales no se debería disponer libremente, como también bienes de uso público de relevancia o interés nacional sobre los cuales deben existir limitaciones con el objeto de preservar el patrimonio de la nación toda.



Si bien todo lo expuesto anteriormente se debería aplicar tanto al arbitraje nacional como internacional, en cuanto el Estado o sus organismos actúen como parte, en Chile ha habido una mejor acogida, aunque tardía, respecto del segundo. Como estudiamos en el segundo capítulo de nuestro trabajo, el Estado pasó ser una parte activa en el arbitraje internacional relativo a inversiones. Con la dictación del DL N° 600 en 1974 cuyo objeto fue promover la inversión extranjera, el enfoque que se tenía respecto del arbitraje internacional fue cambiando. El nuevo orden político y económico de la época marcado, por una fuerte inclinación hacia la apertura de los mercados nacionales e internacionales, formó la génesis de un nuevo escenario para la inversión extranjera y el arbitraje internacional. Con respecto a este último, Chile ratificó la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros en 1975 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 el mismo año. En cuanto a la inversión extranjera, nuestro país firmó en 1977 con Alemania, el primer Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones, el que contempló el arbitraje internacional para la solución de controversias que pudieran surgir bajo el Acuerdo. Sin embargo, después de casi 15 años esta política de apertura hacia el arbitraje internacional comenzó a tener un verdadero impacto en nuestra legislación. Al efecto, Chile se integró en 1992 al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), como mecanismo para resolver las controversias que surjan entre un Estado Contratante y un inversionista nacional de otro Estado Contratante. A su vez, durante la misma época el Estado chileno comenzó a negociar y suscribir diversos Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones, así como también varios Tratados de Libre Comercio que contemplan dentro de su estructura capítulos de inversiones. Ambos estatutos internacionales contemplan al arbitraje internacional como método de solución de controversias entre un Estado Parte y un inversionista nacional del otro Estado Parte, ya sea acogiéndose al sistema CIADI o ante un arbitraje ad-hoc a desarrollarse bajo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL.

Es importante destacar que si bien el arbitraje internacional de inversiones contempla todas las ventajas y garantías que el arbitraje presenta, y que ya hemos enunciado, dichas bondades están diseñadas, en este caso específico, para mejorar la confianza

entre el inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión, ya que mayoritariamente la inversión provendría desde un Estado industrializado a un Estado subdesarrollado o en vías de desarrollo. Sin embargo, con el ánimo de mejorar esa confianza, teniendo en consideración la poca estabilidad económica y política de los países en los que se materializaba la inversión extranjera, la facultad de someter la disputa a arbitraje internacional, en caso de vulneración de los derechos y garantías otorgadas en el respectivo tratado o contrato de inversión, está entregada al inversionista extranjero (principalmente por casos de expropiación), y no al Estado receptor de la inversión, quien deberá demandar, si lo requiere, ante el respectivo tribunal ordinario. Por tanto, la herramienta del arbitraje internacional no está entregado directamente al Estado receptor de la inversión, sino que al inversionista extranjero, con la excepción de lo contemplado en los TLCs. En este sentido estimamos que el escenario debería cambiar, al menos en forma parcial, primeramente porque muchos de los países que se consideraban subdesarrollados o inestables política y económicamente ya no lo son; y segundo porque un arbitraje internacional de inversiones lleva un costo aparejado bastante importante, teniendo en consideración la sede del arbitraje, los honorarios de los jueces árbitros, los honorarios de los abogados y todos los costos operacionales, y no debemos olvidar que los recursos utilizados para el desarrollo de aquel arbitraje son mayoritariamente públicos. Podemos estar de acuerdo en que los tribunales arbitrales destinados a resolver un conflicto derivado de una inversión extranjera son especializados en la materia, pero esa misma utilidad debe ser entregada tanto al Estado receptor de la inversión como al inversionista extranjero. Es por todo lo anteriormente señalado que estimamos que al menos se debe entregar la atribución, al Estado receptor de la inversión, de elegir si somete la controversia ante un tribunal arbitral o ante sus propios tribunales, al igual como se faculta al inversionista extranjero en varios casos.

Siguiendo con nuestro estudio nos pudimos percatar que en Chile el arbitraje comercial internacional, en cuanto el Estado o sus organismos obren como parte de aquel, ha tenido una óptica más elevada que el resto de los arbitrajes. Ante el incremento del comercio internacional y los cambios de la política comercial, en el que el Estado y sus organismos cumplían un rol importante por medio de sus actos de gestión, se hizo

necesario que se facultara a éstos a pactar en sus contratos internacionales someterse a una legislación extranjera y a una jurisdicción extranjera, incluyendo tribunales arbitrales. Es así como el 28 de octubre de 1978 entró en vigencia el DL N° 2.349 el que establece que en los contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico 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, las partes pueden estipular válidamente someterse a una jurisdicción arbitral extranjera, salvo algunas excepciones que el propio DL N°2.349 contempla. Sin duda que el objeto de la norma fue dar mayores garantías a aquellos sujetos internacionales o extranjeros quienes no aceptaban, con justificada razón para la época, que los contratos que celebraba con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas quedaran regulados por la ley chilena y sometidos a tribunales nacionales. Lo anterior sólo se justificaría en la actualidad por la poca eficiencia de los tribunales ordinarios, reflejado en el letargo de sus procedimientos y en la poca especialización de los mismos. Bastaría sólo de una reforma al sistema judicial, creando tribunales especiales (tribunales comerciales por ejemplo), con procedimientos modernos que otorguen rapidez y precisión, para que los organismos, instituciones o empresas extranjeras o internacionales que celebren contratos internacionales con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas, o al menos aquellos que tengan sucursales o agencias en nuestro país, decidan someter las controversias a la jurisdicción nacional, dado que Chile cuenta actualmente con una institucionalidad sólida. Pero mientras eso no suceda, la opción del arbitraje comercial internacional sigue siendo ineludible.

Hemos sido críticos en señalar que el legislador, en nuestro caso, muchas veces va más que un paso atrás de las transformaciones sociales, económicas y comerciales, pero es importante destacar que el legislador de la época de la dictación del DL N° 2.349 fue diligente y respondió rápidamente a dichas transformaciones comerciales y económicas que se estaban dando en el mundo y que influían directamente al Estado o a sus organismos, instituciones o empresas en sus actividades de *iure gestionis*. Aquella visión que tuvo el legislador, incluso vanguardista, situó a Chile como un país

pionero en la materia, al menos en la región. Esa visión es la misma que pedimos al establecer que se autorice constitucionalmente, en los términos que ya hemos expresado y con limitaciones claras, al Estado o sus organismos decidir someterse a arbitraje, tanto nacional como internacional, ante determinadas controversias. Al menos esperamos que en caso de no ser así, se discuta una ley orientada a regular los contratos nacionales cuyo objeto principal diga relación con operaciones de carácter económico financiero, celebrados por el Estado o sus organismos, instituciones o empresas, en el que se faculte someterse, en determinados casos, a arbitraje como una opción alternativa a los Tribunales de Contratación Pública vigentes desde el año 2005.

Para concluir, nuestro país promulgó el 10 de septiembre de 2004 La Ley N° 19.971 la que fue publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre del mismo año. Como en el ordenamiento jurídico chileno no se encontraba regulado el arbitraje comercial internacional hasta la fecha de la dictación de esta ley, debían aplicarse las mismas normas existentes para el arbitraje nacional, las cuales evidentemente eran inadecuadas para los conflictos internacionales cuando el arbitraje se llevaba a cabo en Chile, evidenciando nuevamente la inoperancia de nuestro legislador. Uno de los objetivos de esta ley es fomentar el arbitraje internacional para que Chile se convierta en una sede de arbitraje a nivel internacional. Con la dictación de la Ley N° 19.971, la actual legislación chilena quedó contenida de dos estatutos que regulan el arbitraje, uno al arbitraje nacional y otro el arbitraje internacional, constituyendo de esta forma un sistema dualista de reglamentación.

Lo importante de esta ley, en relación a nuestro trabajo, es que deja a salvo todos los tratados internacionales, sean bilaterales o multilaterales, que regulen el arbitraje en cuanto el Estado, sus organismos, instituciones o empresas puedan someterse a aquel en territorio propio, así como también leyes que lo autorizan bajo términos específicos. En este sentido creemos, como ya hemos expuesto en nuestro trabajo, que la Ley N° 19.971 se condice plenamente con lo establecido en el DL N° 2.349.

Finalmente, como corolario, todos los casos planteados anteriormente, analizados extensamente en el grueso de la investigación, nos permite demostrar la segunda parte de nuestra hipótesis, esto es, que en ciertas materias y bajo determinadas circunstancias el Estado, sus organismos, instituciones o empresas sí se encuentra facultado para pactar arbitraje, teniendo una mayor relevancia al efecto el arbitraje internacional de inversión y el arbitraje comercial internacional.

## BIBLIOGRAFÍA.

### A. Doctrina.

1. AGUIRRE Veloso, Patricio Andrés. La determinación del derecho aplicable al contrato en la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional. Revista Ius et Praxis, Vol. 12, N°1. Talca, Chile, 2006.
2. AGUIRREZÁBAL, Maite; PÉREZ Ragone, Álvaro; ROMERO Seguel, Alejandro. Libre circulación de sentencias en la litigación procesal civil: un examen desde la justicia procedimental y el debido proceso el Derecho positivo chileno. Revista Chilena de Derecho, XXXVI, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile, 2011.
3. AYLWIN Azocar, Patricio. El Juicio Arbitral. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005.
4. BERNAL Gutiérrez, Rafael. El Arbitraje del Estado: La Regulación en Latinoamérica. Revista Internacional de Arbitraje, N°1. Bogotá, Colombia, junio-diciembre de 2004.
5. BIGGS, Gonzalo. Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales. Revista de la CEPAL, N° 80. Santiago, Chile, agosto de 2003.
6. BIGGS, Gonzalo. Arbitraje Comercial Internacional. Una Tarea Pendiente. Revista del Abogado, N° 24. Santiago, Chile, abril de 2004.
7. BIGGS, Gonzalo. La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional. En: Estudios de Arbitraje, en homenaje a don Patricio Aylwin, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

8. BIGGS, Gonzalo. Evolución y Singularidad de la Institución Arbitral en Chile, Estudios de Derecho y Propiedad Intelectual. En: Colección de Trabajos en Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2009.
9. BORDACHAR Urrutia, Rodrigo. Arbitraje y Derecho Concursal: ¿Una Relación Imposible? En: Estudios de Derecho Comercial, Primeras Jornadas de Derecho Comercial. Editorial Abeledo Perrot. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca. Chile, 2010.
10. CEA, José Luis. Una visión de la Contraloría General de la República. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Contraloría General de la República. Santiago, Chile, septiembre de 2002.
11. CONEJERO Roos, Cristián. La influencia de la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina; Un análisis comparativo. Revista Chilena de Derecho, vol.32, n°1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005.
12. CORDÓN Moreno, Faustino. Panorámica Europea del Arbitraje Comercial Internacional. Revista Chilena de Derecho, vol.26, n°3. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 1999.
13. DOMÍNGUEZ Sales, Rodrigo Andrés; ORIZOLA Goldzveig, Alejandro Ignacio. Análisis Particular del Artículo 5 de la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.
14. ESCOBAR Wenderath, Alejandro Andrés. La Responsabilidad Internacional del Estado por Contratos Celebrados con Particulares Extranjeros. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1989.

15. ESPINOZA Riera, Sergio Andrés. Acciones Privadas para la protección de inversiones ante el Ciadi. Revista de Derecho de la Empresa, N° 10. Legis Editores. Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile, abril-junio de 2007.
16. EWING Pinochet, Patricia. Arbitraje Comercial Internacional en el Derecho Internacional Privado. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1979.
17. EYZAGUIRRE Echeverría, Rafael. El Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 1981.
18. FERNÁNDEZ Masiá, Enrique. Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, España, 2004.
19. FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo. El Arbitraje en los Contratos de Concesión de Obras Públicas en Chile. Incorporación de los "Dispute Boards o Paneles Técnicos de Expertos". [en línea] [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/nacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/nacional.html).
20. FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo. La Nueva Ley Chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional. XLI Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados. Postulación premio al mejor trabajo. Santiago, Chile, mayo de 2005.
21. FIGUEROA Valdés, Juan Eduardo. Resolución Controversias Ley de Concesiones Obras Públicas. [en línea] [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/nacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/nacional.html).
22. GARZA Canovas, Antonio. La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: un paso firme. Revista de Derecho Privado, año 2, N° 5. UNAM. México, mayo-agosto de 1991.



23. GÓMEZ Balmaceda, Rafael. El Arbitraje Comercial. [en línea] [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/nacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/nacional.html).
24. GÓMEZ Hurtado, Fernando; RAMIREZ Herrera, Luz. Análisis del DL N° 2.349 y sus Fundamentos Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1994.
25. HELMLINGER Casanova, Karin; CRUZ Tamburrino, Javier. Evolución de la Resolución Alternativa de Controversias Civiles y Comerciales en Chile. En: Arbitraje y Mediación en las Américas. Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA. Santiago, Chile, 2006.
26. HESS Buchroithner, Alfredo; RENCORET Méndez, Jacqueline. Análisis Pormenorizado del DL N° 2.349 de 28 de octubre de 1978. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 1985.
27. IRARRÁZBAL Cobarrubias, Jaime. Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá. Mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones. Revista del Abogado, N° 17. Santiago, Chile, noviembre de 1999.
28. IRARRÁZBAL Covarrubias, Jaime. El Arbitraje en los Tratados de Libre Comercio Suscritos por Chile. En: Estudios de Arbitraje, en homenaje a don Patricio Aylwin. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
29. IRARRÁZBAL Covarrubias, Jaime. Julio Philippi Izquierdo, jurista, legislador, negociador internacional. En el centenario de su nacimiento. Revista Puntos de Referencia, N° 357. Centro de Estudios Públicos. Santiago, Chile, abril de 2013.
30. JIMÉNEZ Figueres, Dyalá. Las Convenciones Anteriores a la Convención de Nueva York: Discusiones y Problemas. En: El Arbitraje Comercial Internacional.

Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2008.

31. LEMES, Selma. Arbitragem na Administracao Pública, Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. Editora Quartier Latin do Brasil. Sao Paulo, inverno de 2007.

32. LEÓN Hurtado, Avelino. El Objeto en los Actos Jurídicos. Editorial Jurídica de Chile, 5ª Edición. Santiago, Chile, 1983.

33. LÓPEZ Escarcena, Sebastián. La Aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida y del Trato Justo y Equitativo en la Jurisprudencia Internacional en Materia de Inversión Extranjera. El Caso MTD. Revista Chilena de Derecho, vol.32, n°1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2005.

34. LÓPEZ Escarcena, Sebastián. La Falta de Jurisdicción *Ratione Temporis* en el Caso Luchetti. Revista Chilena de Derecho, vol.33, n°1. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, 2006.

35. MALUENDA Parraguéz, Rodrigo. Contratos Internacionales en el Derecho Chileno. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile, 1998.

36. MANTILLA-SERRANO, Fernando. El arbitraje y los contratos estatales: la óptica europea. Revista Internacional de Arbitraje, N°2, Legis Editores, Bogotá, Colombia, enero-junio de 2005.

37. MATURANA Miquel, Cristian. Los órganos jurisdiccionales, los árbitros, los auxiliares de la administración de justicia y los abogados. Apuntes de Clases. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2003.

38. MAYORGA Lorca, Roberto. Protección a la Inversión Chilena en el Extranjero. Revista del Abogado, N° 24. Santiago, Chile, abril de 2004.

39. MAYORGA Lorca, Roberto. CIADI: Un instrumento para Inversionistas Internacionales. Revista del Abogado, N° 31. Santiago, Chile, julio de 2004.
40. MAYORGA Lorca, Roberto; MORALES Godoy, Joaquín; POLANCO Lazo, Rodrigo. Inversión Extranjera, Régimen Jurídico y Solución de Controversias. 1ª Edición. Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2005.
41. MEDEL Lucas, Catalina Andrea. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros. La Convención de Nueva York y la Jurisprudencia Chilena Actual. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2010.
42. MENA Vergara, Víctor Sergio. El Arbitraje Comercial y los Acuerdos Económicos Comerciales. En: Estudios de Arbitraje, en homenaje a don Patricio Aylwin, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
43. MEREMINSKAYA, Elina. Contratos internacionales e “internacionalización” de contratos nacionales. Anales de la Facultad de Derecho, Quinta época N°1. Universidad de Chile, Santiago, 2004.
44. MEREMINSKAYA, Elina. Apuntes de Arbitraje Comercial Internacional. Texto elaborado como apuntes del Taller de Arbitraje Comercial Internacional dictado en la Universidad Autónoma de Nuevo León, México, entre los días 24 y 26 de agosto del año 2005.
45. MEREMINSKAYA. Elina. Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile. En: Arbitraje y Mediación en las Américas. Centro de Estudios de Justicia de las Américas CEJA. Santiago, Chile, 2006.
46. MEREMINSKAYA, Elina. Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional. Revista de Derecho de la Empresa, N° 10. Legis Editores, Universidad Adolfo Ibañez. Santiago Chile, junio-septiembre de 2006.

47. MEREMINSKAYA, Elina. Arbitraje Comercial Internacional: Una mirada jurisprudencial. Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Ecuador, 2010.
48. MEREMINSKAYA, Elina. Demandas Contractuales ente los Tribunales Internacionales a la Luz de los APPIS Suscritos por Chile. En: Sociedad Chilena de Derecho Internacional. Estudios. Santiago, Chile, 2010.
49. MORALES Godoy, Joaquín. APPIs y TLCs. Garantías para la Inversión Extranjera. Revista del Abogado. Santiago, Chile, noviembre de 2004.
50. MORALES Godoy, Joaquín. Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos. Inversión Extranjera en Servicios Financieros, un Curioso Mecanismo de Solución de Controversias. En: Estudios de Arbitraje, en homenaje a don Patricio Aylwin. Ed. Jurídica de Chile. Santiago, 2007.
51. NAVARRETE Tapia, Héctor. Calificación subjetiva de un contrato como internacional, crítica a la ley de Arbitraje Comercial Internacional. Anales de la Facultad de Derecho, Quinta época, N°2. Universidad de Chile. Santiago, 2005.
52. NEHME Zalaquett, Nicole. El cambio de las circunstancias en los contratos económicos internacionales. Fundación Fernando Fueyo. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, Chile, 2001.
53. NOGUEIRA, Humberto; PFEFFER Urquiaga, Emilio; VERDUGO Marinkovic, Mario. Derecho Constitucional. Tomo I, 2ª edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2002.
54. OSTARQUIZA, Gastón. A propósito de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República y de su quehacer interpretativo del ordenamiento jurídico. Fundamentos, condiciones y criterios. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75º aniversario de vida institucional. Contraloría General de la República. Santiago, Chile, Septiembre de 2002.

55. PÁEZ, Marisol. La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados. Revista de Estudios Internacionales, año XXXIX, N° 153. Instituto de Estudios Internacionales. Universidad de Chile. Santiago, abril-junio de 2006.
56. PAILLÁS, Enrique. El arbitraje nacional e internacional privado. Lexis Nexis. Santiago, Chile, 2003.
57. PAILLÁS, Enrique. La Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2006.
58. PANTOJA Bauzá, Rolando. Tratado de Derecho Administrativo. 1ª edición. Abeledo Perrot / Legal Publishing. Santiago, Chile, 2010.
59. PICAND Albónico, Eduardo. Algunas reflexiones en torno al arbitraje y su repercusión en el comercio internacional. La Revista de Derecho: Derecho-Sociedad-Cultura, 2ª época, año X, N°6. Facultad de Derecho Universidad Central de Chile. Santiago, Chile, enero-junio 2004.
60. PICAND Albónico, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005.
61. POLANCO Lazo, Rodrigo. Mecanismos Jurídicos de Solución de Controversias de Inversión Extranjera en Chile y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Tesis Magíster en Derecho, mención Derecho Económico. Universidad de Chile, 2000.
62. POLANCO Lazo, Rodrigo. Amicus Curiae. El Rol de Terceros en el Arbitraje Internacional de Inversiones. Revista del Abogado, N°35. Santiago, Chile, noviembre de 2005.

63. PRADO Salazar, Marcelo Alfonso. Arbitrabilidad de los Litigios a la luz de la Unificación del Derecho en Materia de Arbitraje Comercial Internacional. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2008.
64. SANDOVAL López, Ricardo. Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional. Análisis de la ley N°19.971 de 29 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2005.
65. SANTOS Belandro, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional: Tendencias y Perspectivas. Editorial Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1988.
66. SILVA Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, volumen 4, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, año 2008.
67. SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes, 1ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2001.
68. SILVA Cimma, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes, 5ª edición. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile, 2009.
69. SILVA Romero, Eduardo. La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos del Estado. Revista Internacional de Arbitraje, N°1. Legis Editores. Bogotá, Colombia, junio-diciembre de 2004.
70. SIQUEIROS, José Luis. Panorama Actual del Arbitraje Comercial Internacional. Memoria Segundo Simposio Arbitraje Mercantil Internacional. Academia de Arbitraje y Comercio Internacional. UNAM. México, 1975.
71. SOTO Bermúdez, Jorge. El Principio de Legalidad y la Nulidad de Derecho Público en la Constitución Política. Fundamentos para la aplicación de una solución de

Derecho Común. Revista de Derecho Público, Vol. 70. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile, 2008.

72. TOMASSINI, Luciano. Evolución de la función fiscalizadora en Chile. En: La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional. Contraloría General de la República. Santiago, Chile, Septiembre de 2002.

73. URREJOLA Monckeberg, Sergio. Chile debe contar con una Ley de Arbitraje Internacional. En: Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, N°6, Santiago, Chile, septiembre de 2004.

74. VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. La Nueva Ley de Arbitraje Comercial de Chile y su Análisis Comparativo con la Ley Española. Revista Chilena de Derecho, XXVI. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. 2005.

75. VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Arbitraje ante el Ciadi: aspectos relevantes y reflexiones sobre su operatividad. Revista de Derecho de la Empresa, N° 8. Legis Editores. Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez. Santiago, Chile oct.-dic. 2006.

76. VÁSQUEZ Palma, María Fernanda. Recepción del Arbitraje Comercial Internacional en Chile desde una Óptica Jurisprudencial. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N°2, Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 2011.

77. VIAL Del Río, Víctor. Teoría General del Acto Jurídico, 4ª edición. Editorial Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 2000.

78. VIAL Undurraga, María Ignacia. La autonomía de la voluntad en la legislación chilena de derecho internacional privado. Revista Chilena de Derecho, vol.40, n°3. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago, Chile, 2013.

79. VIRGÓS, Miguel. El convenio arbitral en el arbitraje internacional. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez, N°14. Madrid, España, mayo-agosto de 2006.

### **B. Leyes y decretos.**

80. Código Civil de la República de Francia.
81. Código Civil.
82. Código de Derecho Internacional Privado.
83. Código de Procedimiento Civil.
84. Código Orgánico de Tribunales.
85. Constitución Política de la República.
86. DFL N° 164 de 1991 sobre Concesiones de Obras Públicas.
87. DL N° 2.349 sobre Contratos Internacionales del Sector Público.
88. DL N° 600 Estatuto de la Inversión Extranjera.
89. DS N° 1.009 de 1978 del Ministerio de Hacienda.
90. Ley N° 18.557 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
91. Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.
92. Ley N° 19.420 sobre Incentivos para el Desarrollo Económico de las Provincias de Arica y Parinacota.

### **C. Tratados Internacionales.**

93. Acuerdo de Libre Comercio Chile-Colombia.
94. Acuerdo de Libre Comercio Chile-Perú.



95. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Alemania.
96. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Argentina.
97. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Australia.
98. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Austria.
99. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Bélgica-Luxemburgo.
100. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Bolivia.
101. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-China.
102. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Corea.
103. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Costa Rica.
104. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Croacia.
105. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Cuba.
106. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Dinamarca.
107. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Ecuador.
108. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-El Salvador.
109. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-España.
110. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Filipinas.
111. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Finlandia.
112. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Francia.
113. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Grecia.
114. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Guatemala.
115. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Honduras.
116. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Italia.

117. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Malasia.
118. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Nicaragua.
119. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Noruega.
120. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Panamá.
121. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Paraguay.
122. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Polonia.
123. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Portugal.
124. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Reino Unido.
125. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-República Checa.
126. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Rumania.
127. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Suecia.
128. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Suiza.
129. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Ucrania.
130. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Uruguay.
131. Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Chile-Venezuela.
132. Acuerdo Suplementario sobre Inversiones del Tratado de Libre Comercio Chile-China.
133. Convención de la Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.
134. Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.
135. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.

136. Convención Internacional para la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1927.
137. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.
138. Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en Materia Comercial de 1923.
139. Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL.
140. Tratado de Libre Comercio Chile-Australia.
141. Tratado de Libre Comercio Chile-Canadá.
142. Tratado de Libre Comercio Chile-Centro América.
143. Tratado de Libre Comercio Chile-Corea del Sur.
144. Tratado de Libre Comercio Chile-EFTA (European Free Trade Association).
145. Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos.
146. Tratado de Libre Comercio Chile-México.
147. Tratado de Libre Comercio Chile-Panamá.
148. Tratado de Libre Comercio Chile-Unión Europea.

#### **D. Dictámenes de la Contraloría General de la República.**

149. Dictamen N° 1.682/1994.
150. Dictamen N° 1.800/1985.
151. Dictamen N° 13.821/1995.
152. Dictamen N° 14.984/1989.
153. Dictamen N° 15.903/1991.
154. Dictamen N° 16.956/1992.

155. Dictamen N° 16.974/1970.
156. Dictamen N° 17.160/1996.
157. Dictamen N° 2.331/1995.
158. Dictamen N° 2.473/1973.
159. Dictamen N° 2.938/1985.
160. Dictamen N° 2.969/1987.
161. Dictamen N° 25.754/1991.
162. Dictamen N° 26.335/1984.
163. Dictamen N° 3.517/1998.
164. Dictamen N° 30.394/1987.
165. Dictamen N° 36.764/2008.
166. Dictamen N° 42.638/1975.
167. Dictamen N° 54.844/2003.
168. Dictamen N° 6.148/1992.
169. Dictamen N° 6.868/1995.
170. Dictamen N° 60.079/1958.

**E. Sitios consultados en la world wide web.**

171. <http://www.aduana.cl>
172. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070228/pags/20070228100917.html>
173. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070228/pags/20070228101531.html>
174. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070228/pags/20070228101607.html>
175. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070711/pags/20070711110743.html>
176. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070711/pags/200707111115113.html>

178. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070711/pags/20070711153552.html>
179. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20070713/pags/20070713110133.html>
180. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20080307/pags/20080307121527.html>
181. <http://www.aduana.cl/aduana/site/artic/20090220/pags/20090220165036.html>
182. <http://www.aduana.cl/tratados-y-acuerdos-de-libre-comercio/aduana/2007-02-28/122217.html>
183. <http://www.camsantiago.cl>
184. [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/internacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/internacional.html)
185. [http://www.camsantiago.cl/articulos\\_online/nacional.html](http://www.camsantiago.cl/articulos_online/nacional.html)
186. <http://www.camsantiago.cl/publicaciones3.html>
187. [http://www.camsantiago.com/articulos\\_online\\_1.htm](http://www.camsantiago.com/articulos_online_1.htm)
188. <http://www.contraloría.cl>
- 189.....<http://www.contraloria.cl/LegisJuri/DictamenesGeneralesMunicipales.nsf/FrameSetConsultaWebAnonima?OpenFrameset>
190. <http://www.direcom.gob.cl>
191. <http://www.direcon.gob.cl/2013/07/chile-corea/>
192. <http://www.direcon.gob.cl/mapa-de-acuerdos/?idacuerdo=6242>
193. <http://icsid.worldbank.org>
- 194.....[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates\\_Home](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home)
195. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>
196. <http://www.leychile.cl>
197. <http://www.oas.org>
198. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html>

199. <http://www.pca-cpa.org>
200. [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1420](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1420)
201. <http://www.senado.cl>
202. <http://www.uncitral.org>
203. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>
- 204.....[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html)
- 205.....[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html)
206. [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html)
- 207.....[http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)