



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**ARBITRAJE NACIONAL COMO MÉTODO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CON
ENTIDADES PÚBLICAS**

Un análisis del régimen arbitral dualista en Chile

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

Autor:

CRISTIÁN IGNACIO ÓRDENES BLAAUBOER

Profesores Guías:

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL

FELIPE POZO FERNÁNDEZ

Santiago

2024

*Dedicada a mi familia y amigos,
quienes me han acompañado en este camino.*

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ARBITRAJE Y SU REGULACIÓN EN CHILE	4
1. CONCEPTO Y CLASES DE ARBITRAJE	4
2. ANÁLISIS HISTÓRICO DEL ARBITRAJE EN CHILE	8
2.1. Proyecto de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1864)	9
2.2. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875)	11
2.2.1. Arbitraje obligatorio	11
2.2.2. Arbitraje prohibido	13
2.3. Código Orgánico de Tribunales (1943)	13
2.4. Proyecto de Ley “Jueces árbitros y el procedimiento arbitral” (1992)	14
2.5. Proyecto de Ley “Modifica el Código Civil, el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, en materia de competencia para conocer del juicio de partición de la comunidad hereditaria” (2019)	16
2.6. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile (2022)	17
2.6.1. Promoción de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos	17
2.6.2. Justicia arbitral voluntaria y eliminación del arbitraje forzoso	18
2.6.3. Prohibición de arbitraje en asuntos contencioso-administrativos	20
2.6.4. Preferencia por instancias permanentes de solución de conflictos en materia de inversión extranjera	21
2.7. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile (2023)	22
2.7.1. Propensión al empleo del arbitraje	23
2.7.2. Arbitraje obligatorio en ciertos casos de negociación colectiva	23
2.7.3. Gobierno Judicial y separación de funciones	24
CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DUALISTA	27
1. RÉGIMEN ARBITRAL DUALISTA EN CHILE Y SU REGULACIÓN	27
1.1. Arbitraje nacional	27
1.1.1. Jueces árbitros	28
1.1.2. Impugnación de laudos arbitrales	29
1.1.3. Arbitraje forzoso	33
1.2. Arbitraje comercial internacional	35
1.2.1. Especialidad del arbitraje comercial internacional	38
1.2.2. Ámbito sustantivo de aplicación	38
1.2.3. Ámbito territorial de aplicación	39

1.2.4.	Intervención excepcional de los tribunales ordinarios	39
1.2.5.	Acuerdo de arbitraje	40
1.2.6.	Medidas cautelares	41
1.2.7.	Composición del tribunal arbitral	41
1.2.8.	Libertad de procedimiento e igualdad entre las partes	41
1.2.9.	Libertad para escoger las normas aplicables al fondo del litigio	42
1.2.10.	Impugnación del laudo	42
2.	PROBLEMÁTICAS	43
2.1.	Kompetenz-Kompetenz	43
2.2.	Intervención mínima de los tribunales ordinarios	46
2.3.	Reconocimiento del recurso de nulidad como única vía para impugnar el laudo arbitral	48
2.4.	Posibilidad de dar cumplimiento a laudos arbitrales	52
CAPÍTULO III: REGULACIÓN NACIONAL DEL ARBITRAJE EN LOS CONFLICTOS EN QUE INTERVIENEN ENTIDADES PÚBLICAS		56
1.	DISTINCIÓN ENTRE DIFERENTES ENTIDADES DEL ESTADO	56
1.1.	Órganos del Estado	56
1.2.	Organismos del Estado	57
2.	LAS EMPRESAS DEL ESTADO	59
3.	CONTRATOS CELEBRADOS POR EL ESTADO	61
4.	ARBITRAJE DOMÉSTICO CON EL ESTADO	62
5.	LIMITACIONES A LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN ARBITRAJES DOMÉSTICOS	63
5.1.	Materias de arbitraje prohibido	63
5.2.	Remisión de ciertas materias a tribunales estatales	63
5.3.	Contravenciones al orden público	64
6.	CASOS DE AUTORIZACIÓN EXPRESA Y PERMANENTE PARA QUE EL ESTADO PARTICIPE DE ARBITRAJES DOMÉSTICOS	64
6.1.	Ley de Concesiones de Obra Pública (1996)	65
6.1.1.	La subvención estatal	66
6.1.2.	El equilibrio económico financiero	67
6.1.3.	Mecanismos de solución de conflictos en materia de concesiones de obra pública	67
6.1.4.	Cambios en la LCOP	70
6.2.	Ley sobre Financiamiento Urbano Compartido (2003)	71

7.	RELACIÓN ENTRE ARBITRAJES DOMÉSTICOS CON EL ESTADO Y LA EVENTUAL CREACIÓN DE TRIBUNALES CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS _____	72
8.	ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL CON EL ESTADO _____	76
9.	DECRETO LEY N° 2.349 E INTERPRETACIONES _____	79
9.1.	Ámbito de aplicación _____	79
9.2.	Limitaciones _____	81
9.3.	Fundamentos _____	82
9.4.	Reflexiones _____	82
10.	INMUNIDAD DE EJECUCIÓN DE BIENES DEL ESTADO _____	83
CAPÍTULO IV: REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO DEL ARBITRAJE CON PARTICIPACIÓN DEL ESTADO _____		89
1.	ESPAÑA _____	89
1.1.	Evolución del arbitraje en España _____	89
1.2.	Principales características del actual régimen español de arbitraje _____	91
1.2.1.	Predominio de la voluntad de las partes y flexibilidad _____	91
1.2.2.	Informalismo _____	92
1.2.3.	Integración de nuevas tecnologías _____	92
1.2.4.	Mínima intervención de tribunales estatales _____	93
1.2.5.	Primacía del arbitraje de derecho _____	94
1.2.6.	Consolidación del arbitraje institucional _____	95
1.2.7.	Acción de anulación _____	95
1.3.	Régimen monista _____	96
1.4.	Arbitraje voluntario como regla general _____	96
1.5.	Participación del Estado _____	98
2.	PERÚ _____	99
2.1.	Evolución del arbitraje en Perú _____	99
2.2.	Principales características del actual régimen peruano de arbitraje _____	100
2.2.1.	Protección del arbitraje _____	101
2.2.2.	Amplitud del convenio arbitral _____	101
2.2.3.	Acotada participación judicial _____	102
2.2.4.	Incorporación de otras formas de arbitraje _____	102
2.3.	Régimen monista _____	103
2.4.	Participación del Estado y modificaciones efectuadas por el DU N° 020-2020 _____	104
2.5.	Arbitraje obligatorio en la Ley de Contrataciones del Estado _____	106

3.	COLOMBIA _____	107
3.1.	Evolución del arbitraje en Colombia _____	107
3.2.	Principales características del actual régimen colombiano de arbitraje _____	108
3.2.1.	Consagración constitucional del arbitraje _____	108
3.2.2.	Preferencia por el arbitraje institucional _____	108
3.2.3.	Amparo de pobreza _____	109
3.2.4.	Utilización de medios electrónicos _____	110
3.2.5.	Limitación a los honorarios _____	110
3.3.	Régimen dualista _____	110
3.4.	Predominio del arbitraje voluntario _____	112
3.5.	Participación del Estado _____	112
4.	BRASIL _____	114
4.1.	Evolución del arbitraje en Brasil _____	114
4.2.	Principales características del actual régimen brasileño de arbitraje _____	114
4.2.1.	El arbitraje institucional por medio de un órgano específico _____	115
4.2.2.	La Lex Mercatoria como posible fuente de solución de conflictos _____	115
4.2.3.	Supresión de la homologación judicial como requisito de validez del laudo _____	115
4.3.	Régimen monista _____	116
4.4.	Arbitraje voluntario _____	116
4.5.	Participación del Estado _____	116
	CAPÍTULO V: PROPUESTAS DE REFORMA _____	118
1.	¿POR QUÉ REFORMAR EL SISTEMA CHILENO DE ARBITRAJE? _____	118
2.	ADOPCIÓN DE UN SISTEMA ARBITRAL MONISTA _____	119
3.	DEROGACIÓN DEL ARBITRAJE FORZOSO _____	120
4.	CREACIÓN DE UNA NORMA EXPRESA, PERMANENTE Y DE CARÁCTER GENERAL QUE AUTORICE LA PARTICIPACIÓN DEL ESTADO EN ARBITRAJES _____	122
5.	CONSAGRACIÓN DE LOS MASC A NIVEL CONSTITUCIONAL _____	124
6.	PROMOCIÓN DE ARBITRAJES CON SEDE EN CHILE, ESPECIALMENTE EN AQUELLOS CONFLICTOS CON ENTIDADES PÚBLICAS _____	125
	CONCLUSIONES _____	128
	BIBLIOGRAFÍA _____	131

RESUMEN

La presente Memoria tiene por objeto analizar la participación del Estado como sujeto de arbitraje nacional y arbitraje comercial internacional, en el marco del ordenamiento jurídico chileno.

Para tal efecto, se inicia con una breve enunciación del concepto de arbitraje y de las diferentes formas en que puede llevarse a cabo. Luego, se revisa la historia de esta institución en nuestro país, desde las primeras normativas que reglamentaron la justicia arbitral hasta los últimos proyectos de reforma, con especial énfasis en las propuestas constitucionales presentadas en los años 2022 y 2023.

Posteriormente, se exponen las principales características del régimen arbitral dualista en Chile y las consecuencias que éste genera, identificando las problemáticas de dicho sistema. A partir de este punto, se profundiza en la legislación vigente relativa a la participación de organismos públicos en arbitrajes y los casos en que esto se autoriza expresa y permanentemente. Para ello, se comienza explicando la distinción entre las múltiples entidades que forman la Administración del Estado, seguido de un análisis detallado de las limitaciones que enfrentan para ser parte de arbitrajes nacionales y arbitrajes comerciales internacionales. También, se estudian las dificultades derivadas de la excepción de inmunidad de ejecución, dando cuenta de aquellos bienes que pueden utilizarse para cumplir un laudo arbitral.

Adicionalmente, se examina la situación del Derecho comparado en esta materia. En particular, se investigan los casos de España, Perú, Colombia y Brasil, prestando especial atención en las definiciones adoptadas por dichos países respecto a los arbitrajes con el Estado y la elección entre un régimen monista o dualista.

Finalmente, se plantea una serie de propuestas de reforma para efectos de mejorar la normativa arbitral vigente, especialmente, en lo relativo a la participación de entidades públicas en esta clase de procedimientos.

INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas, el arbitraje como mecanismo adecuado de solución de conflictos (en adelante, MASC) ha tenido un importante crecimiento en Chile y una gran aplicación tanto en asuntos civiles como comerciales. Cada vez es más común encontrar contratos que incluyan compromisos o cláusulas compromisorias, en razón de las cuales las propias partes acuerdan someter a arbitraje todas aquellas controversias que guarden relación con dicho contrato.

En un inicio, las partes usualmente escogían a una persona de confianza para que resolviera el caso en calidad de árbitro, lo que se conoce con el nombre de arbitraje ad hoc. Sin embargo, desde los años noventa en adelante se ha hecho más frecuente la inclusión de cláusulas de arbitraje institucional, las cuales permiten que un centro arbitral en específico se encargue de designar a uno o más árbitros para que solucionen el asunto en cuestión, sometiéndose a los reglamentos y tarifas propias de dicha institución.¹ Esta última modalidad ha sido objeto de críticas, ya que se trata de un ámbito que no ha sido suficientemente regulado en nuestro país, generando vacíos legales que han debido subsanarse mediante la doctrina y la jurisprudencia.

Asimismo, es importante destacar que el arbitraje se ha ido perfeccionando a nivel normativo en distintos países de Latinoamérica. En ese contexto, si bien en Chile el número de juicios arbitrales ha ido en aumento, en cuanto a su regulación se mantiene un régimen dualista. Esto último implica que existen normas diferentes dependiendo si se trata de un arbitraje nacional o internacional. Por un lado, tenemos un ordenamiento más moderno y flexible en lo que se refiere a arbitraje comercial internacional, puesto que nuestra normativa se funda en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo de la CNUDMI), la cual ha tenido un amplio respaldo a nivel mundial. Por otro lado, mantenemos una regulación del arbitraje doméstico o interno que, según gran parte de la doctrina, carece de características propias y en buena medida se ajusta al antiguo juicio ordinario de lato conocimiento y de carácter fundamentalmente escrito.

¹ CRUZ, Javier. y HELMLINGER, Karin. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. *En*: GORJÓN, Francisco. y VARGAS, Juan. (Eds.). Arbitraje y Mediación en las Américas. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016. 122p.

En cuanto a la participación del Estado en procedimientos arbitrales, cabe sostener que actualmente ciertas entidades públicas se encuentran autorizadas de forma expresa para solucionar sus controversias a través de arbitrajes domésticos. Sin embargo, esto se produce única y exclusivamente en los supuestos establecidos por la Ley de Concesiones de Obra Pública (1996) y la Ley sobre Financiamiento Urbano Compartido (2003). Por su parte, en lo referido al arbitraje comercial internacional, el artículo 4 del Decreto Ley N° 2.349 (1978) dispone que el Presidente de la República podrá otorgar su autorización en general a determinados organismos, instituciones o empresas del Estado, o en particular para algunas clases de contrato, con el objetivo de permitir que se sometan a tribunales extranjeros, sean ordinarios o arbitrales. Esto último conforme a una práctica comercial generalizada, según se indica en el considerando primero del referido cuerpo normativo. No obstante, es preciso señalar que dicha autorización no puede concederse por un plazo superior a un año, a menos que se renueve este permiso.

Dado lo anterior, en el marco del ordenamiento jurídico chileno, es posible sostener que la actual regulación del arbitraje con participación de entidades estatales es una materia que merece ser analizada con mayor profundidad. Por este motivo, la presente Memoria tendrá como propósito exponer la normativa dual que rige el instituto arbitral en Chile y, fundamentalmente, estudiar cómo el Estado puede hacerse parte de arbitrajes domésticos y arbitrajes comerciales internacionales.

Con el fin de lograr eficazmente dichos objetivos, se comenzará revisando la historia de esta institución en nuestro país y las principales características del régimen arbitral dualista. Sobre esta base, luego se estudiarán con mayor detalle los conflictos con el Estado que pueden someterse a arbitrajes, tanto en el plano local como internacional. Sobre este último ámbito, cabe señalar que el análisis se centrará fundamentalmente en la Ley N° 19.971, sobre arbitraje comercial internacional (2004), por lo que no se ahondará en el régimen de arbitrajes internacionales de inversión ni en la reglamentación de los centros internacionales de arbitraje. Posteriormente, se estudiará la situación del Derecho comparado en este ámbito, en específico, los casos de España, Perú, Colombia y Brasil.

Para concluir, se hará una reflexión acerca de las reformas que se podrían implementar en nuestro ordenamiento jurídico, con el objeto de modernizar la manera de desarrollar arbitrajes y, así, brindar un método de resolución de conflictos verdaderamente rápido y flexible para la

ciudadanía. En este sentido, se pretenderá argumentar que el arbitraje es un mecanismo eficaz para la solución de controversias que guarden relación con los contratos celebrados por el Estado, de modo que progresivamente debería fomentarse la realización de tales procedimientos con sede en Chile. Además, se sostendrá que la incorporación de cláusulas arbitrales en esta clase de contratos resulta sumamente atractiva para los particulares y representa un impulso a la asociación público-privada en el desarrollo de proyectos de gran interés para nuestro país.

CAPÍTULO I: ARBITRAJE Y SU REGULACIÓN EN CHILE

1. Concepto y clases de arbitraje

Según Patricio Aylwin, el juicio arbitral “(...) es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio; o por un tercero en determinadas ocasiones”². Es así como los árbitros se constituyen como terceros imparciales encargados de conocer y juzgar las controversias que se le presenten, ya sea por voluntad de ambas partes o en virtud de la ley. Esto se encuentra consagrado en el artículo 222 del Código Orgánico de Tribunales (en adelante, COT), el cual comienza definiendo a los árbitros como jueces, de modo que se encuentran facultados para ejercer jurisdicción entre las partes involucradas, estableciendo decisiones de carácter obligatorio.

En esta misma línea, el profesor Juan Colombo Campbell ha señalado que los árbitros cuentan con todas las atribuciones propias de un juez, “(...) salvo disponer de la fuerza pública, si fuere necesario para el cumplimiento de sus resoluciones, y a su vez, tienen todas las obligaciones y cargas que les impone su “deber””³. Esto resulta sumamente relevante, ya que nos hace presente que los árbitros carecen de la denominada facultad de imperio, de manera tal que no se encuentran facultados para ejecutar sus propias decisiones en caso de verificarse cualquiera de las tres hipótesis del artículo 635 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC): (1) Cuando sea necesario aplicar procedimientos de apremio; (2) Cuando deban emplearse otras medidas compulsivas; o (3) Cuando se afecte a terceros que no sean parte del compromiso. En consecuencia, toda vez que nos encontremos frente a alguno de estos supuestos en que hay intereses públicos en juego, deberá recurrirse a la justicia ordinaria para su ejecución debido a que los árbitros no se encuentran autorizados para ejecutar sus resoluciones mediante el uso de la fuerza pública. En todas las demás situaciones el árbitro podrá ejecutar sus propias decisiones, lo que se conoce como fuerza ejecutiva del laudo arbitral.

² AYLWIN, Patricio. El juicio arbitral. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023. 23p.

³ COLOMBO, Juan. La competencia. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 471p.

En relación con esto último, Aylwin ha sostenido que la carencia de imperio por parte de los árbitros se debe a que el Estado no puede conceder el manejo de la fuerza pública, que es suya, sino a autoridades que él mismo ha designado por algunos de sus órganos y que le merecen confianza; pero no a la que ha sido nombrada por simples particulares.⁴ Es por esta razón que el arbitraje se constituye como una institución jurídica independiente con fisonomía propia, en la medida que la ley entrega un poder a ciertas personas para que ejerzan el oficio inherente de los tribunales, esto es, el de juzgar litigios.⁵

Bajo esta lógica, los árbitros pueden ser entendidos como jueces transitorios nombrados por las partes para que resuelvan un caso determinado. Por lo tanto, es posible afirmar que los tribunales arbitrales no se encuentran constituidos de manera permanente, sino que deben instalarse a petición de parte o cuando la ley así lo disponga.

Por otra parte, el arbitraje se puede clasificar según las facultades que tenga el árbitro: (1) El árbitro de derecho se someterá a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, tanto en su tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva; (2) El árbitro arbitrador fallará conforme a un criterio de equidad y prudencia, sometiéndose a lo dispuesto por las partes en el compromiso acerca de las cuestiones procedimentales; y, finalmente, (3) El árbitro mixto será aquel árbitro de derecho a quien se le han concedido facultades de arbitrador en cuanto al procedimiento, sujetándose a las reglas aplicables a los jueces ordinarios respecto del fondo del asunto en cuestión.⁶

De acuerdo con el artículo 235 del COT, si las partes no expresaren con qué calidad es nombrado el árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho. Por lo tanto, el arbitraje de derecho se constituye como la regla general en nuestro país. Sin perjuicio de lo anterior, existe una excepción en la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante, LSA) a propósito de eventuales diferencias entre accionistas o entre éstos y la sociedad o sus administradores, donde si las partes no han acordado nada en relación con la calidad del árbitro, el legislador entiende que tendrá la calidad de árbitro arbitrador (artículo 4 N° 10 de la LSA).

⁴ AYLWIN, Patricio. El juicio arbitral. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023. 52p.

⁵ Ibid. 53p.

⁶ COLOMBO, Juan. La competencia. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004. 472p.

A propósito de esto último, Karin Helmlinger y Javier Cruz han sostenido que el arbitraje que más se utiliza en el ámbito comercial es aquel llevado a cabo por árbitros arbitradores, ya que asegura una mayor flexibilidad en cuanto al procedimiento, y sería la forma de arbitraje que más se ajusta al dinámico y complejo mundo de los negocios. Además, en el caso de los árbitros arbitradores, la ley no exige que sean abogados, como ocurre en el arbitraje de derecho, con lo cual las partes podrían escoger a un profesional experto de una disciplina que no sea la del Derecho.⁷

En esta línea, se ha discutido bastante cuál es el mejor sistema y cuál debiese ser la regla general en Chile en esta materia. Hay quienes optan por el árbitro arbitrador, en tanto el fin del arbitraje es proporcionar una justicia rápida, económica y equitativa; agregando que la obligación de atenerse a Derecho priva a los árbitros de todas sus ventajas y a las partes de interés por comprometer, ya que nada se gana si siempre se queda sometido a las reglas ordinarias de los juicios. Otros, por su parte, defienden que cuando las partes abandonan las jurisdicciones ordinarias para recurrir a árbitros “quieren otros jueces pero no otra justicia” y aunque el arbitraje responde al deseo de hacer prevalecer los principios de la equidad natural sobre rigor del Derecho, no puede interpretarse la voluntad de los litigantes de manera tan amplia como para suponer, sin pacto expreso, que renuncian a las normas de la ley.⁸

Otra clasificación que es importante tener presente es aquella referida a la formación del procedimiento, a partir de la cual se puede distinguir entre tres clases de arbitraje: voluntario, prohibido y forzoso. Por regla general, en Chile el arbitraje es voluntario (artículo 228 del COT), es decir, son las partes las que definen cuándo un asunto debe ser sometido a la resolución de uno o más árbitros.

Por su parte, el arbitraje prohibido se encuentra regulado en los artículos 229 y 230 del COT. De esta manera, se encuentra prohibido el arbitraje sobre cuestiones que versen sobre: (1) Alimentos; (2) Derecho de pedir separación de bienes entre cónyuges; (3) Causas criminales; (4) Causas de policía local; (5) Causas entre representantes y representados; y, finalmente, (6) Aquellas en que deba ser oído el fiscal judicial.

⁷ CRUZ, Javier. y HELMLINGER, Karin. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. En: GORJÓN, Francisco. y VARGAS, Juan. (Eds.). Arbitraje y Mediación en las Américas. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016. 123p.

⁸ AYLWIN, Patricio. El juicio arbitral. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023. 200p.

De acuerdo con Patricio Aylwin, los fundamentos que inspiran el arbitraje prohibido son los siguientes: Primero, al ser el arbitraje una convención, éste no puede recaer sobre cosas que se encuentren fuera del comercio. Y, segundo, cuando existe algún interés público involucrado es menester imponer ciertas solemnidades especiales que garanticen que no se realizará ninguna acción que afecte el bienestar social o los derechos de terceros. Precisamente, dichas solemnidades no pueden ser exigibles en un arbitraje debido a que prima la autonomía de la voluntad y no es posible interponer ninguna clase de control que interfiera con aquello que hayan acordado las partes.⁹

Finalmente, tenemos el arbitraje forzoso que es una figura de generalmente poca aceptación por parte de los legisladores, sin embargo, Chile es uno de los países que ha admitido esta institución jurídica en su ordenamiento. Esto significa que la ley ha establecido que ciertos asuntos deben excluirse del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia y someterse a la jurisdicción de los tribunales arbitrales de manera obligatoria. Dichos supuestos son los siguientes: (1) Liquidación de sociedad conyugal, de sociedad colectiva, de sociedad en comandita civil y de comunidades; (2) Partición de bienes; (3) 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) Diferencias entre socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación; y (5) Los demás que determinen las leyes (artículo 227 del COT).

En particular, el numeral quinto de la disposición previamente citada permite que otros cuerpos normativos puedan establecer más asuntos que deban resolverse mediante arbitraje forzoso, por ejemplo: Repartición de aguas y ejercicio de derechos en comunidades de agua y asociaciones de canalistas (artículo 244 del Código de Aguas); Negociación colectiva laboral en casos relacionados con la huelga y el lock-out (artículos 355, 365 y 384 del Código del Trabajo); Declaración o impugnación de la avería común (artículos 1106 y 1107 del Código de Comercio); Controversias relacionadas con el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros marítimos (artículo 1203 del Código de Comercio); Controversias sobre arrendamientos de vivienda con promesa de compraventa (artículo 40 de la Ley N° 19.281); entre otros. Esto demuestra que en nuestro Derecho nacional la figura del arbitraje forzoso encuentra una gran aplicación y en ámbitos muy variados.

⁹ Ibid. 158p.

No obstante lo anterior, se trata de una institución jurídica bastante cuestionada, en tanto se dice que es contraria al fundamento mismo del arbitraje, a los fines que éste persigue y a los principios que lo rigen, ya que anula la libertad contractual en una institución que precisamente se basa en ella, y no asegura a las partes un juez de confianza.¹⁰ De esta manera, frente a un determinado conflicto, las partes se ven en la obligación legal de someterse al juzgamiento de un árbitro, en circunstancias que podrían escoger otro mecanismo que les parezca más adecuado para su solución.

2. Análisis histórico del arbitraje en Chile

Dentro del conjunto de MASC, el arbitraje ha tenido un avance especialmente notorio en Chile. Si bien en un inicio hubo ciertas aprensiones respecto a su implementación en la resolución de conflictos, como ocurrió en buena parte de América Latina, con el tiempo la situación fue cambiando y hoy en día se constituye como uno de los MASC más utilizados en nuestro país.¹¹

Sin embargo, esta visión positiva respecto del arbitraje no es meramente un fenómeno actual, ya que Manuel Egidio Ballesteros daba cuenta de aquello en el año 1890:

“El arbitraje tiene una utilidad incontestable, sobre todo en nuestro sistema judicial en que los plazos son demasiado largos, demasiado variados, en que el juez carece de la facultad de abreviar las formas i los ciudadanos de sustraer a la publicidad los debates más estraños al interés público... Por más perfectos que fuesen los jueces, se debería conservar el arbitraje voluntario aunque simplificando sus formas demasiado complicadas para una jurisdicción ejercida por ciudadanos, sin secretarios, sin escribanos i sin lejistas”¹².

¹⁰ Ibid. 103p.

¹¹ LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. Foro jurídico. 18: 141-165, 2020. pp.143-145.

¹² BALLESTEROS, Manuel. La lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile. Antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones. Tomo II. Santiago, Imprenta Nacional, 1890. 74p.

Esto refleja que incluso desde finales del siglo XIX se ha considerado al arbitraje como una forma bastante atractiva de solucionar conflictos, esto último tomando en cuenta el tiempo que tarda la justicia ordinaria en resolver los asuntos que se someten a su conocimiento.

Dicho esto, a continuación se procederá a analizar las etapas más importantes de la historia del arbitraje en Chile.

2.1. Proyecto de Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1864)

En Chile durante gran parte del siglo XIX rigió la Constitución de 1833, la cual sentó las bases del sistema político de la época. Sin embargo, en cuanto a la organización de los tribunales de la República, la regulación todavía estaba dispersa en varios cuerpos normativos. La principal característica de este período era la existencia de tribunales especiales que se distribuían los conflictos según sus materias (comerciales, mineras, financieras, militares, eclesiásticas, etc).

En este contexto, hubo dos intentos fallidos por reformar la organización de los tribunales. El primero ocurrió en 1835, cuando Mariano Egaña presentó un proyecto de ley sobre Procedimiento Civil y Administración de los Tribunales. La propuesta de Egaña era reunir en un solo cuerpo legal la organización de los tribunales y las reglas del proceso civil, sin embargo, el proyecto jamás se concretó. El segundo aconteció en 1852, cuando el gobierno del Presidente Manuel Montt le solicitó a Andrés Bello la redacción de un nuevo cuerpo normativo en esta materia, pero éste no aceptó porque estaba dedicado exclusivamente a la redacción de nuestro Código Civil.

Finalmente, en 1864 salió a la luz el “Proyecto de lei de organización i atribuciones de los tribunales” creado por Francisco Vargas Fontecilla, quien consideraba que era en extremo complejo materializar el proyecto de Mariano Egaña. En palabras de Vargas Fontecilla: “la organización de los tribunales es un trabajo que debe preceder al de un sistema de enjuiciamiento (...) y la índole propia de cada manera de enjuiciar debe hallarse en perfecta armonía con el carácter fundamental de los tribunales encargados de aplicarla”¹³. Por ende, se decidió posponer la elaboración del cuerpo normativo relativo al procedimiento civil.

¹³ VARGAS, Francisco. Proyecto de lei de organización i atribuciones de los tribunales. Santiago, Imprenta Nacional, 1864.

Posteriormente, se creó una Comisión Revisora ordenada por el Presidente José Joaquín Pérez, esta comisión modificó varias disposiciones del proyecto. Esto dio como resultado un texto que se asemeja más al COT actualmente vigente que a la redacción original del proyecto de Vargas Fontecilla.

Sin embargo, la relevancia de este proyecto de ley es que fue el primero en Chile en referirse a los árbitros. En particular, el Título XIII “De los jueces árbitros” en el inciso primero del artículo 213 se señala: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad pública en subsidio, para la resolución de un asunto litijioso”¹⁴. Esta redacción es prácticamente idéntica a la utilizada en el artículo 222 del actual COT, lo que demuestra que desde hace más de un siglo se ha entendido que los árbitros son una especie de tribunal y que ejercen jurisdicción al igual que los jueces ordinarios.

Si bien se mantuvo el inciso primero del proyecto original, el resto de la disposición se modificó por motivos formales más que de fondo. En específico, el inciso segundo establecía que: “El árbitro legalmente nombrado queda revestido de la facultad de administrar justicia en el negocio sometido a su conocimiento”¹⁵, no obstante, dicho fragmento fue eliminado por la Comisión Revisora debido a que se consideró innecesario y redundante.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 213 original señalaba: “La jurisdicción del árbitro tiene por fuente la voluntad de las partes o sea la convención celebrada por ellas al hacer el nombramiento”¹⁶. Esta disposición fue suprimida, en palabras del profesor Carlos Alarcón, “(...) no porque los miembros de la Comisión Revisora pensaran que el juez árbitro no ejerciera jurisdicción, estando al parecer convencidos de lo contrario, sino que cuestionaban lo inexacto del texto, debido a que la jurisdicción del árbitro no siempre tiene su origen en la voluntad de las partes, sino que también en la misma ley”¹⁷. Esto último refleja que desde esa época se aplica la institución del arbitraje forzoso en nuestro país, ya que se ha entendido que el arbitraje puede tener como fuente la propia voluntad de las partes o la ley. El inciso cuarto también fue eliminado por razones similares a las entregadas respecto del inciso anteriormente analizado.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ ALARCÓN, Carlos. El juramento en el proceso de arbitraje interno en Chile: reflexiones sobre la entidad de este requisito formal, analizado desde sus fuentes históricas directas. *Revista Ius et Praxis*. 25(1): 481-518, 2019. 493p.

Dicho lo anterior, es posible sostener que la Comisión Revisora defendía la idea de que los árbitros son una especie de juez, sin embargo, el profesor Alarcón señala que esa equiparación es sólo de carácter funcional y no orgánica, ya que poseen marcadas diferencias respecto de los jueces ordinarios.¹⁸ En este sentido, agrega que dicha equiparación aplicaría únicamente respecto de los árbitros de derecho y no sobre otras clases de árbitros, reflejando las dificultades derivadas de esta categorización realizada por nuestro Derecho interno.

2.2. Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (1875)

De este modo, se optó por la separación entre el código que organiza los tribunales y aquel referido al procedimiento civil. Sin embargo, esta decisión también generó algunos contratiempos, de los cuales da cuenta Gonzalo Biggs: “Esta separación significó, también, que las urgencias y fechas de aprobación respectivas fueran muy distintas: el código de tribunales entró en vigencia en 1875, en cambio, la aprobación del código de procedimiento tardó muchísimo y su vigencia sólo ocurre en 1902”¹⁹. Sin duda, esto provocó desajustes relevantes, ya que se contaba con una regulación más moderna en relación con la orgánica de los tribunales, pero las reglas acerca de la cuestión procedimental todavía no habían sido reformadas.

Sobre este punto, resulta de vital importancia remitirse a la obra “La lei de organización y atribuciones de los tribunales de Chile. Antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones” de Manuel Egidio Ballesteros, donde se analiza el proyecto de Vargas Fontecilla, el trabajo de la Comisión Revisora y el texto de la propia ley de 1875. A continuación, se estudiarán algunos de los cambios más relevantes que quedaron plasmados en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales:

2.2.1. Arbitraje obligatorio

¹⁸ Ibid. 494p.

¹⁹ BIGGS, Gonzalo. Evolución y singularidad de la institución arbitral en Chile. *En*: MORALES, Marcos. y VELASCO, Rodrigo. (Eds.). Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. 62p.

En primer lugar, cabe destacar que si bien el proyecto de Vargas Fontecilla contemplaba ciertos supuestos de arbitraje forzoso, la Comisión Revisora modificó algunos de ellos e incluyó otros nuevos. Lo interesante de esto es que algunos miembros de la Comisión consideraban apropiado suprimir esta categoría de arbitraje, sin embargo, como el Código de Comercio y el Código Civil ya contemplaban dicha figura, se optó por uniformar el sistema jurídico por completo y mantener el arbitraje forzoso en nuestro ordenamiento. De este modo, se puede concluir que, al momento de dictarse esta ley, existían ciertas dudas acerca de la conveniencia de consagrar la institución referida, puesto que habían algunas voces al interior de la Comisión Revisora que no estaban del todo de acuerdo con la decisión.

En relación con este punto, Ballesteros señala lo siguiente: “El compromiso forzado de que se trata en este artículo es una institución peculiar i casi exclusiva de Chile. Las leyes españolas se guardaron de establecerla; pero la Constitución chilena de 1823 i el art. 160 del Reglamento de Administración de Justicia mandaron someter a un arbitraje obligatorio los pleitos que pudieran ocasionar escandalosas disenciones o ruina a las familias o al Estado. Sucesivamente el Código Civil i el de Comercio fueron aumentando el número de casos de compromiso forzado hasta llegar al que ha sido especificado en el art. 176 de la Lei Orgánica”²⁰. Esto explica cómo se fue ampliando la institución del arbitraje forzoso en Chile, la cual tuvo su origen en la Constitución de 1823 y poco a poco diferentes cuerpos normativos adoptaron esta figura para la solución de otra clase de controversias.

Posiblemente uno de los motivos más relevantes para consagrar el arbitraje forzoso en la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 guarda relación con el ideal uniformador que imperaba en ese entonces, ya que todavía había mucha descoordinación entre los diversos cuerpos normativos existentes. Tal como se señaló anteriormente, fueron varios los gobiernos que intentaron generar una mayor unidad al interior de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia y, bajo ese contexto, la necesidad de dar una respuesta rápida en torno a la organización de los tribunales es probablemente lo que explica por qué no se discutió con mayor profundidad la permanencia de esta figura o no.

²⁰ BALLESTEROS, Manuel. La lei de organización i atribuciones de los tribunales de Chile. Antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones. Tomo II. Santiago, Imprenta Nacional, 1890. 91p.

2.2.2. Arbitraje prohibido

Por otro lado, el proyecto original de Vargas Fontecilla, en su artículo 218, establecía la aplicación del arbitraje prohibido respecto de aquellas cuestiones que versen sobre alimentos, sobre el derecho a pedir separación de bienes entre marido y mujer, y sobre el estado civil de las personas. Asimismo, extendía la prohibición a las causas criminales y aquellas en que fuere parte o tuviere interés el Estado o cualquier entidad de derecho público.

Finalmente, en el texto de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales se optó por resumir la norma mencionada y dividirla en dos disposiciones diferentes, específicamente en los artículos 178 y 179.

La razón por la cual se prohibió someter a arbitraje dichos asuntos guarda relación con que generalmente éstos no afectan solamente a los directamente interesados sino también a terceras personas. De esta manera, se decidió prohibir que tales conflictos sean resueltos por personas nombradas por las partes para estos efectos.²¹

2.3. Código Orgánico de Tribunales (1943)

El 21 de julio de 1942 se dictó la Ley N° 7.200, la cual estableció en su artículo 32 que debía refundirse en un solo texto la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875, y todas las leyes que la modifican o complementan, pudiendo dar a sus preceptos la redacción necesaria para coordinarlos y la respectiva numeración.²² Posteriormente, el 09 de julio de 1943 se publicó la Ley N° 7.421, fijándose así el texto definitivo del COT.

Este cuerpo legal determina la organización y atribuciones, es decir, la competencia de los tribunales necesarios para la administración de justicia. El artículo 5 de este Código consagra la clasificación de los tribunales encargados de la administración de justicia en general, dentro de los que se encuentran los tribunales arbitrales. El inciso final de esta norma establece: “Los

²¹ Ibid. 100p.

²² Ley N° 7.200, que otorga facultades extraordinarias al Ejecutivo para dictar disposiciones de carácter administrativo, económico y financiero, 21 de julio de 1942.

jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código”, por lo que no especifica de manera clara si los árbitros quedan incluidos o excluidos del Poder Judicial. Por otra parte, todo lo relativo a cuestiones procedimentales del juicio arbitral se reguló en el CPC promulgado en 1902.²³

En la actualidad, tanto el COT como el CPC se han mantenido prácticamente invariables en esta materia. Además, cabe constatar que los demás cuerpos normativos que regulan el arbitraje en nuestro Derecho interno señalan que se trata de un MASC que puede ser utilizado en virtud de la voluntad de las partes o de la ley de manera forzosa.

2.4. Proyecto de Ley “Jueces árbitros y el procedimiento arbitral” (1992)

El primer intento que se hizo por reformar esta regulación ocurrió en 1992, cuando a través de un mensaje presidencial se presentó el proyecto de ley denominado “Jueces árbitros y el procedimiento arbitral” en el Senado de la República de Chile, el cual se encuentra individualizado con el Boletín N° 857-07. Este es el único proyecto que ha buscado instaurar un nuevo régimen de arbitrajes domésticos en nuestro país, ya que el resto de las iniciativas han estado orientadas a reformar el sistema de arbitraje comercial internacional o algunos aspectos específicos del arbitraje nacional.

En el primer informe que realizó la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento señaló que el principal objetivo del proyecto consistía en:

“(…) disminuir la demanda de servicios que recae sobre el poder judicial, mediante el fortalecimiento y ampliación de la justicia arbitral, que es un mecanismo alternativo eficiente y eficaz para la resolución de conflictos que requieren un cierto grado de especialización y experiencia”²⁴.

Una de las modificaciones más llamativas de este proyecto es que pretendía ampliar el arbitraje forzoso en atención a la cuantía, especialidad y complejidad de los asuntos en

²³ VÁSQUEZ, María Fernanda. Arbitraje en el Derecho Chileno Doméstico: La reforma que falta. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2: 1-46, 2010. 14p.

²⁴ Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín N° 857-07 (Senado de Chile), 30 de diciembre de 1992. 3p.

cuestión. Esto como una manera de aliviar la carga de trabajo de la justicia ordinaria. En particular, establecía una disposición genérica para expandir el ámbito de aplicación del arbitraje forzoso, fundado en dos elementos básicos: (1) Que se trate de alguno de los actos y contratos enumerados en el proyecto, tales como compraventa, permuta, suministro, prestación de servicios, mandato, comisión y corretaje, entre muchos otros; y (2) Que la cuantía sea susceptible de determinación pecuniaria y que exceda de mil unidades tributarias mensuales.²⁵

Esto resulta particularmente sorprendente porque, de haberse aprobado dicha propuesta, una exorbitante cantidad de controversias deberían resolverse mediante arbitraje forzoso, ya que el proyecto mencionaba un gran número de contratos y de índole muy diversa. Esto sin duda habría provocado una enorme congestión en los tribunales arbitrales de la época, ya que la iniciativa no contemplaba medida alguna dirigida a incrementar la cantidad de árbitros en pos de enfrentar este aumento de casos que deberían resolverse mediante arbitraje.

En cuanto a los árbitros propiamente tal, el proyecto era bastante radical, puesto que suprimía a los árbitros de derecho y los asimilaba a los árbitros mixtos, tanto respecto de cuestiones de fondo como de forma. Además, regulaba de manera más exhaustiva el procedimiento de nombramiento judicial de árbitros y explicitaba los casos en que tienen validez las cláusulas compromisorias.

Por otra parte, buscaba unificar el procedimiento aplicable a las diferentes clases de arbitraje y aquel referido a los juicios de cuentas. Precisaba las reglas sobre instalación de los tribunales arbitrales, notificaciones, plazos y formas para la discusión y la prueba, medidas para mejor resolver, ejecución de las resoluciones, requisitos de las sentencias y recursos. Establecía que la prueba se debía apreciar conforme a las reglas de la sana crítica. Decretaba la obligatoriedad de la conciliación. Asimismo, evitaba que los incidentes y los recursos paralizaran el procedimiento.

²⁵ Ibid. 12p. y pp.14-15.

2.5. Proyecto de Ley “Modifica el Código Civil, el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, en materia de competencia para conocer del juicio de partición de la comunidad hereditaria” (2019)

Durante el segundo gobierno del Presidente Sebastián Piñera, se propuso eliminar el arbitraje obligatorio en particiones de bienes de comunidades hereditarias cuando la masa a partir no exceda de las 600 unidades tributarias mensuales, o bien, en caso de que la masa hereditaria sólo conste de un bien inmueble, siempre y cuando el avalúo de éste no supere las 1.200 unidades tributarias mensuales.

Dicho proyecto señalaba que el arbitraje forzoso “(...) representa una evidente limitación del ejercicio del derecho de acción consagrado en nuestro orden constitucional, derecho que todo ciudadano tiene por ser tal y que le asegura el respeto y reconocimiento de sus derechos por parte de los órganos jurisdiccionales estatales de manera efectiva”²⁶. Además, los autores de la iniciativa sostuvieron que la obligatoriedad del arbitraje resulta especialmente criticable en aquellas situaciones donde la cuantía de la masa partible es baja y que, en comparación con los costos del arbitraje, resulta bastante oneroso para los herederos proseguir mediante el juicio de partición.²⁷

Al respecto, debemos tener presente que en esta clase de juicios las partes tienen que solventar los honorarios del abogado solicitante, del receptor judicial, del juez árbitro, del ministro de fe del tribunal arbitral, entre otros. Por esta razón, en muchas ocasiones los herederos no pueden financiar los costos propios de un juicio de partición, por lo que éstos se detienen y se mantienen en el tiempo sin llegar a partir la masa hereditaria. Esto no sólo produce conflictos de orden familiar, económico y jurídico, sino que también impide que los herederos puedan hacer efectivos los derechos que forman parte de su patrimonio, como el derecho real de herencia.²⁸

Así, esta propuesta buscaba brindar una solución para aquellas personas que no cuenten con los ingresos suficientes para solventar un juicio de partición, otorgándoles la posibilidad de

²⁶ Proyecto de Ley que modifica el Código Civil, el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, en materia de competencia para conocer del juicio de partición de la comunidad hereditaria. Boletín 12.689-07 (Cámara de Diputados de Chile), 05 de junio de 2019. 2p.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

acudir ante el juez civil del último domicilio del causante, con el objeto de efectuar la partición. Sin embargo, este proyecto fue retirado de tramitación y jamás se concretó.

2.6. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile (2022)

La Propuesta de Nueva Constitución, que fue rechazada en el plebiscito de septiembre de 2022, hacía alusión al arbitraje en tres de sus disposiciones. La primera de ellas consagraba la voluntariedad del arbitraje y la supresión de la categoría forzosa del mismo; la segunda establecía la prohibición de someter al conocimiento de árbitros aquellos asuntos que sean competencia de tribunales administrativos; y, finalmente, la tercera correspondía a un artículo transitorio que decretaba la continuación de aquellos arbitrajes forzosos que se encontraren vigentes al momento de la eventual entrada en vigencia del texto constitucional propuesto.

A continuación, se analizarán los aspectos más relevantes de la propuesta constitucional señalada:

2.6.1. Promoción de mecanismos colaborativos de resolución de conflictos

El inciso primero del artículo 323 disponía: “Es deber del Estado promover e implementar mecanismos colaborativos de resolución de conflictos que garanticen la participación activa y el diálogo”. De esta manera, el texto buscaba consagrar a nivel constitucional los MASC, lo cual ciertamente puede considerarse como algo positivo para nuestro ordenamiento jurídico.

La profesora María Soledad Lagos, quien actualmente se desempeña como Jefa de la Unidad de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago), participó en una de las sesiones de la Comisión de Sistemas de Justicia de la Convención Constitucional, en la cual sostuvo que en Chile el juicio no es de ultima ratio sino que es el mecanismo de resolución de conflictos por excelencia. Así, podemos señalar que actualmente nuestro país cuenta un sistema de justicia confrontacional que propende a solucionar las controversias a través de los tribunales ordinarios de justicia. Esto en parte se

debe a que “(...) en Chile los MASC no han tenido hasta el día de hoy institucionalidad”²⁹. Y, precisamente, la consagración de tales mecanismos a nivel constitucional podría ser un primer paso para ello.

En este sentido, la profesora Lagos también afirmó que los MASC debiesen formar parte del Poder Judicial para efectos de darle la institucionalidad que necesitan. Por otro lado, indudablemente la incorporación de los MASC en la Constitución permite ampliar la gama de posibilidades que tienen las personas al momento de determinar cómo solucionar sus conflictos. Además, resulta de vital importancia tener presente que siempre se debe escoger el mecanismo adecuado según las condiciones propias del caso en cuestión. De modo que, por regla general, serán las propias partes las que deberán analizar qué mecanismo resulta más conveniente de acuerdo con sus necesidades.

Finalmente, la promoción de los mecanismos colaborativos de resolución de conflictos constituye un factor relevante en la protección efectiva de las garantías fundamentales de las personas, ya que:

“Si pensamos que el objeto de la justicia es resolver los conflictos y garantizar la tutela efectiva de los derechos, tenemos que, necesariamente, incorporar otros mecanismos, y no necesariamente jurisdiccionales: no necesariamente un tercero tiene que resolver las diferencias entre las personas”³⁰.

2.6.2. Justicia arbitral voluntaria y eliminación del arbitraje forzoso

El inciso segundo del artículo 320 del texto propuesto establecía lo siguiente: “La justicia arbitral será siempre voluntaria. La ley no podrá establecer arbitrajes forzosos”. Con esta disposición se pretendía derogar expresamente toda clase de arbitraje obligatorio en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a esta norma, surgen dos posiciones diferentes:

²⁹ Comisión de Sistemas de Justicia – N° 23 - Convención Constitucional - 30/12/21 (en línea). <https://www.youtube.com/watch?v=uf1vqOBtk5A&t=9557s> (consulta: 13 de mayo de 2023).

³⁰ CAM SANTIAGO. María Soledad Lagos y Daniela Escobar exponen ante la Comisión de Sistemas de Justicia de la Convención Constitucional (en línea). <https://www.camsantiago.cl/convencion-constitucional-adr/> (consulta: 13 de mayo de 2023).

Por un lado, es posible sostener que con este artículo de cierto modo se regresa al fundamento y a la naturaleza misma del arbitraje, que es la plena libertad de las partes, puesto que son ellas las que deciden voluntariamente renunciar a la jurisdicción del juez ordinario para someterse a un procedimiento arbitral.³¹ Esta postura justifica la eliminación del arbitraje forzoso en tanto dicha institución significaría una negativa por parte del Estado de brindar tutela efectiva respecto de los derechos lesionados, delegando esa función a los árbitros.

Por otro lado, cierto sector plantea que esta disposición pone término a una institución fuertemente arraigada en nuestro sistema jurídico desde hace más de un siglo, la cual de alguna manera ha acercado a las personas al mundo de los MASC, permitiendo que puedan solucionar sus conflictos rápidamente.

Sin embargo, más allá de la postura que se adopte en esta materia, resulta llamativa la manera en que se justificó la eliminación arbitraje forzoso. En la Iniciativa Convencional Constituyente N° 41-6, que crea un Capítulo relativo a los “principios de los sistemas de justicia”, se mencionó lo siguiente a propósito del principio de gratuidad que debe regir en el acceso de todas las personas a la justicia:

“(…) este principio implica establecer que no se puede exigir ningún pago previo para el ejercicio de una acción, reclamo o recurso, además de excluir de nuestro ordenamiento jurídico los arbitrajes forzosos exigidos por la ley para determinadas materias. Sobre esto último, sí bien se debe reconocer el importante aporte de la justicia arbitral, especialmente en ámbitos contractuales complejos, el acceso a la misma debe ser siempre voluntario para las partes”³².

En definitiva, no se explicó con mayor profundidad por qué el principio de gratuidad en el acceso a la justicia implicaría necesariamente la imposibilidad de establecer supuestos de arbitraje obligatorio. Recordemos que el artículo 323 de la Propuesta de Nueva Constitución (2022) consagra el deber del Estado de promover e implementar los MASC, de modo que perfectamente se podría interpretar que, a la luz de dicho deber constitucional, se debería

³¹ JEQUIER, Eduardo. El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). Estudios Constitucionales. 9(2): 453-498, 2011. 461p.

³² Iniciativa Convencional Constituyente N° 41-6, que “crea un Capítulo relativo a los principios de los sistemas de justicia”, 24 de diciembre de 2021. 7p.

garantizar el acceso a ciertos procedimientos arbitrales sin costo económico para quienes no puedan financiarlo por sus propios medios.

En otras palabras, si el problema del arbitraje forzoso fuese su contravención al principio de gratuidad, este se podría resolver simplemente con la dictación de una política pública que otorgue financiamiento estatal para el desarrollo de esta clase de arbitrajes. No obstante, la verdadera razón por la cual se debiese eliminar esta clase de arbitraje recae en que los MASC tienen como fundamento la autonomía de la voluntad y no la fuerza obligatoria de la ley. Por ende, el arbitraje forzoso deviene en una institución contraria a la naturaleza de todo MASC, por ende, su derogación es necesaria para efectos de asegurar un acceso completamente voluntario a la justicia arbitral.

2.6.3. Prohibición de arbitraje en asuntos contencioso-administrativos

El artículo 332 de la Propuesta de Nueva Constitución (2022) establece la instauración de tribunales administrativos en nuestro país, los cuales se encargarían de conocer y resolver las acciones dirigidas en contra de la Administración del Estado o promovidas por ésta y las demás materias que establezca la ley. Además, el texto anunciaba la creación de un procedimiento unificado, simple y expedito para la tramitación de tales asuntos.

Sin embargo, al final de esta norma se señalaba: “Los asuntos de competencia de estos tribunales no podrán ser sometidos a arbitraje” (inciso cuarto del artículo 332). La implementación de esta disposición habría provocado que el Estado no pueda pactar arbitrajes al celebrar contratos con entidades privadas, lo que sin lugar a duda habría generado un cambio bastante radical en algunos ámbitos, por ejemplo, en materia de concesiones de obra pública, en donde actualmente se permite de manera expresa solucionar eventuales controversias a través de un juicio arbitral.

La doctrina ha sostenido que la arbitrabilidad de los conflictos contencioso-administrativos no se funda única y exclusivamente en la calidad de los sujetos que intervienen, sino más bien en el contenido de la pretensión que se sostiene en cada caso.³³ Así, hasta el momento nuestro

³³ JEQUIER, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. *Revista Chilena del Derecho*. 40(1): 157-180, 2013. 165p.

sistema jurídico autoriza que la Administración del Estado participe como sujeto de arbitraje respecto de ciertas controversias, ateniendo a la naturaleza jurídica del asunto en cuestión. En otras palabras, el legislador se ha encargado de definir específicamente qué materias pueden ser resueltas por árbitros cuando interviene una entidad estatal.

En consecuencia, el hecho de que la Propuesta de Nueva Constitución (2022) haya estipulado que no pueden someterse a arbitraje aquellas materias contencioso-administrativas habría significado un retroceso en lo que se refiere a jurisdicciones especializadas. Se trata de asuntos que poseen ciertas características particulares que ameritan la intervención de especialistas en el área, por este motivo no hubiese sido razonable que tales conflictos hayan sido resueltos por tribunales administrativos, los cuales además habrían conocido una variedad bastante amplia de asuntos.

En esta misma línea, la cuadragésima cuarta norma transitoria de dicha Propuesta establecía que para la creación de los tribunales administrativos se debían fusionar los siguientes foros: tribunales tributarios y aduaneros, el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de Contratación Pública y el Tribunal de Propiedad Industrial. Esto indudablemente habría generado una carga excesiva de trabajo para los tribunales administrativos, en la medida que éstos se hubiesen hecho cargo de asuntos muy diversos entre sí, bajo el riesgo de afectar la calidad de sus decisiones.

2.6.4. Preferencia por instancias permanentes de solución de conflictos en materia de inversión extranjera

El inciso décimo segundo del artículo 289 de la Propuesta establecía: “Al negociar los tratados o instrumentos internacionales de inversión o similares, quien ejerza la Presidencia de la República procurará que las instancias de resolución de controversias sean imparciales, independientes y preferentemente permanentes”.

En primer lugar, la redacción de esta disposición es poco clara en tanto señala que el Presidente de la República “procurará” que las instancias de resolución de controversias sean “preferentemente” permanentes (además de imparciales e independientes), lo cual no representa una responsabilidad propiamente tal para el Primer Mandatario. Entonces, cabe

preguntarse bajo qué criterios el Presidente puede determinar si una instancia internacional cumple con los requisitos antes mencionados o no. Sin embargo, a la luz de la norma propuesta no queda resuelta dicha interrogante.

Por otro lado, tampoco impone la obligación de optar por aquellas instancias permanentes de solución de conflictos, puesto que se habla de “preferentemente”. Esto genera muchas dudas acerca de la manera en que se debiesen dirigir las relaciones internacionales de nuestro país, en particular respecto a un asunto tan crucial como la inversión extranjera.³⁴

Finalmente, cuando se hace referencia al carácter “permanente” de las instancias de resolución de controversias, el proyecto de la Convención Constitucional no especificó si esto significa que debe tratarse de un organismo permanente que organice arbitrajes (como ocurre con el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), perteneciente al Grupo Banco Mundial), o si alude a una Corte permanente de inversión que decida un eventual conflicto (tal como lo estableció la Unión Europea y Canadá en su Acuerdo Económico y Comercial Global).³⁵

Todas estas incógnitas son especialmente relevantes en la medida que forman parte de la imagen de nuestro país en el plano internacional. De modo que no habría sido un buen indicio que existiese tanta incertidumbre en torno a cuestiones tan fundamentales como las instancias de resolución de conflicto, a propósito de los tratados de inversión.

2.7. Propuesta de Constitución Política de la República de Chile (2023)

Este proyecto constitucional, al igual que el analizado anteriormente, fue rechazado por la ciudadanía mediante la realización de un plebiscito. Dicha Propuesta hacía referencia al arbitraje únicamente en dos oportunidades: Primero, para establecer que se propenderá a su utilización como medio alternativo de resolución de conflictos; y, segundo, para señalar que éste deberá emplearse de forma obligatoria en ciertos casos de negociación colectiva.

³⁴ SAHD, Jorge. Inversiones: la Constitución de la incertidumbre. Diario Financiero (en línea). 13 de julio, 2022. <https://www.df.cl/inversiones-la-constitucion-de-la-incertidumbre> (consulta: 13 de mayo de 2023).

³⁵ CARIOLA DÍEZ PÉREZ-COTAPOS. Arbitraje y mecanismos alternativos de resolución de conflictos. (en línea). <https://www.cariola.cl/actualidad-constitucional/arbitraje-y-mecanismos-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/> (consulta: 13 de mayo de 2023).

A continuación, se estudiarán los aspectos más relevantes de la propuesta constitucional señalada:

2.7.1. Propensión al empleo del arbitraje

El inciso octavo del artículo 155 establecía lo siguiente: “Se propenderá a la utilización del arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de resolución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán en conformidad con la ley”. De esta manera, el Consejo Constitucional pretendió fortalecer los MASC al interior de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, la norma analizada no especificó mayormente de qué forma se habría llevado a cabo.

En contraposición, la Propuesta presentada en el año 2022 instauraba como deber del Estado promover e implementar tales mecanismos, lo cual sin lugar a dudas proporcionaba más certezas en la materia. Sobre este punto, la crítica que se puede realizar al proyecto presentado por el Consejo Constitucional radica en que no logró consagrar plenamente el arbitraje -y los MASC en general- en nuestra Carta Fundamental, ni tampoco detalló la manera en que se podría potenciar su utilización en Chile.

De haberse aprobado este texto en el plebiscito de diciembre de 2023, como país habríamos perdido una gran oportunidad para elevar dichos mecanismos a rango constitucional y fortalecer su institucionalidad dentro del régimen jurídico nacional. Como se ha señalado anteriormente, la incorporación de los MASC en la Constitución permite ampliar las posibilidades que tienen las personas de resolver sus diferencias, y así garantizar de mejor forma la tutela efectiva de derechos.

2.7.2. Arbitraje obligatorio en ciertos casos de negociación colectiva

El artículo 16 N° 27 letra c) de la Propuesta establecía lo siguiente:

“La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella”.

Este fragmento se inserta dentro del extenso artículo 16 de la Propuesta de Nueva Constitución (2023), relativo a los denominados “Derechos y Libertades Fundamentales”. Aquí encontramos la regulación de la libertad sindical, la cual comprende a su vez el derecho a la negociación colectiva. Es en ese contexto donde se inserta la obligación de someterse a arbitraje en ciertos casos determinados por la ley. Junto con lo anterior, se establecía que tales procedimientos arbitrales serán llevados a cabo por “tribunales especiales de expertos”.

Cabe destacar que esta disposición es idéntica al artículo 19 N° 16 inciso quinto del texto constitucional actualmente vigente. Por este motivo, es posible sostener que el Consejo Constitucional optó por mantener intacta la regulación referida a la negociación colectiva. Por tanto, de haberse aprobado dicho proyecto, no se habría provocado absolutamente ningún cambio en lo referido a la utilización del arbitraje en esta materia.

2.7.3. Gobierno Judicial y separación de funciones

Si bien este es un asunto que no trata directamente del arbitraje, éste afecta directamente al régimen de impugnación de laudos arbitrales, particularmente en lo referido al recurso de queja. Por ende, resulta de suma importancia analizar cuáles habrían sido las consecuencias prácticas de dicha modificación.

Habiendo aclarado este punto, debemos remitirnos a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 160 de la Propuesta:

“Para la gobernanza del Poder Judicial existirán órganos con autonomía legal encargados de los nombramientos de sus integrantes; la formación y el

perfeccionamiento de jueces y funcionarios; así como la gestión y administración del Poder Judicial. Estos tres órganos funcionarán separadamente y de forma coordinada”.

Así, se encomendaba a las leyes regular la competencia, la organización, el funcionamiento y las demás atribuciones de los órganos que ejercerían el Gobierno Judicial. En esta misma línea, de haberse aprobado la Propuesta de Nueva Constitución (2023), la Corte Suprema habría perdido la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales y juzgados del país. Esto último se encuentra consagrado desde la Constitución de 1833, y hoy en día el artículo 96 N° 4 del COT da cuenta de aquello al regular las atribuciones del máximo tribunal: “Ejercer las facultades administrativas, disciplinarias y económicas que las leyes le asignan (...)”.

Al respecto, el profesor Alejandro Romero Seguel ha sostenido que la circunstancia que el proyecto de Constitución declare que “el máximo órgano jurisdiccional del Poder Judicial será la Corte Suprema”, no puede tener el mismo significado que antes, en tanto propone diluir significativamente el mecanismo de control que tenía como eje a este Tribunal.³⁶

En tal sentido, cabe señalar que el proyecto buscaba lograr una nueva forma de distribución del poder (o “desconcentración” del mismo), disminuyendo las facultades políticas de la Corte Suprema, para que dejara de encabezar el Gobierno Judicial, en especial, a través del control disciplinario.³⁷

Además, la entrada en vigencia de esta norma habría significado necesariamente la abolición del recurso de queja, ya que si el control disciplinario de los jueces pasa a la competencia de los nuevos órganos de gobierno, no se puede mantener vigente un instrumento que se explicaba y justificaba como un mecanismo disciplinario.³⁸

³⁶ ROMERO, Alejandro. Nueva Constitución y Gobierno Judicial: fin al recurso de queja. Microjuris (en línea). 25 de octubre, 2023. <https://aldiachile.microjuris.com/2023/10/25/nueva-constitucion-y-gobierno-judicial-fin-al-recurso-de-queja/> (consulta: 12 de febrero de 2024).

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

Esto último resulta particularmente relevante en materia de arbitrajes, ya que hubiese puesto fin a la posibilidad que tiene la Corte Suprema para actuar como tercera instancia, lo cual también puede ocurrir en la práctica arbitral como veremos más adelante.

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DEL RÉGIMEN DUALISTA

1. Régimen arbitral dualista en Chile y su regulación

Actualmente, nuestro país posee un régimen arbitral dualista, esto significa que las normas aplicables son diferentes dependiendo si se trata de un arbitraje nacional o de un arbitraje comercial internacional.

En particular, es posible afirmar que Chile cuenta con un estatuto jurídico moderno y acorde con la nueva cultura arbitral en lo que se refiere al ámbito internacional. Sin embargo, en lo que respecta al arbitraje nacional existe una regulación mucho más rígida y que se asemeja bastante a un juicio ordinario.

Sobre este punto, María Fernanda Vásquez ha señalado: “El problema de esta realidad no reside, sin embargo, en esta dualidad normativa -entendiendo tal noción como un doblés legislativo en cuanto a regular una misma materia-, sino que se encuentra en la asimetría que presentan ambos regímenes”³⁹. Bajo esta lógica, los inconvenientes de nuestra regulación arbitral no recaerían en la distinción entre arbitraje nacional e internacional, sino más bien en la diferencia de posiciones acerca de las mismas instituciones. En otras palabras, ante un mismo problema jurídico, se entregan soluciones diversas en cada una de las normativas.

A continuación, se presentará cuál es la regulación establecida en nuestro país para cada uno de estos sistemas:

1.1. Arbitraje nacional

El arbitraje nacional, también conocido como doméstico o interno, se encuentra regulado principalmente en el COT (Título IX, artículos 222 a 243) y en el CPC (Título VIII, artículos 628 a 644). Como se manifestó previamente, no han existido mayores modificaciones a las disposiciones relativas al arbitraje desde la promulgación de dichos cuerpos normativos.

³⁹ VÁSQUEZ, María Fernanda. Arbitraje en el Derecho Chileno Doméstico: La reforma que falta. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2: 1-46, 2010. 7p.

1.1.1. Jueces árbitros

El artículo 222 del COT señala: “Se llaman árbitros, los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”. De esta disposición se pueden extraer dos conclusiones sumamente importantes: (1) Que nuestro ordenamiento jurídico nacional les reconoce a los árbitros la calidad de jueces, sean árbitros de derecho, arbitradores o mixtos; y (2) Que pueden ser nombrados en virtud de la voluntad de las partes o de los tribunales de justicia, en subsidio.⁴⁰

A partir de esta norma, la mayor parte de la doctrina y jurisprudencia chilena le ha atribuido al árbitro una función jurisdiccional equiparable a la del juez, igualando su cometido y el laudo por él dictado a una resolución judicial o sentencia declarativa, lo que se conoce como la tesis procesal o jurisdiccionalista.⁴¹ Sin embargo, existe una mayor discusión en torno a la posición de la figura arbitral dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en particular, respecto a si puede considerarse a los árbitros como parte integrante del Poder Judicial o no.⁴²

En esta línea, debemos tener en consideración lo dispuesto en el artículo 5 del COT, el cual establece los tribunales que deberán conocer de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, distinguiendo entre: (1) los tribunales ordinarios pertenecientes al Poder Judicial (inciso segundo); (2) los tribunales especiales que también forman parte del Poder Judicial (inciso tercero); (3) los demás tribunales especiales que se regulan en las leyes y que no integran el Poder Judicial (inciso cuarto) y; (4) finalmente, hace una breve mención al arbitraje, señalando lo siguiente: “Los jueces árbitros se regirán por el Título IX de este Código” (inciso final). En consecuencia, se puede desprender de esta disposición que los árbitros no forman parte del Poder Judicial, puesto que no se ha expresado de tal manera, a diferencia de lo dispuesto en dicha norma anteriormente en relación con otros tribunales.

⁴⁰ CRUZ, Javier. y HELMLINGER, Karin. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. *En*: GORJÓN, Francisco. y VARGAS, Juan. (Eds.). Arbitraje y Mediación en las Américas. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016. 122p.

⁴¹ VÁSQUEZ, María Fernanda. Arbitraje en el Derecho Chileno Doméstico: La reforma que falta. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2: 1-46, 2010. 19p.

⁴² *Ibid.* 15p.

Al respecto, Eduardo Jequier ha sostenido que concebir la figura arbitral como un tribunal más de la organización de la administración de justicia estatal significa un gran error. En particular, el autor afirma que:

“(…) entender que los árbitros pasan por su sola designación a integrar el *staff* de miembros del Poder Judicial, implicaría admitir necesariamente y al mismo tiempo que dentro de este poder público, por esencia organizado y perdurable en el tiempo, existiría una parcela en donde sus jueces son sin embargo ocasionales y, lo que es peor aún, elegidos por los particulares y no por el Estado como delegado de la soberanía y titular de la jurisdicción”⁴³.

En otras palabras, sugerir que los árbitros integran el Poder Judicial supone que la conformación de este último en parte también está sujeta a la voluntad de los justiciables. Esto resulta inaceptable en la medida que los jueces estatales y los árbitros ejercen la labor de administración de justicia de diferente forma: Por un lado, el juez estatal ejerce la función jurisdiccional de manera permanente, en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Constitución y las leyes; mientras que, por otro lado, el árbitro si bien desempeña esa misma función, ésta deriva de la voluntad autónoma de las partes, las cuales le han encomendado resolver una determinada controversia dentro del marco de actuación delimitado por ellas mismas.

En síntesis, equiparar la figura del árbitro a la del juez representa una grave equivocación, ya que si se quiere seguir una correcta conceptualización del arbitraje, jamás debe perderse de vista que “los árbitros hacen lo que el Poder Judicial, pero no son Poder Judicial”⁴⁴, como ha quedado de manifiesto.

1.1.2. Impugnación de laudos arbitrales

El artículo 239 del COT establece el régimen de recursos contra una sentencia arbitral y señala que, por regla general, se pueden interponer los recursos de apelación y casación ante el

⁴³ JEQUIER, Eduardo. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho chileno sobre arbitraje interno: Algunas propuestas. *Estudios Constitucionales*. 11(2): 155-200, 2013. 173p.

⁴⁴ *Ibid.* 174p.

tribunal que habría conocido de ellos si fuese un juicio ordinario. De este modo, nuestra legislación contempla lo que doctrinariamente se ha denominado un “excesivo y completo control estatal de las sentencias pronunciadas por los tribunales arbitrales”⁴⁵.

Esto reafirma lo dicho en el apartado anterior, ya que nuestro Derecho doméstico faculta a los tribunales ordinarios de justicia para conocer de los recursos dirigidos en contra de un laudo arbitral. Esto demuestra que, en realidad, los árbitros no son completamente independientes de la justicia estatal, en la medida que el valor de sus sentencias se ve limitado o afectado por la posibilidad de revisión por parte de los tribunales ordinarios.

Esto también significa una afectación a la voluntad de las partes, en el sentido de que ellas han decidido sustraer un asunto del conocimiento de la justicia estatal y someterlo a la justicia arbitral, de modo que si dichas sentencias son revisadas por los tribunales ordinarios, también se está contradiciendo lo que las partes habían acordado en un inicio, esto es, resolver la controversia mediante un arbitraje.

La única excepción que contempla el legislador al respecto es que las partes, siendo mayores de edad y libres administradoras de sus bienes, hayan acordado: (1) La renuncia anticipada de dichos recursos, o (2) Su sometimiento a arbitraje en el compromiso o en un acto posterior (inciso primero del artículo 239 del COT). Estas excepciones también significan una vulneración a un principio básico que rige en materia arbitral: la autonomía de la voluntad. Este último se entiende como “el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas”⁴⁶. Como se dijo anteriormente, las partes deciden autónoma y libremente solucionar un determinado conflicto mediante un procedimiento arbitral, por ende, lo lógico sería que todo aquello que guarde relación con dicha disputa deba solucionarse por la misma vía. No obstante, nuestro legislador ha escogido la opción contraria, es decir, que la regla general sea que los recursos deban ser conocidos por los tribunales ordinarios y que excepcionalmente sea el propio árbitro quien resuelva estos recursos, si es que las partes así lo deciden en el compromiso o en un acto posterior.

⁴⁵ VÁSQUEZ, María Fernanda. Arbitraje en el Derecho Chileno Doméstico: La reforma que falta. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2: 1-46, 2010. 28p.

⁴⁶ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Madrid, Editorial Civitas, 1985. 13p.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico chileno contempla una regulación especial en relación con la impugnación de laudos dictados por árbitros arbitradores. En particular, se establece que jamás resultará procedente el recurso de casación en el fondo y que el recurso de apelación sólo procederá cuando las partes hayan expresado, en el respectivo compromiso, que se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las personas que han de desempeñar este cargo (inciso segundo del artículo 239 del COT). En otras palabras, nuestro Derecho permite la existencia de un tribunal arbitral de segunda instancia, siempre y cuando las partes lo hayan estipulado previamente en el compromiso y, además, hubiesen señalado quiénes serían los árbitros encargados de conocer del recurso de apelación.

Dicho esto, cabe sostener que respecto de los árbitros arbitradores sí se da cumplimiento al principio de mínima intervención de los tribunales. No así respecto de los árbitros de derecho y mixtos, por las razones anteriormente expuestas.

Adicionalmente, cabe referirse a la situación de otros dos recursos en contra de laudos que no son renunciables por las partes de común acuerdo: el recurso de casación en la forma y el recurso de queja.

Respecto del primero, se puede inferir de la lectura del artículo 239 del COT que es un medio de impugnación posible, ya que se habla de recurso de casación sin más, no se especifica si se refiere al fondo o a la forma. Además, la jurisprudencia ha determinado que las causales de ultra petita e incompetencia del tribunal (artículo 768 N° 1 y 4 del CPC, respectivamente) son irrenunciables, puesto que forman parte del orden público y, por tanto, son indisponibles por las partes.⁴⁷ En consecuencia, en tales supuestos la intervención de los tribunales se ha considerado necesaria.

De esta forma, el tribunal ad quem se encarga de confirmar o casar el laudo impugnado. En este último caso, el juez se limita a dejar sin efecto la sentencia arbitral e indica el estado en el que se retoma el juicio, lo cual se conoce como reenvío.

⁴⁷ LEÓN, Constanza. El control jurisdiccional en el arbitraje: Un análisis comparativo de los sistemas jurídicos de España y Chile. *Revista Ius et Praxis*. 28(1): 82-100, 2022. 90p.

En cuanto al recurso de queja, éste opera tratándose de sentencias definitivas e interlocutorias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, con tal que respecto de ellas no proceda recurso alguno (artículo 545 del COT). Esto último ocurre en el caso de los árbitros de derecho y mixtos, en la medida que las partes hayan renunciado a los medios de impugnación (artículo 239 del COT), como se señaló anteriormente. Por otra parte, en el caso de los árbitros arbitradores, procede la interposición de este recurso de forma conjunta con el recurso de casación en la forma.

La importancia práctica de este análisis reside en que si un árbitro dicta una sentencia con falta o abuso grave, sobre la cual no procede ningún otro recurso, se podrá presentar un recurso de queja ante la Corte de Apelaciones respectiva para que revise dicha sentencia y sancione al árbitro, en caso de que se estime necesario. Esto último demuestra que los árbitros siempre están sujetos al control disciplinario que ejercen los tribunales ordinarios de justicia, lo que representa uno de los rasgos más característicos del arbitraje doméstico chileno.

No obstante lo anterior, cabe destacar que desde hace algunos años nuestra jurisprudencia nacional ha tendido a rechazar los recursos de queja en contra de los árbitros, primando la autonomía de la voluntad por sobre la revisión judicial de laudos arbitrales. En particular, en 2018 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago dictó una sentencia en la que se sostuvo lo siguiente:

“Que del tenor del recurso se advierte que más que alegaciones destinadas a construir una supuesta falta o abuso por haberse fallado contraviniendo la ley o aplicando normas legales que no eran pertinentes, dicen relación en el fondo con cuestionamientos relativos a la resolución adoptada y a la valoración que se hiciera de las pruebas que se aportaron, que no son del agrado del quejoso, asunto que excede los márgenes del recurso disciplinario que se analiza”⁴⁸.

A la luz de este fallo es posible apreciar la estrategia que ha sido empleada por algunos recurrentes, consistente en alegar cuestiones relativas al fondo del asunto a través de la interposición de un recurso de queja. Esto último ciertamente representa un uso inadecuado de este medio de impugnación, puesto que se pretende constituir una nueva instancia procesal

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2018, Rol N° 11956-2017.

en lugar de solicitar la dictación de una sanción disciplinaria, que es la finalidad primordial del presente recurso. De esta manera, la jurisprudencia reciente ha optado mayoritariamente por rechazar los recursos de queja orientados a atacar el fondo del asunto, privilegiando la solución de estos conflictos por la vía arbitral y no ante los tribunales ordinarios.

1.1.3. Arbitraje forzoso

Tal como se ha señalado a lo largo de este trabajo, el arbitraje obligatorio es una de las instituciones jurídicas más particulares del régimen arbitral chileno. No muchas legislaciones han adoptado esta figura e incluso en nuestro país se ha cuestionado fuertemente su aplicación, como quedó de manifiesto en el Proyecto de Nueva Constitución presentado en el año 2022.

Patricio Aylwin en su obra “El Juicio Arbitral” señala que el arbitraje forzoso:

“(…) es contrario al fundamento mismo del arbitraje, a los fines que éste persigue y a los principios que lo rigen, ya que anula la libertad contractual en una institución que precisamente se basa en ella, y no asegura a las partes un juez de confianza, como se persigue con el compromiso, pues bien puede ocurrir que sólo los jueces ordinarios les merezcan fe, o que, no poniéndose de acuerdo, se les imponga por la autoridad un tercero desconocido y falto de todo título”⁴⁹.

En definitiva, la libertad contractual es lo que caracteriza y distingue al arbitraje como mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos. Por tal motivo, la doctrina nacional ha comprendido que el arbitraje forzoso significa una contradicción al origen, naturaleza, contenido y finalidad de esta institución.⁵⁰

Su permanencia en el Derecho chileno implica una limitación al principio de autonomía de la voluntad en el desarrollo de arbitrajes internos, ya que el legislador ordena que determinadas materias deban someterse obligatoriamente a un procedimiento arbitral (artículo 227 del

⁴⁹ AYLWIN, Patricio. El juicio arbitral. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023. 103p.

⁵⁰ JEQUIER, Eduardo. Arbitraje societario y arbitraje forzoso en el Anteproyecto de Ley de Arbitraje Interno. Algunas Propuestas. En: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. pp.198-199.

COT).⁵¹ Por consiguiente, al verificarse alguno de dichos supuestos, las partes no son libres de decidir la manera ni el momento en qué resolverán el asunto, puesto que estarán forzadas a acudir al arbitraje una vez que nazca el conflicto, a pesar de su negación.⁵²

Eduardo Jequier sostiene que en esta institución “(...) la voluntad de las partes es reemplazada por una decisión del Estado, proscribiéndose, por ende, el acceso de las partes a los órganos jurisdiccionales estatales como método de solución de sus controversias”⁵³. Dicho de otro modo, en estos casos la fuente del juicio arbitral no se encuentra en la voluntad de las partes sino en la voluntad del legislador.

De esta manera, se produce la anómala situación en que el primer trámite constitutivo del arbitraje será el nombramiento o la designación del árbitro (artículo 232 del COT) y no el convenio arbitral, lo cual representa una de las peculiaridades del régimen chileno.

En contraposición, nuestra actual regulación del arbitraje comercial internacional no contempla esta polémica figura, recogiendo los principios y normas que prácticamente todos los países del mundo occidental aplican en la materia. Justamente, dichos ordenamientos jurídicos han pretendido eliminar del arbitraje cualquier atisbo de obligatoriedad en su origen y desarrollo, superando aquellas antiguas concepciones del mismo que desconocían su naturaleza eminentemente voluntaria.⁵⁴

Tal como se señaló previamente, el artículo 227 del COT establece cuáles son los casos de arbitraje forzoso contemplados en el sistema jurídico chileno, en específico, el numeral quinto señala “Los demás que determinen las leyes”, lo que otorga al legislador la posibilidad de incrementar aún más la presencia de esta figura en el ámbito doméstico.

Adicionalmente, la permanencia del arbitraje obligatorio trae consigo un problema incluso más grave, el cual guarda relación con el acceso a la justicia. Esto último se debe a que la institución referida no solamente implica una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que

⁵¹ VÁSQUEZ, María Fernanda. La autonomía de la voluntad en el instituto arbitral chileno: Entre su reconocimiento, su imprecisión y la negación. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. 250p.

⁵² *Ibid.* 251p.

⁵³ JEQUIER, Eduardo. El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). Estudios Constitucionales. 9(2): 453-498, 2011. 459p.

⁵⁴ *Ibid.* 455p.

prohíbe su ejercicio al negar a los justiciables el acceso a los tribunales estatales, derivándolos ante árbitros privados para que éstos resuelvan sus controversias. Por este motivo, la subsistencia de dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico resulta francamente inadmisibles, en tanto impide que las partes puedan salvaguardar sus derechos e intereses legítimos ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

En otras palabras, el arbitraje forzoso significa una infracción al deber estatal de poner en ejercicio la jurisdicción, obligando a las partes a pagar por el ejercicio de un derecho fundamental esencialmente gratuito.⁵⁵

En síntesis, el arbitraje forzoso constituye una figura atípica y completamente obsoleta al interior del ordenamiento chileno, que debería eliminarse por su contravención a la naturaleza voluntaria del arbitraje, al derecho a la tutela judicial efectiva, al principio de gratuidad de la justicia y, especialmente, por constituir una barrera de acceso a la jurisdicción.

1.2. Arbitraje comercial internacional

Antiguamente, en América Latina el arbitraje internacional se consideraba un mecanismo extraño, no existía mucho conocimiento acerca de sus fundamentos y durante muchos años se miró con bastante escepticismo. Sin embargo, a medida que los países latinoamericanos comenzaron a fortalecer sus relaciones comerciales con diferentes potenciales mundiales, surgió la necesidad imperante de satisfacer las tendencias impuestas por el proceso de desarrollo económico. Esto produjo un reconocimiento gradual del importante rol del arbitraje internacional, en cuanto procedimiento flexible, rápido y confiable para la resolución de controversias comerciales.⁵⁶

Este mismo fenómeno ocurrió en Chile a partir de la década de 1980 y se profundizó aún más desde 1990 con el retorno a la democracia, continuando con la liberalización económica y la suscripción de tratados de libre comercio con diversos países desarrollados. Todo esto trajo consigo un importante incremento en los negocios internacionales y, por ende, un aumento en

⁵⁵ Ibid. 490p.

⁵⁶ CONEJERO, Cristián. La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: Un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 32(1): 89-138, 2005. 91p.

el número de conflictos de ese orden y la preocupación, principalmente de los abogados, por diseñar el mejor sistema de resolución de controversias, que brinde garantía de efectividad.⁵⁷

Precisamente, el arbitraje se constituye como una de las herramientas más utilizadas para solucionar conflictos derivados de contratos de carácter mercantil. Sin embargo, hasta inicios de la década del 2000, el arbitraje comercial internacional no estaba regulado en nuestro país, por lo que cuando éste tenía lugar en territorio nacional no había otra opción más que aplicar las normas del CPC y del COT relativas al arbitraje doméstico.⁵⁸ Esta situación ciertamente no resultaba en lo absoluto atractiva para los inversionistas extranjeros, ya que ante cualquier controversia que pudiera producirse a propósito de un contrato sujeto a una cláusula arbitral, éste tendría que resolverse con el Derecho chileno si es que las partes pactaron que el arbitraje debía celebrarse en suelo nacional.

Por esta razón, el 2 de junio de 2003 el gobierno del Presidente Ricardo Lagos presentó un Mensaje para dar inicio a la tramitación del proyecto de ley acerca de esta materia. En esa instancia se entregaron tres grandes motivos por los cuales darle urgencia a la discusión de la denominada Ley de Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, LACI): (1) Multiplicación de transacciones con cláusula arbitral: Se sostenía que como gran parte de los intercambios comerciales entre Chile y el extranjero toman la forma de contratos internacionales con cláusulas arbitrales, era de vital importancia regular de manera más específica las normas que rigen el arbitraje internacional; (2) Incentivo al juicio en Chile: Se argumentaba la conveniencia de implementar mecanismos legales adecuados para que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile, de modo que no sea necesario acudir a instancias internacionales para ello; y (3) Chile como Centro de Arbitraje: Se proponía como un objetivo deseable que, a partir de la LACI, nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente a nivel latinoamericano.⁵⁹

Además, el Mensaje se encarga de recordar que cuando la ONU creó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, CNUDMI) en el año 1966, se manifestó que “(...) las controversias y divergencias que surgieran de la aplicación

⁵⁷ CRUZ, Javier. y HELMLINGER, Karin. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. *En*: GORJÓN, Francisco. y VARGAS, Juan. (Eds.). Arbitraje y Mediación en las Américas. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016. 123p.

⁵⁸ LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. *Foro jurídico*. 18: 141-165, 2020. 146p.

⁵⁹ Mensaje N° 15-349 (Cámara de Diputados de Chile), 2 de junio de 2003. pp.3-4.

de las leyes de diversos Estados a asuntos relacionados con el comercio internacional constituían un obstáculo para el desarrollo del comercio mundial”⁶⁰. Por lo tanto, desde esa época se ha buscado armonizar y unificar el derecho mercantil internacional, con el objetivo de crear una normativa común aplicable a la mayor cantidad de países en esta materia. Además, a partir de ese entonces el arbitraje ha sido reconocido paulatinamente como un método altamente efectivo de solución de conflictos a nivel mundial. Por este motivo, el Poder Ejecutivo de aquel momento pretendió hacer frente a la insuficiencia e inadecuación de las normas domésticas de arbitraje para casos internacionales:

“Considerando que las normas internas actuales, por estar concebidas para un arbitraje de derecho interno, son inadecuadas para los casos internacionales, es posible concluir que hay un vacío legal del derecho chileno que es necesario llenar en materia de arbitraje comercial internacional. En efecto, las normas del derecho chileno a propósito del arbitraje comercial internacional son claramente insuficientes y no recogen el carácter particular y específico del derecho del arbitraje en materia internacional”⁶¹.

Es así como el proyecto de LACI consistió fundamentalmente en incorporar a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI, sin mayores cambios o modificaciones. Nuestro legislador optó por esta definición debido a la necesidad de integración y uniformidad en la normativa, promoviendo la aceptación internacional al deseo de los centros arbitrales chilenos de transformarse en centros arbitrales internacionales.

Finalmente, el 29 de septiembre de 2004 entró en vigencia la Ley N° 19.971 (LACI), con lo cual se llenó un vacío regulatorio en relación con la solución de conflictos comerciales internacionales. Esta ley permitió, entre otras cosas, “(...) el establecimiento de reglas procesales en que la voluntad de las partes se vea reflejada de mejor manera y que el laudo resultante sea abstraído de manera importante de la mayoría de los recursos procesales que franquea la legislación chilena”⁶². De este modo, el régimen arbitral quedó integrado de la siguiente manera: Por un lado, una serie de preceptos legales más antiguos referidos al ámbito

⁶⁰ Ibid. 4p.

⁶¹ Ibid. 5p.

⁶² CRUZ, Javier. y HELMLINGER, Karin. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. *En*: GORJÓN, Francisco. y VARGAS, Juan. (Eds.). Arbitraje y Mediación en las Américas. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016. 124p.

interno, fundamentalmente contenidos en el CPC y el COT; y, por el otro, una legislación más moderna y especializada en cuanto al arbitraje internacional.

Dicho esto, a continuación se enunciarán las disposiciones más relevantes de la LACI y los principios que en ella se consagran, de acuerdo con el Mensaje Presidencial aludido anteriormente:

1.2.1. Especialidad del arbitraje comercial internacional

El artículo 1 de la LACI establece en su inciso primero: “Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile”. De modo que se instaura un régimen jurídico especial y autónomo, en la forma y en el fondo, para el arbitraje comercial internacional. Además, se busca conciliar nuestra regulación con lo dispuesto en los tratados internacionales en esta materia, a los cuales nuestro país se encuentre adscrito.

1.2.2. Ámbito sustantivo de aplicación

El artículo 2 letra g) de la LACI señala: “La expresión “comercial” debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no”. Por lo tanto, se tiene una noción de “comercial” bastante más extensa que la utilizada en el Código de Comercio, específicamente en su artículo tercero.

Con posterioridad, la LACI enumera una serie de operaciones que pueden considerarse mercantiles. Esta enumeración es idéntica a la que se puede apreciar en la Ley Modelo de la CNUDMI en una nota al pie de página, a propósito de su primer artículo:⁶³

“Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro,

⁶³ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. 1p.

arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera” (artículo 2 letra g) de la LACI).

De este modo, es posible sostener que el ámbito mercantil establecido por la LACI es bastante amplio, en tanto se explicita una gran variedad de operaciones y se incluye la expresión “por ejemplo”, a partir de esto último se ha interpretado que dicha enumeración no es taxativa y podría ser incluso más extensa.

1.2.3. Ámbito territorial de aplicación

El artículo 1 N° 2 de la LACI plantea que, por regla general, esta ley se aplicará únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional, con algunas excepciones (artículos 8, 9, 35 y 36 de la LACI). De manera que el criterio utilizado para determinar si debe aplicarse esta legislación consiste, fundamentalmente, en que el lugar del arbitraje se sitúe en Chile.

1.2.4. Intervención excepcional de los tribunales ordinarios

En este punto se marca una de las mayores diferencias con el sistema de arbitraje interno o doméstico, ya que se dispone expresamente que en los asuntos correspondientes a un arbitraje comercial internacional no intervendrán los tribunales ordinarios de justicia, a menos que la ley así lo establezca (artículo 5 de la LACI). En específico, nuestro legislador señala bajo qué supuestos se requiere la intervención de los tribunales para el cumplimiento de ciertas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje (artículo 6 de la LACI):

En primer lugar, se decreta que deberá actuar el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje, en los siguientes supuestos: (1) Cuando las partes no hayan llegado a acuerdo sobre el procedimiento relativo al nombramiento del árbitro o los árbitros (artículo 11 N° 3 de la LACI); (2) Cuando las partes si bien acordaron dicho

procedimiento, se hayan producido algunos inconvenientes o situaciones de incumplimiento, ya sea respecto de alguna de las partes, un árbitro o un tercero (artículo 11 N° 4 de la LACI); (3) Cuando no prospere una recusación respecto de un árbitro (artículo 13 N° 3 de la LACI); (4) Cuando un árbitro se vea imposibilitado de ejercer sus funciones o no las ejerza durante un plazo razonable (artículo 14 de la LACI); y (5) Cuando cualquiera de las partes solicite resolver, como cuestión previa, una excepción de incompetencia respecto del tribunal arbitral (artículo 16 N° 3 de la LACI).

En segundo lugar, se establece que única y exclusivamente la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva podrá anular un laudo arbitral cuando lo solicite una de las partes y se cumplan los correspondientes requisitos legales (artículo 34 N° 2 de la LACI).

Esto refleja que nuestra LACI, al igual que la Ley Modelo de la CNUDMI, consagra el principio de intervención mínima, ya que se reconocen facultades más bien acotadas a los tribunales estatales para actuar en arbitrajes internacionales. Sin embargo, este respeto a la autonomía arbitral no es absoluto, puesto que nuestra normativa exige, respecto de algunas actuaciones precisas, la colaboración de los tribunales ordinarios para el éxito y eficacia del arbitraje.⁶⁴

1.2.5. Acuerdo de arbitraje

El convenio arbitral que celebran las partes supone una auténtica manifestación del principio de autonomía de la voluntad. En este sentido, se podría señalar que dicho acuerdo constituye la base del arbitraje mismo. El artículo 7 de la LACI lo define como aquel “acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

Además, nuestra legislación vigente establece como requisito de validez del acuerdo de arbitraje que éste conste por escrito, contemplando varias modalidades para ello: “(...) 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

⁶⁴ VÁSQUEZ, María Fernanda. Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia. *Revista Ius et Praxis*, 21(2): 523-552, 2015. 529p.

de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra” (artículo 7 de la LACI).

1.2.6. Medidas cautelares

Se faculta de manera expresa a los árbitros para ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que se estimen necesarias respecto del objeto del litigio, siempre y cuando una de las partes lo haya solicitado previamente (artículo 17 de la LACI).

Según el Mensaje Presidencial que dio inicio a la tramitación de esta ley, dentro de tales medidas se incluyen aquellas de carácter prejudicial o precautorias y la orden de no innovar.⁶⁵ Además, se ha entendido que pueden ser decretadas tanto en una etapa previa a la constitución del tribunal arbitral como posterior a ello.

1.2.7. Composición del tribunal arbitral

En cuanto al número de árbitros que componen un tribunal arbitral, según la práctica comercial imperante y nuestra legislación vigente, deberán ser tres árbitros (artículo 10 de la LACI). No obstante lo anterior, las partes siempre serán completamente libres de determinar el número de árbitros que estimen conveniente.

1.2.8. Libertad de procedimiento e igualdad entre las partes

El artículo 19 de la LACI consagra la libertad de las partes para acordar cuál será el procedimiento que deberá aplicar el tribunal arbitral en sus actuaciones sucesivas. Supletoriamente, los árbitros podrán dirigir el procedimiento del modo que consideren más apropiado, pudiendo determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

⁶⁵ Mensaje N° 15-349 (Cámara de Diputados de Chile), 2 de junio de 2003. 7p.

Además, se consagra el principio de trato equitativo entre las partes, en virtud del cual los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darles a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos (artículo 18 de la LACI).

1.2.9. Libertad para escoger las normas aplicables al fondo del litigio

Nuestra actual regulación establece que las partes son libres de elegir las normas de derecho que debe utilizar el tribunal arbitral para resolver el fondo de la controversia en cuestión. De esta manera, los árbitros deberán decidir el litigio según las cláusulas contractuales fijadas por las partes y tendrán en consideración la práctica mercantil aplicable al caso concreto.

Por otra parte, el artículo 28 de la LACI señala que si las partes no indicasen la ley aplicable, el tribunal arbitral empleará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime pertinentes.

1.2.10. Impugnación del laudo

En el artículo 34 de la LACI se establece expresamente que el recurso de nulidad es el único medio para impugnar un laudo arbitral, por lo que se excluyen los demás recursos contemplados en la ley chilena interna. Esta petición de nulidad puede solicitarse ante la respectiva Corte de Apelaciones en los siguientes supuestos:

Primero, si la parte que interpone el recurso prueba: (1) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 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 hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o (2) 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 (3) 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 (4) 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 esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.

Segundo, si el tribunal logra comprobar: (1) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o (2) Que el laudo es contrario al orden público de Chile.

Por lo tanto, en cierta medida se permite que un tribunal estatal pueda declarar de oficio la nulidad de un laudo arbitral en caso de probar alguna de estas dos últimas circunstancias. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han interpretado restrictivamente el concepto de orden público (artículo 34 N° 2 letra b) sección ii) de la LACI), avanzando hacia una noción muy estricta y acotada de dicha causal como límite a la validez y eficacia de un laudo,⁶⁶ lo cual será profundizado más adelante.

2. Problemáticas

Luego de haber estudiado la regulación del régimen arbitral dualista en Chile, es menester señalar cuáles son los principales defectos de este sistema.

2.1. Kompetenz-Kompetenz

Se trata de un principio que actualmente tiene una amplia aceptación en la gran mayoría de los regímenes arbitrales a lo largo del mundo. Sus orígenes se remontan a la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, dictada en el año 1958. Más tarde, este principio sería recogido en la Ley Modelo de la CNUDMI, de 1985. En definitiva, el principio Kompetenz-Kompetenz, denominación alemana que en español significa Competencia-Competencia, se refiere a que “(...) el tribunal arbitral es competente para conocer acerca de las objeciones que se formulen respecto de su propia

⁶⁶ OSSA, Felipe. y ZAMORA, Rosana. El Arbitraje Internacional en la Jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. 110p.

competencia, dentro de las cuales lógicamente estarán aquellas que dicen relación con la validez del convenio arbitral”⁶⁷.

En nuestro país se consagra expresamente este tradicional principio en lo referido al arbitraje comercial internacional:

“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, 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 de la cláusula compromisoria” (artículo 16 N° 1 de la LACI).

De este modo, con este principio se producen dos efectos diferentes: (1) Uno positivo en cuanto se faculta a los árbitros para conocer respecto de su propia competencia; y (2) Otro de carácter negativo consistente en que se impide que otros tribunales decidan sobre la competencia del árbitro antes que el propio tribunal arbitral.⁶⁸

Sin embargo, nuestra legislación establece ciertos casos excepcionales en los cuales se autoriza a los tribunales ordinarios para efectuar eventuales revisiones judiciales de los laudos arbitrales en caso de ser pertinentes: “Las funciones a que se refieren los artículos 11, numerales 3) y 4); 13, numeral 3); 14 y 16, numeral 3), serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo” (inciso segundo del artículo 6 de la LACI), supuestos que ya han sido analizados en el presente trabajo anteriormente.

En consecuencia, en el arbitraje comercial internacional son los propios árbitros quienes tienen preferencia para conocer de esta materia, y sólo en casos verdaderamente excepcionales y calificados los tribunales ordinarios pueden intervenir. El fundamento del principio Kompetenz-Kompetenz reside en que las partes han decidido otorgarle competencia al árbitro para

⁶⁷ AYLWIN, Patricio. El juicio arbitral. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023. 500p.

⁶⁸ LUX, Cristina. El principio kompetenz-kompetenz en Chile. Su aplicación restrictiva como causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial internacional como forma de resolución de conflictos. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018. pp.35-36.

resolver un determinado asunto, de modo que éste debe conocer incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral. En este mismo sentido lo ha expresado María Fernanda Vásquez:

“No se trata de una mera facultad del árbitro ni de una concesión de las partes a su competencia, se entiende que se trata de una obligación por parte del árbitro una vez que ha aceptado el cargo, aun a falta de mención expresa, pues tiene el deber de revisar los cimientos del juicio que va a conducir, de lo contrario, podrá constituirse en responsable ante las partes”⁶⁹.

Dicho esto, en el ámbito internacional se trata de un principio plenamente consagrado. Sin embargo, la situación cambia tratándose del arbitraje doméstico o interno, ya que éste no goza de una consagración legal expresa. Si bien el árbitro se encuentra autorizado para pronunciarse sobre la existencia o nulidad del contrato en el cual consta el acuerdo de arbitraje, no está facultado para conocer de una disputa acerca del propio acuerdo arbitral. En este último caso se entiende que estaría cuestionando el fundamento mismo de la competencia, cuestión que resulta inadmisibile para nuestra actual regulación del arbitraje nacional.

Por tanto, en este campo existe un reconocimiento parcial del principio Kompetenz-Kompetenz, puesto que el árbitro carece de la potestad de conocer y resolver asuntos relacionados con la validez del acuerdo arbitral que le otorgó competencia en un primer momento.⁷⁰

En definitiva, el problema de fondo que se produce con este reconocimiento incompleto o parcial de dicho principio es que necesariamente se deberá suspender el arbitraje, si es que alguna de las partes impugna la validez de la cláusula que le otorga competencia. Basta con que se ponga en duda la competencia del árbitro para negar los efectos del contrato arbitral, por lo que se debe interrumpir el procedimiento para que sea un tribunal ordinario quien conozca del asunto y determine si el árbitro es competente o no.

⁶⁹ VÁSQUEZ, María Fernanda. Comprensión del principio “Competencia-Competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (15): 181-196, 2010. 183p.

⁷⁰ *Ibid.* 184p.

En vista de lo anterior, es posible observar que la aplicación del principio Kompetenz-Kompetenz es diferente dependiendo si se trata de un arbitraje local o uno internacional. En este último su ejercicio se encuentra mucho más acorde a los lineamientos tradicionales del arbitraje, los cuales tienen un fuerte arraigo en numerosos ordenamientos jurídicos del mundo. Mientras que en el primero no se logra un reconocimiento total sino que surge como una institución sui generis que representa un obstáculo para el desarrollo expedito de los procedimientos arbitrales.

Ciertamente, en aras de respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes, resulta bastante más razonable que sea el propio árbitro quien resuelva aquellos asuntos vinculados con su competencia, por lo que en esta materia el arbitraje nacional debiese asimilarse a la regulación del arbitraje comercial internacional.

2.2. Intervención mínima de los tribunales ordinarios

El principio de mínima intervención de la justicia ordinaria no sólo tiene aplicación en el arbitraje sino que rige en todos los MASC en general. En teoría, a partir de esta idea son las propias partes las que encuentran una solución al conflicto, de manera tal que el Estado y sus tribunales ordinarios deben evitar intervenir directamente en el asunto.⁷¹ Dicho esto, debemos destacar que “la mayoría de los sistemas jurídicos avanzados en materia arbitral parten del reconocimiento de un principio genérico de mínima intervención judicial en el arbitraje”⁷². Sin embargo, en Chile este principio adopta diferentes formas de aplicación según el tipo de arbitraje al cual nos estemos refiriendo.

En cuanto al arbitraje comercial internacional, este principio se encuentra consagrado explícitamente en el inciso segundo del artículo 5 de la LACI: “En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”. Por consiguiente, en este ámbito se impide fuertemente que los tribunales estatales intervengan más allá de lo necesario. Se ha entendido que si esto ocurriese estaríamos frente

⁷¹ CERVANTES, Josué. El principio de mínima intervención del Estado en los mecanismos alternativos de solución de controversias. Tesis (Maestría en Derecho Público). Puebla, México. Universidad Iberoamericana Puebla, Departamento de Ciencias Sociales, 2018. 26p.

⁷² SÁNCHEZ, Sixto. El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. Arbitraje. 9(1): 13-44, 2016. 14p.

una vulneración de la autonomía de la institución arbitral, de la voluntad de las partes y de los efectos propios del contrato arbitral.⁷³

En términos generales, dicha perspectiva ha sido respetada por los tribunales ordinarios por cuanto se han limitado a ejercer un rol de apoyo a esta clase de arbitrajes. En definitiva, las Cortes de Apelaciones y sus respectivos presidentes han comprendido perfectamente cuáles son las diferencias entre un arbitraje comercial internacional y un arbitraje nacional, ya que reducen sus atribuciones tratándose de procedimientos arbitrales con sede internacional.

Prueba de aquello es que, hasta esta fecha, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha rechazado sistemáticamente todos los recursos de queja presentados en el marco de arbitrajes internacionales. A modo de ejemplo, en los autos caratulados “Agricservices Chile Ltda con Árbitro Don Alejandro Romero Seguel” se rechazó el recurso de queja interpuesto, argumentado que la LACI “(...) en su artículo 34 sólo contempla el recurso de nulidad como única vía de impugnación del laudo que se dicte en un arbitraje como el de la especie, excluyendo así aquel intentado por el actor (...)”⁷⁴.

Por otro lado, en el arbitraje doméstico la situación cambia radicalmente, puesto que los tribunales ordinarios no sólo se dedican a labores de apoyo en ciertas materias del procedimiento y en el control del laudo, sino que también pueden intervenir a lo largo de todo el arbitraje. Esto último tiene que ver con que los árbitros son vistos por nuestro ordenamiento jurídico como jueces, de modo que los tribunales superiores de justicia se encuentran facultados para controlar el actuar de los árbitros en su calidad de “superiores”, valga la redundancia.

No obstante, con el transcurso del tiempo la jurisprudencia ha tenido una evolución hacia la mínima intervención, tal como lo demuestra una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en la cual se rechazó el recurso de queja interpuesto. En dicha oportunidad, la Corte argumentó que las divergencias en torno a la interpretación de la ley no son susceptibles de ser enmendadas por la vía disciplinaria, “(...) teniendo especialmente presente que fueron las partes quienes frente a las controversias suscitadas por la interpretación y cumplimiento

⁷³ VÁSQUEZ, María Fernanda. El principio de intervención mínima en el arbitraje comercial internacional: A propósito de una cuestionable sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 55: 289-301, 2020. 295p.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2010, Rol N° 2363-2010.

de una de las cláusulas del pacto acordado entre ellas, requirieron al árbitro zanjar esta interpretación dubitada (...)”⁷⁵. En este mismo sentido, la Corte Suprema señaló que “(...) las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces árbitros, de lo que se sigue que el legislador tuvo en mente que las resoluciones que dichos tribunales pronuncien no sean susceptibles de revisión, de manera que resulta del todo improcedente aceptar a tramitación el presente recurso”⁷⁶.

De este modo, queda de manifiesto que en el arbitraje nacional, si bien los contratantes cuentan con múltiples posibilidades para acudir ante los tribunales estatales con el objeto de impugnar un laudo, la jurisprudencia se ha inclinado cada vez más hacia el principio de mínima intervención, limitando el control judicial de sentencias arbitrales.

2.3. Reconocimiento del recurso de nulidad como única vía para impugnar el laudo arbitral

En concordancia con lo establecido en la Ley Modelo de la CNUDMI, nuestra LACI en su artículo 34 consagra a la petición de nulidad como único medio de impugnación del laudo arbitral. Además, en dicha norma legal se regulan cuestiones procesales vinculadas con este recurso, tales como el plazo para su interposición, la facultad de suspensión que le asiste el tribunal, así como la preferencia para su vista y fallo.⁷⁷

Al respecto, el profesor Cristián Maturana ha señalado:

“(...) en la petición de nulidad el control jurisdiccional se concreta en la revisión de la actuación de los árbitros *in procedendo* y no en la aplicación del derecho sustantivo por los árbitros, sobre todo, cuando el arbitraje lo fuere de equidad. Por ello, no cabe pretender convertir la petición de nulidad en una segunda instancia

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2018, Rol N° 11956-2017.

⁷⁶ Corte Suprema, 19 de junio de 2018, Rol N° 12572-2018.

⁷⁷ FIGUEROA, Juan Eduardo. y LETELIER, Macarena. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia. Revista ALARB. 1: 126-159, 2020. pp.140-141.

para obtener la revisión de la controversia de fondo y sólo cabe fundarla en las causales específicas previstas por el legislador⁷⁸.

De esta manera, en el arbitraje comercial internacional se consagra el recurso de nulidad como la única acción que resulta procedente en contra de un laudo, puesto que si las partes han decidido libremente someter una disputa a arbitraje, se entiende que su intención era sustraerla del conocimiento de los órganos estatales, los cuales deben abstenerse de intervenir en aquello concerniente a la decisión de fondo del asunto controvertido.⁷⁹ Por lo tanto, en caso de alegarse la nulidad de un laudo, los tribunales sólo podrán pronunciarse respecto de cuestiones formales, más no de aspectos sustanciales. Así lo ha expresado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago:

“(…) la actuación del Tribunal se limita a verificar la concurrencia de las causales invocadas en relación a los hechos que las fundamentan. La acción otorga competencia a la Corte para examinar el cumplimiento de las formas del juicio arbitral, especialmente en cuanto a las garantías formales que la propia ley establece de modo imperativo, para asegurar una correcta génesis del laudo⁸⁰.”

De esta manera, la jurisprudencia chilena ha entendido que, tratándose de un arbitraje comercial internacional, no corresponde a los órganos estatales pronunciarse respecto del mérito o contenido de la sentencia arbitral, sino que deberán fundamentar su decisión “(…) sobre la base de causales tasadas que apuntan al examen o revisión externa del laudo⁸¹.” Precisamente, dichas “causales tasadas” se encuentran en el ya mencionado artículo 34 de la LACI, sin embargo, varias de ellas también se rigen por la visión propia del arbitraje doméstico, como se demostrará a continuación.

En primer lugar, en la sección i) del literal a) del numeral segundo se establece la anulación del laudo cuando la parte que interponga la petición respectiva pruebe que el acuerdo de arbitraje no es válido en virtud de la ley del Estado sede, si es que los contratantes nada

⁷⁸ MATURANA, Cristián. Los medios de impugnación en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. pp.1009-1010.

⁷⁹ JEQUIER, Eduardo. Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable. *Revista Ius et Praxis*. 21(2): 199-224, 2015. 221p.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de agosto de 2009, Rol N° 9134-2007.

⁸¹ JEQUIER, Eduardo. Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable. *Revista Ius et Praxis*. 21(2): 199-224, 2015. 221p.

hubiesen señalado. De esta manera, si las partes no especificaron inicialmente la ley de fondo que regiría el acuerdo de arbitraje, perfectamente uno de los contratantes podría alegar la nulidad del laudo si es que dicho acuerdo no estuviese acorde con la ley nacional. Lo problemático de esto es que bastaría con la sola omisión del régimen legal aplicable para que una parte pudiese pedir la anulación de la decisión del árbitro, si es que el acuerdo no se ajusta a nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, el literal b) del segundo numeral señala que se anulará el laudo si es que el tribunal de oficio probare: (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. De esta manera, más allá de lo que pudiesen alegar las partes en su recurso de nulidad, "(...) la materia sometida a arbitraje en sede internacional nunca podrá contravenir el criterio de arbitrabilidad seguido en la ley chilena, ni el laudo dictado podrá contrariar el orden público chileno"⁸².

En vista de lo anterior, es posible sostener que algunas de las causales de nulidad establecidas en el artículo 34 de la LACI contienen ciertas características inherentes al arbitraje nacional, ya que en el primer caso se aplica subsidiariamente la ley chilena, y en el segundo y tercer caso se aplica directamente por tanto es el propio tribunal el que debe probar que hubo una contravención al ordenamiento jurídico nacional.

En síntesis, si bien nuestra jurisprudencia ha consagrado al recurso de nulidad como la única vía para impugnar un laudo cuando se trata de un arbitraje comercial internacional, y ha rechazado el ejercicio de otros recursos (a saber, los recursos de queja y de casación en el fondo), aun así se puede observar al interior de la taxatividad de las causales para la procedencia de la nulidad que todavía se mantienen algunos rasgos propios del arbitraje interno, como quedó de manifiesto previamente.

Por su parte, el arbitraje nacional tiene problemas aún más serios en esta materia. Posiblemente el que reviste mayor connotación radica en la multiplicidad de recursos que proceden en contra de sentencias arbitrales, los cuales deben ser conocidos por los tribunales ordinarios de justicia.

⁸² VÁSQUEZ, María Fernanda. Arbitraje en el Derecho Chileno Doméstico: La reforma que falta. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2: 1-46, 2010. 45p.

El artículo 239 del COT establece en su inciso primero que respecto en contra de los laudos se pueden interponer los recursos de apelación y casación ante el tribunal que hubiese conocido de ellos si se tratara de un juicio ordinario. Además, contempla la posibilidad de renunciar a dichos recursos, siempre que las partes sean mayores de edad y tengan la libre administración de sus bienes. Luego, su inciso segundo dictamina que en contra de las sentencias de arbitradores no resulta procedente el recurso de casación en el fondo, mientras que el de apelación sólo podrá interponerse cuando las partes, en el instrumento de constitución del compromiso arbitral, hayan expresado que “(...) se reservan dicho recurso para ante otros árbitros del mismo carácter y designaren las personas que han de desempeñar este cargo”.

Además, debemos tener presente que, bajo nuestra actual regulación de esta clase de arbitraje, se ha entendido que las partes siempre tendrán la posibilidad de interponer los recursos de queja y de protección en contra de las sentencias arbitrales. Esta visión no ha sido objeto de mayores discusiones hasta el momento, siendo que se trata una cuestión que afecta a la naturaleza misma del arbitraje.

Según Juan Eduardo Figueroa y Macarena Letelier, todo esto evidencia que la legislación chilena, en el marco del arbitraje nacional, continúa contemplando a la justicia ordinaria “(...) como la instancia de revisión de las sentencias arbitrales de derecho de primera instancia y sólo en caso que las partes expresamente hayan hecho renuncia de dichos derechos o hayan establecido un tribunal arbitral de segunda instancia, no existirá un control judicial por medio de los recursos ordinarios”⁸³. Con esto se está vulnerando uno de los principios fundamentales del arbitraje: La autonomía de los laudos. A partir de esta noción de autonomía se ha entendido que cuando las partes someten una materia a arbitraje renuncian por completo a la jurisdicción ordinaria, cuyo papel queda supeditado a las funciones apoyo y control de las decisiones arbitrales, sin revisar el fondo de lo debatido.⁸⁴ Esto último claramente no ocurre en el caso de la regulación chilena de arbitraje doméstico o nacional, como ha quedado demostrado.

⁸³ FIGUEROA, Juan Eduardo. y LETELIER, Macarena. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia. Revista ALARB. 1: 126-159, 2020. 137p.

⁸⁴ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 302p.

2.4. Posibilidad de dar cumplimiento a laudos arbitrales

En el ámbito interno, los árbitros se consideran jueces, por lo que sus sentencias poseen mérito ejecutivo y no requieren homologación alguna. Incluso, de acuerdo con el inciso primero del artículo 635 del CPC, los árbitros pueden ejecutar las sentencias definitivas dictadas por ellos mismos, si es que todavía no ha vencido el plazo por el que fueron nombrados. Aunque también se da la opción de pedir el cumplimiento al tribunal ordinario correspondiente, de modo que el interesado puede elegir si acudir ante el propio árbitro o ante el tribunal competente.

No obstante lo anterior, según el inciso tercero de la norma citada, los árbitros no gozan de la denominada facultad de imperio, puesto que no pueden hacer uso directo de la fuerza para el cumplimiento de aquellas resoluciones que requieran procedimientos de apremio o el empleo de otras medidas compulsivas. Por lo tanto, en estas situaciones se genera una problemática para la parte interesada, en la medida que se encuentra en la obligación de acudir a la justicia ordinaria para darle cumplimiento a la decisión arbitral. Tal como se ha mencionado previamente en este trabajo, esto supone una contradicción al interés inicial de las partes, dado que la razón por la cual decidieron celebrar una cláusula arbitral recae en que buscaban excluir a los tribunales estatales del conocimiento de un determinado asunto.

Así las cosas, en el ámbito nacional los árbitros pueden dar cumplimiento a sus decisiones siempre que se encuentren dentro del plazo que las partes le confirieron para actuar, con la excepción recién mencionada.

Por otro lado, la situación en el arbitraje comercial internacional resulta un tanto más compleja en virtud de las razones que se explicarán a continuación:

En primer lugar, debemos remitirnos al artículo 5 de la LACI, disposición que consagra el principio de mínima intervención. Esta idea causó una gran discusión parlamentaria debido a que cierto sector cuestionó su constitucionalidad, por excluirlo de la supervisión de los tribunales ordinarios de justicia. Por su parte, la jurisprudencia chilena ha sido partidaria de reconocer el principio de intervención mínima, tanto respecto de la impugnación, reconocimiento y ejecución de los laudos, así como en materia de jurisdicción y competencia.⁸⁵

⁸⁵ OSSA, Felipe. y ZAMORA, Rosana. El Arbitraje Internacional en la Jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. pp.14-15.

Por consiguiente, se puede afirmar que nuestra regulación vigente consagra la ejecución de laudos arbitrales, en el marco del arbitraje comercial internacional.

Respecto de la ejecución de laudos arbitrales internacionales, ésta se lleva a cabo a través de un exequátur. Este último consiste en un procedimiento que permite darle reconocimiento al laudo arbitral dictado fuera de nuestro país. Dicho exequátur es conocido por la Excelentísima Corte Suprema y, posteriormente, ejecutado por los tribunales civiles respectivos. La idea que se encuentra detrás de esta institución es la “circulación internacional de laudos arbitrales”, de modo que éstos tengan reconocimiento y ejecución en diferentes jurisdicciones del mundo.⁸⁶

En ese sentido, nuestra jurisprudencia ha rechazado de manera uniforme una amplia variedad de causales de oposición al exequátur. Por ello, es preciso revisar qué ha sostenido el máximo tribunal en relación con esta institución:

“(…) materialmente consiste en nuestro país, en la decisión de la Corte Suprema que, luego de sustanciar el procedimiento contradictorio respectivo, procede a revisar las exigencias legales y sin entrar a estudiar en detalle el fondo de la cuestión controvertida y materia del fallo que se pide cumplir, otorga autorización o pronunciamiento favorable a la sentencia extranjera que lo resuelve, con el objeto de otorgarle la fuerza ejecutiva de la que carece y reconocerle los mismos efectos que los fallos expedidos por jueces nacionales, lo que permitirá se la pueda cumplir mediante el procedimiento y ante el tribunal competente”⁸⁷.

En consecuencia, el exequátur no se constituye como un procedimiento destinado a valorar cuestiones relativas a los hechos de la causa o al Derecho aplicable, sino que pretende única y exclusivamente verificar si se cumplen ciertos requisitos mínimos. No busca revisar sustantivamente lo que ya se resolvió, se trata simplemente de un procedimiento de homologación procesal.⁸⁸

⁸⁶ FIGUEROA, Juan Eduardo. y LETELIER, Macarena. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia. Revista ALARB. 1: 126-159, 2020. 154p.

⁸⁷ Corte Suprema, 15 de septiembre de 2008, Rol N° 6615-2007.

⁸⁸ ROMERO, Alejandro. Nociones generales sobre la justicia arbitral. Revista Chilena de Derecho. 26(2): 405-430, 1999. 407p.

A este respecto, debemos remitirnos a lo dispuesto en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras del año 1958, comúnmente conocida como Convención de Nueva York, la cual fue aprobada por Chile mediante el Decreto Ley Nº 1.095, dictado el 31 de julio de 1975. En particular, su artículo 4 establece los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. En primer lugar, señala que la parte interesada deberá presentar junto con la demanda, lo siguiente: “a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad” y “b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad”. Además, establece que si la sentencia o acuerdo de arbitraje no constaren en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, se deberá presentar una traducción de dichos documentos, la cual deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

Sin embargo, la norma posterior es la que provoca más inconvenientes. Así, el artículo 5 fija cuáles son las causales de denegación del reconocimiento y ejecución respectivas, algunas de las cuales generan ciertas dificultades, como se expondrá a continuación.

El primer numeral dispone aquellas causales que deben ser probadas por la parte interesada. En particular, su literal a) señala que se podrá denegar la solicitud si se demuestra que el acuerdo de arbitraje “(...) 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”. Por su parte, el literal d) indica que se denegará la petición si se acredita 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”. A la luz de estas normas es posible constatar cabalmente que las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se presentan en términos idénticos a las causales de la petición de nulidad,⁸⁹ por consiguiente, se suscitan los mismos problemas que analizábamos respecto de ésta.

⁸⁹ VÁSQUEZ, María Fernanda. Arbitraje en el Derecho Chileno Doméstico: La reforma que falta. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje. 2: 1-46, 2010. 45p.

Específicamente, lo que ocurre es que en silencio de las partes se aplica subsidiariamente la ley nacional, incluso si el arbitraje se asentó en una regulación distinta. En otras palabras, debido únicamente a que no especificaron la ley de fondo aplicable al acuerdo de arbitraje, una parte podría pedir la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo extranjero probando sencillamente que dicho acuerdo contraviene la ley del país en que se dictó la sentencia. Una situación análoga se produce con la constitución del tribunal arbitral y la determinación de su respectivo procedimiento.

Por otro lado, el numeral segundo dispone que se podrá denegar la solicitud si es que la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: “a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”. Esto resulta particularmente relevante en tanto demuestra que si se quiere dotar de validez a un laudo arbitral extranjero, éste bajo ninguna circunstancia podrá contravenir el criterio de arbitrabilidad propio del país en que se pide el reconocimiento y ejecución, ni sus normas de orden público.

En síntesis, si bien Chile es un país en el cual se pueden ejecutar laudos extranjeros en virtud de la Convención de Nueva York, se observan ciertos obstáculos en su reconocimiento y posterior ejecución. Esto se debe, principalmente, a las causales que hacen posible la denegación del reconocimiento del laudo arbitral, las que se presentan en términos idénticos a las causales de nulidad. Una posible manera de solucionar ambas problemáticas consiste en reformular tanto las causales del recurso de nulidad como las de la denegación de ejecución, de manera tal que se atienda más a las concepciones del foro y del instituto arbitral internacional y no se aplique estrictamente el Derecho arbitral doméstico, el cual resulta más restringido que el primero y podría desfigurar el adecuado entendimiento del arbitraje comercial internacional.⁹⁰

⁹⁰ Ibid.

CAPÍTULO III: REGULACIÓN NACIONAL DEL ARBITRAJE EN LOS CONFLICTOS EN QUE INTERVIENEN ENTIDADES PÚBLICAS

1. Distinción entre diferentes entidades del Estado

En primer lugar, resulta particularmente relevante ahondar en la distinción entre las diversas estructuras del Estado y la manera en que se consagran hoy en día en la Constitución Política de la República (en adelante, CPR).

1.1. Órganos del Estado

Nuestra Carta Fundamental señala lo siguiente respecto de este concepto: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” (inciso segundo del artículo 5 de la CPR). Esta disposición hace referencia a los derechos que emanan de la naturaleza humana, de manera tal que el constituyente exige directamente a los órganos del Estado que respeten y fomenten dichos derechos.

Por otro lado, dispone que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella (...)” (artículo 6 de la CPR), y que la validez de los actos de “los órganos del Estado” está condicionada a los elementos de legitimidad, competencia y forma (artículo 7 de la CPR). Sin embargo, se genera una confusión entre ambas disposiciones, ya que el inciso segundo del artículo 6 distingue dentro de los órganos del Estado a “los titulares o integrantes de dichos órganos”, en tanto que el artículo 7, en su inciso primero, exige sólo la “investidura regular de sus integrantes”, omitiendo referirse a los titulares, en circunstancias que todo indica que son justamente éstos quienes deciden en una organización, apoyados en los integrantes, que serían las personas naturales que trabajan en ese órgano.⁹¹

⁹¹ PANTOJA, Rolando. La Organización Administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012. 324p.

En relación con el concepto de “órganos del Estado”, la doctrina constitucional chilena ha manifestado lo siguiente:

“Estos órganos pueden ser individuales, como el Presidente de la República, o colegiados, como el Tribunal Constitucional, el Consejo de Seguridad Nacional, el Congreso Nacional, entre otros. Además, debemos tener en consideración la existencia de órganos que integren una institución compleja, la que está formada por diversos órganos que pueden operar en coordinación entre sí pero a los que se le reconocen también poderes con relevancia externa, como es el Congreso Nacional, el que está compuesto de dos ramas: la Cámara de Diputados y el Senado, cada una de las cuales tiene atribuciones específicas”⁹².

De esta forma, se concluye que un órgano del Estado representa una estructura singularizada, unipersonal o colegiada, que tiene poderes propios de decisión. Suele ser la parte actuante de un organismo, plasmada en un cargo público, aunque puede asumir otra forma organizacional en actuación propia de carácter funcional.⁹³ En definitiva, el órgano constituye el elemento dinámico del Estado como persona jurídica.

Así, las personas o grupos de personas que expresan la voluntad nacional o ejercen una parte cualquiera de la potestad pública, son los órganos de la persona estatal.⁹⁴ Además, el artículo 2 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (Ley Nº 18.575) (en adelante, LOCBGAE) establece que los órganos del Estado someterán su acción a la CPR y a las leyes. Junto con esto, el legislador dispone expresamente que dichos órganos deben actuar dentro de su ámbito de competencia y ejercer únicamente aquellas atribuciones que nuestro sistema jurídico le haya otorgado.

1.2. Organismos del Estado

⁹² VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio. y NOGUEIRA, Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994. 135p.

⁹³ PANTOJA, Rolando. La Organización Administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012. 327p.

⁹⁴ VERDUGO, Mario. y GARCÍA, Ana María. Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. 113p.

Por otra parte, un organismo “(...) es una organización: un conjunto de recursos humanos, materiales y financieros estructurados con vistas a alcanzar un fin”⁹⁵. Es el servicio público mismo que se ofrece regularmente a la ciudadanía, ya sea de manera centralizada o descentralizada.

El artículo 3 de la LOCBGAE en su inciso primero establece: “La Administración del Estado está al servicio de la persona humana; su finalidad es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país (...)”. En esta norma se consagra legalmente el principio de servicialidad que caracteriza a toda la Administración, lo cual se concretiza mediante la prestación de servicios a la sociedad.

A este respecto, Rolando Pantoja en su obra “La Organización Administrativa del Estado” plantea diferentes criterios de clasificación respecto de los servicios públicos desempeñados por organismos estatales. En específico, para efectos de este trabajo nos centraremos en aquella clasificación basada en el principio de distribución de competencias. Según dicho criterio, existen tres grandes tipos de servicios públicos: Organismos de origen constitucional, legal o administrativo.⁹⁶

Primero, tenemos aquellos organismos constitucionalmente autónomos, dentro de los que encontramos: Los del sistema electoral; el Consejo Nacional de Televisión; la Contraloría General de la República; el Consejo de Seguridad Nacional; el Banco Central; los Gobiernos Regionales; y las Municipalidades. Cada uno de estos organismos ha sido creado en virtud de una norma constitucional expresa que los consagra como entidades autónomas al interior de nuestro ordenamiento jurídico nacional.

Luego, existen aquellos organismos creados por la ley para el cumplimiento de funciones de carácter administrativo, entre los que se encuentran: Los servicios fiscales; las instituciones fiscales y semifiscales; los autónomos, en su caso; y las empresas del Estado.

Finalmente, están los organismos constituidos por decisión administrativa, previa disposición de ley que así lo autorice. En esta categoría se contemplan: Las corporaciones y fundaciones

⁹⁵ PANTOJA, Rolando. La Organización Administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012. 327p.

⁹⁶ Ibid. pp.338-339.

constituidas por órganos u organismos del sector público; las sociedades constituidas por el sector público o en las cuales entra a participar; y los servicios públicos concedidos.

En este capítulo se hará alusión, en primer lugar, a las empresas del Estado, las cuales pueden pactar cláusulas arbitrales para efectos de solucionar los conflictos que surjan con motivo de un contrato en específico. Posteriormente, se analizará la situación de otras entidades estatales, a propósito del debate en torno a la eventual creación de tribunales contencioso-administrativos y su relación con el arbitraje doméstico con el Estado.

2. Las empresas del Estado

El inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la CPR dispone: “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”. A partir de esta norma constitucional se permite que el Estado, a través de sus diversas empresas, pueda participar del desarrollo económico del país.

La doctrina chilena ha definido el concepto de empresa del Estado como aquella “(...) persona jurídica de Derecho público, creada por ley de quórum calificado, que tiene por objeto desarrollar una actividad económica, sobre la base de su patrimonio propio y las utilidades de la misma actividad, rigiéndose por normas de derecho privado, salvo excepciones establecidas por una ley de quórum calificado”⁹⁷. En términos prácticos, las empresas estatales o públicas son “(...) aquellas en que el Estado directa o indirectamente es su dueño o tiene una participación mayoritaria (más del 50%), o bien puede designar o hacer designar a la mayoría de su directorio o administración”⁹⁸.

Al respecto, Edgardo Boeninger y Eduardo Palma han sostenido que “(...) cualquiera que sea su grado de identificación con el Estado o su compromiso político con los objetivos y programa

⁹⁷ BERMÚDEZ, Jorge. Derecho Administrativo General. 3ª ed. Santiago, Thomson Reuters, 2011. 423p.

⁹⁸ VON LOEBENSTEIN, Beatriz. Estado y mercado en las empresas públicas. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016. 27p.

de un gobierno determinado, las empresas estatales comparten la aspiración básica de maximizar su autonomía⁹⁹. Esto refleja que, en principio, las empresas del Estado pretenden apartarse de la tendencia política del gobierno de turno y perseguir sus propios objetivos. Sin embargo, los autores referidos no sostienen que la autonomía de las empresas públicas sea per se un factor positivo o adverso, no se trata de algo absoluto sino que debe analizarse caso a caso cuál es el grado de control estatal adecuado dependiendo de las características propias de la empresa.

No obstante lo anterior, para efectos de no distorsionar la esencia de las empresas estatales, se deben excluir los polos extremos de autonomía total, caso en que la empresa prácticamente deja de estar bajo control estatal, o de ausencia de toda capacidad decisoria, situación en la que deja de ser empresa.¹⁰⁰ Esto último significa que, tratándose de las empresas del Estado, es fundamental evitar estos extremos en que el Poder Ejecutivo interviene más de lo que debería o en que se confiere una excesiva libertad de administración. De manera que se alcance un equilibrio entre control estatal y autonomía, donde la preponderancia de uno u otro dependa de la naturaleza del servicio público al cual nos estemos refiriendo.

En esta tensión entre autonomía y control del Estado es que se pueden generar ciertas dificultades, en razón de los siguientes motivos: (a) Cuando el Estado se ha hecho cargo de industrias en declive; (b) Cuando la empresa estatal cumple la función de proveer servicios públicos no rentables en forma privada; (c) Cuando se diseñan erróneas políticas de precios; (d) Cuando existe un control insuficiente de la empresa estatal, trato preferencial (franquicias, acceso al crédito, etc) o reglas del juego no definidas.¹⁰¹ Frente a cada uno de estos factores negativos las empresas del Estado deberán buscar la manera de corregirlos.

Los economistas Alejandro Foxley y José Pablo Arellano han planteado desde antaño que para solucionar estos problemas se requiere de descentralización en la gestión de la empresa, buena calidad empresarial y claridad en los objetivos que la comunidad desea que alcance la empresa estatal. Si se cumplen estos tres supuestos, la empresa del Estado "(...) puede ser al menos tan eficiente como la privada en un mismo sector, y en numerosos casos más

⁹⁹ BOENINGER, Edgardo. y PALMA, Eduardo. Empresas estatales: El caso chileno y un análisis general. *En: Seminario sobre el proceso de planificación en América Latina y las empresas estatales* (28 al 30 de agosto de 1978). Lima, Perú. Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL), 1978. 115p.

¹⁰⁰ Ibid. 118p.

¹⁰¹ Ibid. 126p.

eficiente, innovadora y capaz de crecer a tasas más rápidas que su congénere privada”¹⁰². Así, las empresas del sector público pueden ser económicamente eficaces. Esto último resulta tremendamente relevante, puesto que dichas empresas desempeñan un rol social clave al dedicarse a la prestación de servicios públicos a la ciudadanía en su conjunto.

3. Contratos celebrados por el Estado

Las empresas estatales en el ejercicio de sus funciones requieren relacionarse con empresas privadas u otras del sector público. Al establecer dichos vínculos jurídicos, el Estado busca un agente colaborador con quien desarrollar una “asociación pública-privada” de mediano o largo alcance, con el objetivo de concretar un fin social en específico.¹⁰³ De esta manera, se concluye que todo contrato celebrado por una empresa estatal procura la consecución del bien común. Y, precisamente, esto es lo que caracteriza a los contratos de la Administración, ya que si dicho contrato no pretendiera satisfacer un fin colectivo, se trataría de una situación irregular que supone una desviación conductual por parte del Estado.

Por lo tanto, podemos afirmar que las empresas estatales tienen la libertad de celebrar los contratos, acuerdos, pactos y convenciones que resulten necesarios para el adecuado funcionamiento de sus servicios públicos, con la limitación de que su actuar se ajuste a lo dispuesto legalmente.

Son múltiples los contratos que puede celebrar el Estado, entre los que se encuentran: Contratos de trabajos de consultoría o prestación de servicios profesionales calificados; Contratos de asistencia técnica; Contratos de concesión de servicio público y de concesión de obra pública; Contratos de suministro; Contratos de obra pública; entre otros. Por otro lado, tenemos todos los contratos propios del Derecho Común: Compraventa de bienes muebles e inmuebles; Comodatos; Arrendamientos; entre otros. Con todo, los contratos que más frecuentemente se celebran en el sector público son la compraventa y la concesión.¹⁰⁴

¹⁰² FOXLEY, Alejandro. y ARELLANO, José Pablo. El tamaño y el papel del Estado. Revista Mensaje. 26(262): 483-490, 1977. 490p.

¹⁰³ MORAGA, Claudio. Contratación Administrativa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 26p.

¹⁰⁴ Ibid. 37p.

4. Arbitraje doméstico con el Estado

Habiendo señalado qué clases de contratos celebran las empresas del Estado, es preciso analizar qué posibilidades existen para que éstas puedan someterse a arbitrajes internos, con el objeto de solucionar aquellos conflictos derivados de sus vínculos contractuales con otras entidades.

Lo primero que debemos tener presente es que el Derecho arbitral chileno no fija su ámbito de aplicación subjetivo, esto es, las personas que pueden participar en este instituto, por lo que, en principio, sería factible que la Administración del Estado pudiera someterse a un arbitraje.¹⁰⁵ En particular, cabe destacar que tanto el COT como el CPC omiten referirse a este asunto y no realizan ninguna distinción relativa a los sujetos susceptibles de pactar una cláusula arbitral.

Por ende, es posible sostener que nuestro sistema jurídico no contiene ninguna norma de carácter general que autorice la participación de organismos estatales en arbitrajes domésticos, sin embargo, tampoco contempla una norma que la prohíba.¹⁰⁶ Esta situación naturalmente genera gran incertidumbre, en tanto no se sabe con exactitud qué debe entenderse por materia disponible para el arbitraje de derecho público.

Desde luego, este asunto no ha estado exento de críticas por parte de la doctrina nacional. Al respecto, María Fernanda Vásquez señala que nuestro Derecho “(...) debería precisar qué órganos son los competentes en cada administración para acordar la sumisión a arbitraje y debería garantizar la independencia de los árbitros o colegios arbitrales frente a la administración”¹⁰⁷. De esta manera, actualmente existe la necesidad de mayor precisión en la materia, con el propósito de saber bajo qué criterios una entidad fiscal podría ser sujeto de arbitraje y en qué supuestos concretos se permitiría.

¹⁰⁵ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 680p.

¹⁰⁶ LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. Foro jurídico. 18: 141-165, 2020. 153p.

¹⁰⁷ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 681p.

5. Limitaciones a la participación del Estado en arbitrajes domésticos

Además de la incertidumbre derivada del vacío legal recientemente analizado, el Estado se encuentra con una serie de limitaciones al momento de pactar una cláusula arbitral con alguna empresa privada u otra del sector público, en el marco de la celebración de un contrato:

5.1. Materias de arbitraje prohibido

Tal como se ha señalado con anterioridad, el legislador nacional contempla algunos supuestos en los cuales no es posible que las partes resuelvan sus disputas mediante un arbitraje: Las cuestiones que versan sobre alimentos o sobre el derecho de pedir separación de bienes entre cónyuges (artículo 229 del COT); las causas criminales, las de competencia de los Juzgados de Policía Local, las que se susciten entre un representante legal y su representado, y aquellas en que se debe oír al fiscal judicial (artículo 230 del COT).

Estos asuntos han sido declarados por la ley como inarbitrables en atención a su naturaleza, por existir un interés público comprometido o por tratarse de cuestiones no patrimoniales. Cabe señalar que si bien estas disputas tienen lugar típicamente entre sujetos privados, de todos modos es importante tener en cuenta que las instituciones estatales también deben respetar estas limitaciones impuestas por el Derecho vigente.

5.2. Remisión de ciertas materias a tribunales estatales

Otro impedimento para la participación del Estado en arbitrajes internos se refiere a aquellas hipótesis en que la ley remite ciertos asuntos a tribunales domésticos específicos. Uno de estos casos podemos encontrarlo, por ejemplo, en el quinto numeral del artículo 357 del COT, referido a las contiendas en que debe oírse a la fiscalía judicial: “En los negocios que afecten los bienes de las corporaciones o fundaciones de derecho público, siempre que el interés de las mismas conste del proceso o resulte de la naturaleza del negocio y cuyo conocimiento corresponda al tribunal indicado en el artículo 50”. Precisamente, esta norma establece que dichos asuntos deben ser conocidos por un Ministro de la Corte de Apelaciones, de modo que por mandato de la ley estos casos no pueden ser sometidos a arbitraje.

La doctrina nacional también ha dado cuenta de aquello: “Tratándose del arbitraje con la Administración del Estado, adquieren particular relevancia las causas en las que deba ser oído el fiscal judicial. En efecto, dentro de ellas se encuentran, por ejemplo, los juicios de hacienda; en los cuales el Fisco tiene un interés y cuyo conocimiento corresponde a los tribunales ordinarios de justicia”¹⁰⁸. Lo relevante acá es que en dichas controversias deberán intervenir los órganos tradicionales de administración de justicia y no existirá posibilidad alguna de acudir a un árbitro para su resolución. Por otro lado, esto representa una gran limitación para las entidades públicas, en tanto se tendrá que oír al fiscal judicial de manera ineludible.

5.3. Contravenciones al orden público

El artículo 1462 del Código Civil establece que: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno”. Esto se explica en atención a que generalmente se excluyen del conocimiento de los árbitros todas aquellas materias en que exista un interés público comprometido.¹⁰⁹ Sobre este punto, algunos autores han sostenido que no todo lo que se encuentra bajo esta noción de orden público se vuelve automáticamente inarbitrable, sino sólo cuando el litigio comprometa intereses que van más allá de la disponibilidad de las partes.¹¹⁰

Por lo tanto, ninguna entidad estatal podría pactar una cláusula arbitral que constituya una contravención al orden público nacional. En caso de que esto ocurriese, el acuerdo de arbitraje sería sancionado con nulidad absoluta.

6. Casos de autorización expresa y permanente para que el Estado participe de arbitrajes domésticos

A pesar de la existencia de un importante vacío legal en la materia y de las diversas limitantes a la participación del Estado en arbitrajes locales, nuestra legislación vigente establece ciertos

¹⁰⁸ LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. Foro jurídico. 18: 141-165, 2020. 154p.

¹⁰⁹ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 681p.

¹¹⁰ VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Los arbitrajes desde el prisma del Derecho administrativo. Revista de la Corte Española de Arbitraje. 290-304, 2002. pp.293-294.

casos en que se contempla el instituto arbitral como un medio a disposición de algunas entidades estatales para resolver sus eventuales controversias. Dichos supuestos se encuentran en los siguientes cuerpos normativos: (a) Ley de Concesiones de Obra Pública (1996); y (b) Ley sobre Financiamiento Urbano Compartido (2003).

A continuación, se profundizará en las características más importantes de estas legislaciones:

6.1. Ley de Concesiones de Obra Pública (1996)

Según el profesor Claudio Moraga, la concesión de obra pública puede entenderse como:

“(...) un contrato administrativo celebrado entre el Estado de Chile y un particular concesionario, en virtud del cual éste asume, en un régimen de riesgo compartido, la ejecución, conservación o reparación de una obra pública fiscal a cambio del derecho a explotar dicha obra y a obtener la tarifa o peaje pactado, dentro del plazo y de acuerdo a las condiciones legales y reglamentarias vigentes”¹¹¹.

Teniendo este concepto en consideración, debemos preguntarnos qué entiende la Ley de Concesiones de Obra Pública (en adelante, LCOP) por “obra pública fiscal”. Precisamente, en el inciso primero del artículo 39 de la LCOP no se fija ninguna limitación en relación con las obras que pueden ser concesionadas, únicamente indica que la concesión debe recaer sobre un bien inmueble destinado al desarrollo de áreas de servicio, a la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados. Por lo tanto, una concesión puede tener como objeto una carretera, un puente, un túnel, un hospital, una cárcel, un embalse de agua, entre otros ejemplos.

Además, es posible sostener que la idea central de esta clase concesión es la obligación de construir o reparar una obra pública a cambio del derecho de explotarla por un tiempo determinado o determinable.¹¹² En este sentido, lo que se busca con esta clase de contratos es invitar a los particulares a asumir las obras públicas requeridas para el crecimiento

¹¹¹ MORAGA, Claudio. *Contratación Administrativa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007. 49p.

¹¹² *Ibid.*

económico del país, a través de una asociación equilibrada entre el Estado y el sector privado, estimulando sus mutuas potencialidades.¹¹³

6.1.1. La subvención estatal

La herramienta con la que se lleva a cabo esta concesión es la subvención estatal. En definitiva, lo que se busca es generar un incentivo que permita al concesionario, considerando su calidad de colaborador directo de la Administración, realizar inversiones de altas sumas de dinero durante prolongados espacios de tiempo. De esta forma, el concesionario recibe una ayuda financiera estatal con dos objetivos: (1) Asegurar la recuperación de la inversión efectuada; y (2) Servir como complemento de las tarifas, precios o peajes que correspondan percibir al concesionario en el transcurso de la explotación de la obra o servicio.¹¹⁴ Esto se traduce en un incentivo directo respecto de determinadas actividades, en tanto se produce una transferencia patrimonial efectiva desde el Estado hacia el concesionario.

En esta línea, resulta relevante explicar la distinción entre subvención y subsidio, puesto que se podría pensar que son conceptos idénticos, sin embargo, éstos poseen objetos diferentes. En el caso del subsidio, el beneficiario directo es el propio destinatario de dicha ayuda, atendidas ciertas consideraciones de carácter personal y las condiciones socioeconómicas del beneficiario. En cambio, tratándose de la subvención, aquí es la propia actividad incentivada la destinataria final de dicha clase de ayuda.¹¹⁵ Por lo tanto, el subsidio se refiere a la ayuda estatal que recibe una persona para superar un estado de necesidad imperante, de modo que reviste el carácter de asistencia; mientras que la subvención guarda relación con el desembolso patrimonial que realiza el Estado para efectos de promover la alianza público-privada respecto de determinadas actividades económicas.

Además, cabe señalar que la subvención se suele devengar de manera periódica, en tanto se destina a financiar actividades de tracto sucesivo, o bien a respaldar inversiones de altas sumas de dinero, las cuales generalmente son a largo plazo.

¹¹³ ARÓSTICA, Iván. Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno. Revista Ius Publicum. 15: 149-154, 2005. pp.150-151.

¹¹⁴ FLORES, Juan Carlos. Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 37: 329-367, 2011. 332p.

¹¹⁵ Ibid. 345p.

6.1.2. El equilibrio económico financiero

Los contratos de concesión de obra pública, al igual que en todas las clases de contratos, se rigen por el principio de equilibrio económico o de proporcionalidad entre las prestaciones. En virtud de dicho principio, la doctrina ha comprendido que existe una especie de relación entre las obligaciones y retribuciones generadas para las partes. Esto significa que las obligaciones son equivalentes a las retribuciones, lo cual no implica necesariamente garantizar un determinado lucro al concesionario.¹¹⁶

De esta forma, en el contrato de concesión de obra pública se genera una ecuación económica financiera, donde una parte está compuesta por las inversiones referentes al diseño, construcción, financiamiento, operación y mantención de la obra de infraestructura, así como la rentabilidad; y por la otra parte encontramos la respectiva contraprestación, consistente en peajes, tarifas, subsidios, entre otros.¹¹⁷ Este principio de equilibrio económico financiero debe aplicarse de manera permanente en el transcurso de toda la concesión, especialmente en aquellas que se desarrollan a largo plazo. Además, se ha entendido que dicho principio debe hacerse extensible a todo contrato administrativo en general, no sólo a las concesiones.

6.1.3. Mecanismos de solución de conflictos en materia de concesiones de obra pública

El artículo 36 de la LCOP establece que las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, se elevará al conocimiento de un Panel Técnico, a solicitud de cualquiera de las partes. Además, éste no ejercerá jurisdicción, es decir, no tendrá facultades decisorias respecto del conflicto y su labor se limitará a emitir una recomendación técnica, la cual no tendrá carácter vinculante para las partes una vez que se les haya notificado.

¹¹⁶ RUFÍAN, Dolores. Manual de Concesiones de Obras Públicas. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1999. 235p.

¹¹⁷ FIGUEROA, Juan Eduardo. e ILLANES, María Elisa. Notas sobre la ecuación económica financiera en el contrato de concesiones de obras públicas en Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes). 31: 37-69, 2018. 43p.

Este Panel Técnico tendrá una composición permanente de miembros que deberán ser profesionales de destacada labor profesional o académica en materia de concesiones de infraestructura. Estará integrado por dos abogados, dos ingenieros y un profesional especializado en ciencias económicas o financieras, quienes serán nombrados por el sistema de Alta Dirección Pública y durarán seis años en el cargo sin posibilidad de renovación.¹¹⁸

No obstante lo anterior, el artículo 36 bis de la LCOP señala que la controversia puede ser llevada por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral, la cual estará integrada por tres profesionales universitarios, de los cuales al menos dos serán abogados y uno de éstos la presidirá, quienes serán nombrados de común acuerdo por las partes a partir de dos nóminas de expertos, una compuesta por abogados y elaborada por la Corte Suprema, y la segunda, compuesta por profesionales designados por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC).

La Comisión Arbitral goza las facultades de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica. Además, admite cualquier medio de prueba que, en concepto de la propia Comisión, sea apto para establecer los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Tendrá un plazo de sesenta días hábiles, contado desde que se cite a las partes al efecto, para dictar sentencia definitiva con arreglo a derecho, la que será debidamente fundada y deberá contener las consideraciones de hecho, de derecho, técnicas y económicas sobre cuya base se haya pronunciado.

Al respecto, Alejandro Romero Seguel ha sostenido que la Comisión Arbitral presenta las siguientes características: (a) Es un arbitraje de parte, atendido que cada uno designa a un árbitro; (b) Se trata de un arbitraje interno; (c) Resuelve aquellos conflictos emanados de un contrato de concesión de obras públicas; y (d) Es un arbitraje de equidad.¹¹⁹ Dicho esto, cabe destacar que el inciso primero del artículo 36 bis de la LCOP dispone que las controversias que se susciten a partir del contrato de concesión de obra pública "(...) podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago". De esta manera, se entregan dos alternativas a las partes: la vía arbitral o la vía jurisdiccional. Por lo tanto, se configura un arbitraje voluntario, ya que se otorga la posibilidad

¹¹⁸ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 684p.

¹¹⁹ ROMERO, Alejandro. El arbitraje en la concesión de obras públicas. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes). 31: 145-164, 2018. 151p.

de acudir a la Corte de Apelaciones de Santiago en los temas objeto de controversia. Además, de acuerdo con su ámbito de aplicación es un arbitraje interno, por cuanto está localizado en Chile y se aplica el Derecho chileno.¹²⁰ Finalmente, es importante destacar que la sentencia definitiva que dictare la Comisión Arbitral no será susceptible de ningún recurso jurisdiccional.

A su vez, María Fernanda Vásquez ha criticado esta institución por cuanto se trata de un organismo impuesto estatalmente para la resolución de conflictos de trascendencia jurídica. Si bien las partes nombran a los miembros de la Comisión Arbitral, la elaboración de las nóminas de sus integrantes recae en las manos de la Corte Suprema y del TDLC. En consecuencia, el concesionario puede escoger exclusivamente entre los miembros de dichas nóminas. Así, la referida autora ha señalado que:

“(…) la autonomía de las partes se encuentra vedada por cuanto no es necesario un convenio arbitral; asimismo, esta comisión no es autónoma, de manera que no son pocas las razones que tenemos para dudar de una auténtica naturaleza arbitral de este órgano, más aun, consideramos que se trata en realidad de un tribunal especial donde el Estado en su potestad ejecutiva interviene en el ámbito jurisdiccional”¹²¹.

Por consiguiente, es posible sostener que la manera en que actualmente se encuentra regulada la Comisión Arbitral dista bastante de lo que es el arbitraje en su forma más pura, ya que se produce una afectación a la autonomía de las partes y del ente arbitral propiamente tal. En definitiva, este arbitraje surge por mandato del legislador, no emana del acuerdo de voluntades de las partes.

Sin embargo, más allá de las críticas que se pueden formular al respecto, es innegable que el arbitraje ha favorecido esta forma de asociación público-privada. Precisamente, como las concesiones de obra pública por lo general implican altas inversiones y contratos de larga duración, se suelen producir disputas que requieren soluciones rápidas y efectivas. En ese

¹²⁰ Ibid. 161p.

¹²¹ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 686p.

contexto, el arbitraje ha significado una buena herramienta para enfrentar dichas controversias entre el Estado y las empresas concesionarias.¹²²

6.1.4. Cambios en la LCOP

En el año 2010 se produjo una importante modificación a la LCOP, la cual tuvo lugar en virtud de la Ley N° 20.410. Esto trajo como consecuencia que los conflictos que se deriven de un contrato de concesión de obra pública deben regirse por normas diferentes, dependiendo si dicho contrato fue celebrado con anterioridad a la reforma o no.

Si el contrato se celebró antes del cambio en la regulación, las disputas entre concesionario privado y la Administración deben ser conocidas por una Comisión Conciliadora compuesta por: (a) Dos integrantes designados por cada parte; y (b) Un tercer miembro que ejercerá el cargo de presidente, el cual será nombrado por ambas partes conjuntamente o, a falta de tal acuerdo, por el Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago. Lo más característico de esta comisión es que si las partes no llegan a un acuerdo, el concesionario se encuentra facultado para solicitar la constitución de esta comisión, integrada por los mismos miembros, con el carácter de tribunal arbitral. Así las cosas, esa comisión resolverá la controversia mediante sentencia definitiva respecto de la cual no procede recurso alguno, y sus miembros poseen la calidad de árbitros arbitradores.¹²³

En cambio, si el contrato fue celebrado con posterioridad a la reforma mencionada, las partes deberán acudir al denominado Panel Técnico, organismo sucesor de las tradicionales Comisiones Conciliadoras. Como su nombre lo indica, esta entidad puede conocer única y exclusivamente aquellas disputas de carácter técnico (o económico) que se produzcan durante la ejecución del contrato de concesión. Además, respecto de sus funciones, este organismo se limita a emitir una recomendación de carácter técnico a las partes, luego de estudiar y analizar los antecedentes del proceso y de oír las alegaciones respectivas.¹²⁴

¹²² LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. Foro jurídico. 18: 141-165, 2020. 155p.

¹²³ MOLINA, Carlos. y RÍOS, Víctor. Derecho de la Construcción. Santiago, O'Print Impresores S.A., 2016. 365p.

¹²⁴ LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. Foro jurídico. 18: 141-165, 2020. 156p.

No obstante, el cambio más relevante que trajo consigo la Ley N° 20.410 guarda relación con las facultades de los árbitros, pasando de arbitradores a mixtos. Sin perjuicio de aquello, se mantuvo la facultad de apreciar la prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica.

6.2. Ley sobre Financiamiento Urbano Compartido (2003)

El segundo caso en que el legislador autoriza de forma explícita a las entidades estatales para participar de arbitrajes se encuentra en la Ley N° 19.865 sobre Financiamiento Urbano Compartido (en adelante, LFUC), la cual fue dictada en el año 2003. Al igual que en el caso de las concesiones de obra pública, aquí se busca favorecer la asociación público-privada mediante la autorización a los Servicios de Vivienda y Urbanización y a las Municipalidades para celebrar contratos de participación con privados. Dichos contratos están destinados a la adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación (derechos sobre bienes muebles o inmuebles, explotación de uno o más inmuebles u obras, entre otras).

El artículo 21 de la LFUC dispone que “(...) las controversias que se produzcan entre las partes con motivo del contrato de participación, se someterán al conocimiento y resolución de una Comisión Conciliadora (...)”. Esta comisión estará compuesta por: (a) Un profesional designado por el Director del Serviu o la Municipalidad, según corresponda; (b) Un profesional designado por el participante; y (c) Otro nombrado de común acuerdo por las partes, quien la presidirá. Si las partes no llegasen a tal acuerdo, el Presidente de la Comisión Conciliadora será designado por el juez de letras respectivo.

Según Patricio Aylwin, la función de esta entidad es “(...) buscar la conciliación entre las partes, formulando proposiciones para ello. Si la conciliación no se produce en el plazo de treinta días, cualquiera de las partes podrá solicitarle, en el plazo de diez días, que se constituya en *Tribunal Arbitral*, el cual actuará como árbitro arbitrador (...)”¹²⁵. De esta manera, al no poder acercar los intereses de las partes, deberá darse paso a un procedimiento arbitral. En ese contexto, el árbitro tendrá un plazo de treinta días para resolver el asunto, período en el cual

¹²⁵ AYLWIN, Patricio. El juicio arbitral. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023. 82p.

y tendrá el plazo de treinta días para resolver, plazo durante el cual se mantendrá la suspensión de los efectos de la actuación reclamada, en su caso.

En el inciso sexto de la norma referida se establece lo siguiente: “En contra de la sentencia arbitral, se podrán interponer los recursos de apelación y de casación en la forma, de acuerdo a lo previsto en el artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales”. De este modo, se genera nuevamente una afectación al principio de mínima intervención, el cual rige en la mayoría de los ordenamientos jurídicos en materia de arbitrajes.

Por otro lado, Aylwin señala que la comisión deberá actuar como tribunal arbitral para efectos de autorizar al Serviu o a la Municipalidad correspondiente la designación de un interventor, cuando el participante abandonare la obra o interrumpiere injustificadamente el servicio convenido (artículo 22 de la LFUC). Asimismo, deberá actuar en dicha calidad cuando cualquiera de las partes le solicite que declare el incumplimiento grave del contrato de participación (artículo 31 de la LFUC).¹²⁶

7. Relación entre arbitrajes domésticos con el Estado y la eventual creación de tribunales contencioso-administrativos

Habiendo analizado los principales aspectos del régimen chileno de arbitrajes locales con participación de empresas estatales, es menester referirse a un tema que abarca a otras entidades públicas y que resulta imprescindible cuando se trata de conflictos con la Administración del Estado: la creación de tribunales contencioso-administrativos.

Este asunto ha sido discutido desde hace muchos años en nuestro país, prueba de aquello es lo dispuesto por el artículo 87 de la Constitución de 1925:

“Habrán Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no

¹²⁶ Ibid. pp.82-83.

esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

No obstante, jamás se dictó la ley mencionada por dicha norma. Esto trajo consigo numerosos problemas, tales como la exclusión de las causas contenciosas administrativas de la competencia de los tribunales ordinarios de justicia, puesto que no se consideraban causas civiles ni criminales. Lo más grave de esta interpretación es que permitía oponer como excepción la falta de jurisdicción.¹²⁷

Con posterioridad, la Constitución de 1980 estableció que “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley (...)” (inciso segundo del artículo 38 de la CPR). Sin embargo, hasta el momento la ley tampoco ha creado dichos tribunales. Esto no se debe únicamente a la falta de voluntad política por parte del Poder Legislativo, sino que también la Administración del Estado ha obstaculizado en cierto modo la instauración de los tribunales contencioso-administrativos. En este sentido, Andrés Bordalí ha estimado que:

“No ha sido el legislador el que se ha resistido mayormente a ser controlado por los tribunales de justicia, sino la Administración del Estado. Esta, arropada por el legislador y por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional, ha evitado hasta hoy, con relativo éxito en muchos casos, ser controlada por la jurisdicción”¹²⁸.

Por consiguiente, Chile actualmente carece de una judicatura especializada para conocer de las causas contenciosas administrativas. A pesar de ello, se ha planteado que la posibilidad de crear tales tribunales se encuentra “plenamente vigente” y entregada al legislador, en virtud de la redacción del artículo 38 de la Carta Fundamental.¹²⁹

¹²⁷ CÁRCAMO, Alejandro. Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en Chile: Una deuda pendiente. Diario Constitucional (en línea). 04 de noviembre, 2012. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/los-tribunales-de-lo-contencioso-administrativo-en-chile-una-deuda-pendiente/> (consulta: 14 de febrero de 2024).

¹²⁸ BORDALÍ, Andrés. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. Revista Chilena de Derecho. 33(1): 17-36, 2006. 18p.

¹²⁹ CÁRCAMO, Alejandro. Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en Chile: Una deuda pendiente. Diario Constitucional (en línea). 04 de noviembre, 2012. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/los-tribunales-de-lo-contencioso-administrativo-en-chile-una-deuda-pendiente/> (consulta: 14 de febrero de 2024).

En este contexto, cabe constatar que hoy en día los particulares tienen derecho a defenderse cuando son lesionados por algún órgano estatal, no obstante, lo hacen a través de diversos procedimientos administrativos y judiciales, descritos en cada una de las leyes que crean a las superintendencias y organismos análogos.¹³⁰ Esta situación conlleva a lo menos dos consecuencias negativas:

En primer lugar, los procedimientos se vuelven mucho más especializados y, por lo tanto, se vuelve más costoso acceder a abogados que puedan representar a los ciudadanos frente a estos tribunales. Esto último se debe a que en el mercado de los servicios legales la especialización tiene un alto costo y, además, por lo complejo que esto resulta para un abogado, hay también menos competencia.¹³¹

En segundo lugar, esta dispersión institucional y procedimental reflejada en los más de 160 procedimientos específicos existentes complejiza enormemente el conocimiento de los mismos y, por consiguiente, se produce un aumento en la dificultad para hacer valer los derechos de las personas.¹³²

Este es el panorama actual de lo contencioso-administrativo en Chile. Es de esperar que prontamente nuestro país pueda avanzar en la creación de una jurisdicción especializada, que logre entregar soluciones a los conflictos suscitados entre el Estado y los particulares.

Sobre este punto, cabe señalar que la instauración de tribunales contencioso-administrativos resulta absolutamente compatible con la promoción del arbitraje doméstico en aquellas controversias con entidades públicas. Aquí es menester remitirse a la experiencia proveniente del Derecho comparado, en particular a los casos de España e Italia.

Por un lado, el ordenamiento jurídico español si bien cuenta con una jurisdicción especializada en la materia desde hace muchos años, con la aprobación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992 se incorporó la posibilidad de recurrir a otros cauces diferentes a los

¹³⁰ ALVEAR, Julio. Los Tribunales Contenciosos Administrativos. El Mercurio Legal (en línea). 14 de enero, 2019. <https://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/2019/01/15/analisis-juridico-los-tribunales-contenciosos-administrativos-por-el-dr-julio-alvear-tellez/> (consulta: 15 de febrero de 2024).

¹³¹ COSTA, Ezio. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. Revista de Derecho (Valdivia). 27(1): 151-167, 2014. 163p.

¹³² Ibid.

tribunales administrativos, entre ellos al arbitraje, para resolver los conflictos con el Estado.¹³³ De esta manera, el Derecho español ha pretendido reconocer explícitamente en el arbitraje una alternativa heterocompositiva que la ley sitúa a la par con los recursos administrativos de alzada y potestativo de reposición ante los tribunales estatales.¹³⁴

Esto permite aliviar en alguna medida la carga de trabajo de la justicia ordinaria y, además, otorga importantes beneficios a la ciudadanía, a saber, mayor rapidez en la tramitación del procedimiento y un alto grado de especialización por parte de quienes resuelven los asuntos.¹³⁵

Por otro lado, el ordenamiento jurídico italiano establece que ciertas controversias de carácter contencioso-administrativas deben resolverse mediante arbitraje. Por ejemplo, la Ley Nº 109, sobre Reordenamiento del Servicio Marítimo Postal y Comercial de carácter Local, dictada en 1975, determina que las disputas derivadas de la fijación de precios serán resueltas por árbitros. Cabe añadir que la incorporación del arbitraje administrativo en el Derecho italiano precisamente tuvo como fin principal la descongestión de la vía judicial estatal,¹³⁶ lo cual demuestra que esta herramienta también cumple con objetivos prácticos muy relevantes.

En consecuencia, es posible sostener que la eventual creación de tribunales contencioso-administrativos en Chile debiese ir acompañada de un fuerte impulso al desarrollo de arbitrajes en los conflictos con participación del Estado, ya que bajo ningún punto de vista son políticas públicas excluyentes entre sí. Como ha quedado de manifiesto, dichos mecanismos pueden complementarse perfectamente en miras a resolver de mejor manera las controversias entre particulares y entidades fiscales.

En esta línea, es importante señalar que además de fortalecer los arbitrajes domésticos con el Estado, resulta imprescindible una mayor especialización en lo contencioso-administrativo por parte de los árbitros. No basta con brindar la oportunidad de resolver tales asuntos

¹³³ ESPLUGUES, Carla. Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿Utopía o realidad?. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico. (24): 305-325, 2018. 319p.

¹³⁴ JEQUIER, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. Revista Chilena del Derecho. 40(1): 157-180, 2013. 162p.

¹³⁵ ESPLUGUES, Carla. Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿Utopía o realidad?. Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico. (24): 305-325, 2018. 320p.

¹³⁶ JEQUIER, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. Revista Chilena del Derecho. 40(1): 157-180, 2013. pp.162-163.

mediante arbitraje, sino que también debe asegurarse que las personas encargadas de resolverlos se encuentren debidamente capacitadas para ello.

8. Arbitraje comercial internacional con el Estado

Ya hemos estudiado la situación de los conflictos con el Estado en el plano local, ahora es preciso enfocarnos en el ámbito internacional. Aquí lo primero que debemos tener presente es que no existe ninguna limitación en cuanto a los sujetos que pueden participar de un arbitraje comercial internacional, según lo dispuesto en el artículo 1 N° 3 de la LACI.

Por consiguiente, las entidades que conforman la Administración del Estado gozan de una amplia libertad para ser parte de este tipo de arbitraje, lo que se relaciona con la inserción de Chile en la tendencia mundial en esta materia:

“Hoy en día suele ser bastante frecuente la aparición de Estados soberanos y sobre todo de entidades o empresas estatales en arbitrajes comerciales internacionales. Tanto en arbitrajes ad hoc como en arbitrajes administrados. A título de ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional indica en sus estadísticas que, en el ejercicio del 2009, setenta y ocho de sus casos administrados hacían relación a Estados o entidades paraestatales; es decir, constituían el 9,5% del total de los arbitrajes administrados por su Corte Internacional de Arbitraje”¹³⁷.

Esta lógica también ha sido adoptada en nuestro ordenamiento jurídico, reconociendo que el Estado puede ser sujeto de arbitraje comercial internacional. Dicho esto, debe ahondarse en el concepto de orden público que se suele utilizar en esta clase de arbitraje, ya que delimita el ámbito de arbitrabilidad al cual se deben someter las partes, lo que incluye, sin duda, a los organismos públicos.

En primer lugar, el artículo 34 de la LACI, que trata sobre el recurso de nulidad aplicable a los laudos arbitrales a nivel internacional, contempla al orden público como una de sus causales:

¹³⁷ CREMADES, Bernardo. La participación de los Estados en el arbitraje internacional. Arbitraje. 3(3): 655-674, 2010. 663p.

“2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando: (...) b) El tribunal compruebe (...) ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile”.

Cabe precisar que esta idea de orden público históricamente ha sido muy discutida, se trata de un concepto que varía con el transcurso del tiempo y se entiende de modos diferentes dependiendo del lugar en el cual nos enfoquemos. No obstante lo anterior, vale decir que tanto la doctrina como la jurisprudencia han comprendido que la causal de nulidad del artículo 34 N° 2 letra b) sección ii) de la LACI, se refiere a “las nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”¹³⁸. Pero, ¿qué se entiende por principios más básicos de moralidad y justicia? Frente a esta crucial interrogante, es posible sostener lo siguiente:

“Los principios fundamentales de justicia y moralidad son esencialmente aquellos que (...) se consideran necesarios para la protección, primero, de los derechos procesales fundamentales de las partes en el procedimiento arbitral y, segundo, los derechos contractuales fundamentales de las partes en transacciones internacionales”¹³⁹.

De esta manera, el orden público tiene una parte de carácter procesal y una parte de naturaleza sustantiva. Por un lado, el orden público procesal pretende proteger las garantías del debido proceso, las cuales están orientadas a que las partes puedan ejercer de forma adecuada sus derechos en el marco del procedimiento. A saber, el derecho a ser debidamente llamado al arbitraje, el derecho a ser oído en igualdad de condiciones, el derecho a ser juzgado por un árbitro imparcial e independiente, entre otras garantías. Por otro lado, el orden público sustantivo considera la prohibición de abuso del derecho, la protección de la buena fe, el cumplimiento del principio pacta sunt servanda, la prohibición de discriminación, entre otros.

Dicho esto, la noción de orden público resulta ser bastante amplia e incluso se ha considerado que es la causal de nulidad más utilizada en el ámbito del arbitraje comercial internacional “(...) probablemente porque se trata de un concepto abierto, de contornos imprecisos, que admite diversas interpretaciones y que varía de un Estado a otro y de una época a otra”¹⁴⁰. Así las

¹³⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. Porrúa, México, 2004. 429p.

¹³⁹ ARFAZADEH, Homayoon. In the Shadow of the Unruly Horse: International arbitration and the public policy exception. *The American Review of International Arbitration*. 13, 2002. pp.48-49.

¹⁴⁰ OSSA, Felipe. El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada. *En: Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*. Washington D.C., Organización de los Estados Americanos, 2019. 332p.

cosas, cuando alguna de las partes busca impugnar la validez de un laudo arbitral es muy frecuente que se haga alusión al orden público, ya que permite alegar múltiples situaciones, sean de carácter procesal o más bien sustantivas.

Por tal motivo, la tendencia general ha sido que los tribunales interpreten este concepto restringidamente, lo cual se ha manifestado a partir de: (1) La aplicación restrictiva de la contravención al orden público como causal para anular el laudo o denegar su reconocimiento o ejecución; (2) La distinción entre orden público doméstico y orden público internacional; y (3) La prohibición de revisar los méritos del laudo al determinar la concurrencia de esta causal.¹⁴¹

En relación con esto último, Juan Carlos Marín y Rolando García han sostenido que “(...) lo vaporoso del concepto de orden público lo convierte en una constante amenaza a la certeza jurídica y a la predictibilidad de las resoluciones judiciales respecto a los laudos”¹⁴². En este sentido, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago ha buscado limitar su utilización desde el primer fallo que resolvió sobre una acción de nulidad, señalando que esta causal “(...) debe aplicarse en forma restrictiva, limitándose sólo a infracción de normas básicas y fundamentales del Estado chileno”¹⁴³, reflejando que la jurisprudencia ha efectuado una interpretación acotada del artículo 34 N° 2 letra b) sección ii) de la LACI.

En síntesis, la aplicación de esta noción de orden público tiene como consecuencia que la anulación de laudos arbitrales por ese concepto se circunscriba a violaciones de extrema gravedad a los principios y reglas fundamentales del Derecho de Chile.¹⁴⁴ Además, la tendencia jurisprudencial demuestra un ánimo de colaboración y respeto hacia el arbitraje comercial internacional, al restringir su propia intervención a través de la petición de nulidad,¹⁴⁵ lo cual ciertamente resulta favorable para el desarrollo de esta clase de arbitrajes con sede en nuestro país.

¹⁴¹ Ibid. 333p.

¹⁴² GARCÍA, Rolando. y MARÍN, Juan Carlos. El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 24(1): 117-131, 2011. 124p.

¹⁴³ Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de agosto de 2009, Rol N° 9134-2007.

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ, Gonzalo. Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional: 18 años de vigencia. *En: CAM SANTIAGO. 30 Años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación*. Santiago, Cámara de Comercio de Santiago, 2022. 171p.

¹⁴⁵ Ibid. 174p.

9. Decreto Ley N° 2.349 e interpretaciones

Luego de haber comprobado la posibilidad de que el Estado participe de un arbitraje comercial internacional y el ámbito de arbitrabilidad existente en esta materia, corresponde examinar la normativa específica que Chile tiene al respecto.

En este punto es necesario hacer referencia al Decreto Ley N° 2.349, que establece normas sobre contratos internacionales para el sector público (en adelante, DL N° 2.349), el cual fue dictado en el año 1978. En virtud de este cuerpo normativo se autoriza a las diferentes entidades del Estado "(...) para acordar en sus contratos internacionales -cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero- cláusulas que les permitan someterse al derecho y a los tribunales extranjeros, señalar domicilio fuera del país, designar mandatarios en el extranjero y renunciar a la inmunidad de ejecución"¹⁴⁶.

De este modo, se observa que la aplicación del DL N° 2.349 resulta bastante limitada, pues se refiere a contratos internacionales celebrados solamente por algunas entidades estatales. A contrario sensu, no todos los organismos del Estado están autorizados para someterse a tribunales arbitrales en el extranjero, como veremos más adelante. De esto se desprende que la normativa referida no permite pactar un arbitraje con sede en Chile, lo cual ciertamente representa una deficiencia en nuestra regulación.¹⁴⁷

9.1. Ámbito de aplicación

El artículo 1 del decreto ley citado establece en su inciso primero:

"Decláranse 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

¹⁴⁶ ROMERO, Alejandro. El arbitraje en la concesión de obras públicas. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes). 31: 145-164, 2018. 147p.

¹⁴⁷ LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. Foro jurídico. 18: 141-165, 2020. 158p.

centro principal de sus negocios en el extranjero, con el Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas”.

En definitiva, para sujetar un contrato a las normas del Derecho extranjero, dicho convenio tiene que cumplir con las siguientes características: (1) Debe ser internacional; (2) Debe estar vinculado con negocios u operaciones de carácter económico o financiero; y (3) Debe efectuarse con una entidad cuyo centro de principal de sus negocios se encuentre en el extranjero.

En cuanto al primer requisito, tradicionalmente se ha comprendido que un contrato es internacional si es que las partes tienen sus establecimientos en Estados distintos. No obstante, cierto sector de la doctrina considera que si se verifican factores de conexión que relacionan el contrato con más de un ordenamiento jurídico, éste posee el carácter de internacional.¹⁴⁸ Para efectos del presente trabajo, se empleará este concepto más amplio.

En relación con la naturaleza económica o financiera de los contratos, esta disposición del DL N° 2.349 pretende excluir los actos de autoridad del Estado,¹⁴⁹ y centrarse en aquellas actividades comerciales desempeñadas regularmente por la Administración.

Finalmente, en cuanto al organismo, institución o empresa que contrate con el Estado, cabe señalar que tal entidad debe poseer el “centro principal de sus negocios” en el extranjero. Esto significa que el lugar donde se lleven a cabo la mayoría de sus labores empresariales se encuentre fuera de Chile. En definitiva, se refiere al centro neurálgico de sus operaciones, donde se toman las decisiones clave, se coordinan las actividades y se gestionan los recursos.

Por su parte, el inciso segundo del artículo 1 del DL N° 2.349 señala:

“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 por

¹⁴⁸ REVOREDO, Delia. La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica. THEMIS: Revista de Derecho. (30): 231-241, 1994. 231p.

¹⁴⁹ PICAND, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. pp.253-255.

las 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”.

De este modo, el decreto ley en análisis permite expresamente que el Estado se someta a tribunales extranjeros, sean ordinarios o arbitrales, con el objeto de resolver los conflictos que surjan de los contratos mencionados con anterioridad.

9.2. Limitaciones

A pesar de lo mencionado recientemente, no todos los contratos internacionales de naturaleza económica celebrados por organismos, instituciones o empresas estatales pueden acogerse a esta regulación, sino sólo aquellos que cumplan con lo dispuesto en el artículo 4 del presente decreto ley. En particular, para que dichos contratos se rijan por tales disposiciones, se necesita una autorización previa del Presidente de la República, otorgada mediante decreto del Ministerio de Hacienda. Sin embargo, se exceptúa de esta exigencia al Banco Central y al Banco del Estado de Chile (inciso primero del artículo 4 del DL N° 2.349).

Luego, esta misma norma dispone que el Presidente de la República podrá otorgar una autorización de carácter general a determinadas entidades estatales, o bien en relación con ciertas clases de contrato. Dicha autorización se podrá renovar anualmente, en forma sucesiva (inciso segundo del artículo 4 del DL N° 2.349).

Por otra parte, el artículo 7 declara que las estipulaciones permitidas por esta normativa no podrán pactarse en los contratos que se celebren en conformidad al Decreto Ley N° 600, que fija el estatuto de la inversión extranjera (en adelante, DL N° 600). En relación con esto último, es preciso señalar que el DL N° 600 fue derogado el 1 de enero de 2016, no obstante, se mantiene su aplicación respecto de aquellos contratos celebrados durante su vigencia y que todavía se encuentren en ejecución.

Además, el inciso segundo del artículo 7 del DL N° 2.349 excluye los contratos que se celebren sobre concesiones de bienes fiscales, y los actos o contratos que celebren los organismos, instituciones o empresas del Estado de Chile, cuando la legislación particular por la cual se

rijan excluya en forma expresa la sumisión a la ley o tribunal extranjeros, o disponga que los diferendos que de ellos deriven deban ser sometidos a la ley chilena o a tribunales nacionales.

9.3. Fundamentos

A partir de lo dispuesto en el considerando primero del DL N° 2.349, es posible afirmar que esta regulación pretende favorecer los vínculos contractuales relativos a negocios internacionales entre las diferentes entidades del Estado chileno y organismos, instituciones o empresas internacionales. Y, en esta línea, busca autorizar la inclusión de estipulaciones en virtud de las cuales puedan resolver sus eventuales controversias ante tribunales extranjeros, ya sean ordinarios o arbitrales.

Por su parte, el considerando tercero de este cuerpo normativo señala que “(...) 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”. Por tanto, el DL N° 2.349 desde su origen tuvo como objetivo delimitar cabalmente los supuestos en que se autoriza la participación de una entidad pública en un arbitraje comercial internacional.

9.4. Reflexiones

En relación con lo anterior, si bien el DL N° 2.349 ha buscado generar más facilidades para que el Estado se desenvuelva de forma óptima en el comercio mundial, es importante destacar que la regulación vigente está lejos de ser una autorización de carácter general para que los múltiples organismos, instituciones y empresas estatales puedan pactar cláusulas arbitrales con entidades extranjeras.

Como ha quedado de manifiesto, esta normativa contempla un importante obstáculo para acceder a la autorización referida, consistente en nada más ni nada menos que en la obtención de un decreto supremo emitido por el Presidente de la República, a través del Ministerio de Hacienda. De esta forma, se trata de una tramitación poco expedita que no logra fomentar la participación del Estado en un arbitraje comercial internacional.

Sin ir más lejos, la doctrina chilena ha destacado que nuestro legislador estimó necesaria la dictación de un decreto ley específico para facultar al Estado de Chile a celebrar pactos de sumisión a la jurisdicción de tribunales extranjeros,¹⁵⁰ lo que reafirma la existencia de barreras ineludibles en esta materia.

En consecuencia, resulta del todo razonable plantear la creación de una norma de carácter general que autorice al Estado, junto con todos sus organismos, instituciones y empresas, a pactar cláusulas arbitrales para resolver sus disputas tanto en Chile como en el exterior. Esto último debido a que el DL N° 2.349 no contempla la posibilidad de acordar la celebración de un arbitraje comercial internacional con sede en nuestro país. De este modo, se asegura que la Administración al actuar en el ámbito patrimonial no esté en una posición más limitada y distinta que la de los particulares,¹⁵¹ lo cual ciertamente no resulta conveniente en miras a la inserción de Chile en el comercio mundial.

10. Inmunidad de ejecución de bienes del Estado

A lo largo del presente capítulo se ha analizado la participación de entidades públicas en el arbitraje doméstico y comercial internacional. Por lo tanto, corresponde profundizar en una problemática observada en ambas modalidades y que reviste gran importancia práctica.

En este sentido, debe tenerse en consideración que pueden producirse a lo menos tres dificultades cuando se quiere ejecutar una sentencia arbitral en contra del Estado: (1) Que la entidad pública solicite la nulidad del laudo; (2) Que existan complejos métodos de pagos; y (3) Que la entidad pública oponga la inmunidad de ejecución.¹⁵² A continuación, se estudiará esta última circunstancia, la cual surge al dictarse un fallo adverso para el Estado y, consiguientemente, "(...) se plantea el problema de si puede embargarse bienes de él, en caso de que se niegue a cumplir con la sentencia dictada en su contra".¹⁵³

¹⁵⁰ VIAL, Víctor. Teoría general del acto jurídico. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003. 166p.

¹⁵¹ PICAND, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005. 250p.

¹⁵² DURÁN, Fabrizio. Inmunidad soberana: jurisdicción y ejecución aplicación a Estados y sus entidades. Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho). (24): 177-201, 2021. 185p.

¹⁵³ LLANOS, Hugo. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado que realiza actividades comerciales. Revista Chilena de Derecho. 2(1): 12-54, 1975. 35p.

La doctrina realiza una distinción muy relevante al definir el concepto de inmunidad de ejecución, según la clase de bienes involucrados. Por un lado, cuando se trata de bienes de misiones diplomáticas y consulares, se entiende como una inmunidad absoluta, lo mismo ocurre con aquellos bienes de propiedad del Estado cuya finalidad sea realizar actividades de imperio. Por el contrario, cuando se trata de otros bienes destinados a actos de gestión, la limitación no es absoluta, como en el primer caso.¹⁵⁴

De este modo, la inmunidad de ejecución tiene lugar tanto en actividades *iure gestionis* como en actividades *iure imperii* realizadas por el Estado. La primera categoría se refiere a aquellas acciones que se desenvuelven en el ámbito patrimonial al igual que lo hacen los particulares, también se conocen como actos de gestión.¹⁵⁵ Mientras que la segunda categoría está vinculada a las órdenes emitidas por el Estado, es decir, cuando la actuación es de carácter imperativo-prohibitiva, cuando impone una conducta o prohíbe otra, también se denominan actos de autoridad.¹⁵⁶

Esta distinción ha sido recogida en el caso “Inmobiliaria Downey S.A. con Embajada de Panamá”. En particular, éste trata sobre una demanda de terminación de contrato de arrendamiento, donde la demandada planteó la excepción de incompetencia absoluta por falta de jurisdicción. Dicha excepción fue rechazada y, posteriormente, el tribunal programó una audiencia de contestación, conciliación y prueba. Si bien la resolución que fijaba la audiencia fue notificada a la Embajada de la República de Panamá, ésta se llevó a cabo sin la presencia de la demandada, que se encontraba en rebeldía.

En este contexto, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, procedió de oficio y anuló todo lo obrado en la causa. En dicha oportunidad hizo mención al artículo 6 del DL N° 2.349, el cual señala en su inciso primero que no procederá renuncia alguna de inmunidad de ejecución respecto de los bienes inmuebles y del mobiliario destinados a mantener una misión diplomática o consular o la residencia del jefe de ellas. A partir de esta norma, la Corte argumentó que el Estado de Chile reconoce su propia inmunidad en materia de relaciones internacionales, tratándose de bienes dirigidos a ejecutar actos de imperio.

¹⁵⁴ COBO, Nicolás. La protección de la inmunidad en el Derecho chileno. *The Yearbook of diplomatic and consular law*. (3): 1-17, 2018. 6p.

¹⁵⁵ PANTOJA, Rolando. *El Derecho Administrativo. Concepto, Características, Sistematización, Prospección*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010. 92p.

¹⁵⁶ *Ibid.* 95p.

Luego, se hizo alusión al artículo 9 del mismo decreto ley, donde se establece que cualquier Estado extranjero podrá impetrar en Chile la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, según el caso, en los mismos términos y con igual amplitud e idénticas excepciones como la reconociere su propia legislación en favor del Estado de Chile. En esta línea, los Ministros de la Duodécima Sala, aplicando la distinción entre actos iure imperii y actos iure gestionis, afirmaron que:

“(…) en el caso de Chile, una situación como la que se ha traído al conocimiento de esta Corte no podría ocurrir, desde que tiene expresamente prohibida la renuncia a la inmunidad de ejecución en materia de bienes correspondientes a las legaciones y, garantiza, asimismo la reciprocidad sobre aquella materia a Estados extranjeros”¹⁵⁷.

Este fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago refleja que nuestra jurisprudencia ha reconocido la inmunidad de ejecución respecto de aquellos bienes destinados a actos de imperio. Una interpretación similar se adoptó en el caso “Cárdenas con Embajada de la República de Turquía”, donde un ex trabajador de dicha embajada reclamó diversas prestaciones, en el contexto de un procedimiento ordinario laboral. Esta demanda fue rechazada y luego la Corte revocó la sentencia, accediendo a las pretensiones del demandante y condenando a la embajada a pagar remuneraciones, indemnizaciones y cotizaciones a su ex empleado. Luego, se presentó una demanda ejecutiva contra la Embajada de Turquía, sin embargo, el Juzgado de Cobranza de Santiago rechazó la ejecución, lo que llevó al frustrado ejecutante a presentar un recurso de alzamiento.

Aquí la Corte de Apelaciones de Santiago hizo referencia a la discusión doctrinaria entre la visión absoluta y la visión restringida del concepto de inmunidad de ejecución de bienes. Según la primera, nunca puede afectarse a los bienes de un Estado extranjero, que están situados en el territorio del Estado que procura esa ejecución. Por su parte, la segunda señala que esa inmunidad de ejecución sólo puede alcanzar los bienes destinados al ejercicio de la actividad diplomática.

¹⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2015, Rol N° 8273-2015.

No obstante, la Corte sostuvo que “(...) no es ésta la oportunidad para emitir pronunciamiento sobre la pertinencia y plausibilidad de lo que en el fondo la ejecución pretende, cuestión que ha de quedar sometida al discursivo propio de un procedimiento racional que a todo evento resguarda el principio de bilateralidad y audiencia”¹⁵⁸. De esta manera, a pesar de que la sentencia no se pronunció sobre la procedencia de la inmunidad de ejecución, tampoco se cerró al interesado de toda posibilidad de hacer efectivo su crédito.

Por otro lado, en el caso “Estado de Chile con Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago”, el Consejo de Defensa del Estado interpuso un recurso de queja en contra de la jueza titular del tribunal de primera instancia, donde se acogió la demanda deducida por don Herbert Fuentes Solar en contra de la Embajada de México. La recurrente alegó falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento, e hizo presente el interés del Estado de Chile en la tramitación y resultado de la causa como garante del cumplimiento de principios de inviolabilidad e inmunidad, propios del Derecho Internacional, que impiden que la Embajada de México sea sujeto pasivo en esta ejecución.

En tal caso, la Corte de Apelaciones de Santiago declaró que “(...) todas las alegaciones de la recurrente, relativas a inmunidad de ejecución de que goza la Embajada de México, a la falta de competencia y de jurisdicción del tribunal de Cobranza Laboral para proseguir el procedimiento de cobro ejecutivo laboral en contra de dicha Embajada en Chile y a la nulidad de lo obrado en dicho procedimiento ejecutivo, constituyen materias respecto de las cuales no procede emitir pronunciamiento a través del presente recurso de queja, el que debe considerar, únicamente, la resolución que lo motiva”¹⁵⁹. Esto refleja que si bien la jurisprudencia chilena ha reconocido de forma sistemática la posibilidad de oponer la excepción de inmunidad de ejecución, e incluso ha acogido tal objeción en varias oportunidades, ciertamente también se han fijado límites para ello. En este sentido, la interposición de un recurso de queja no constituye la vía adecuada para alegar inmunidad ejecución, como se manifestó en el presente fallo.

Finalmente, es importante hacer referencia a una reciente sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema en octubre de 2023, a propósito de un recurso de unificación de jurisprudencia presentado contra un fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que

¹⁵⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2011, Rol N° 69-2010.

¹⁵⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de agosto de 2016, Rol N° 98-2016.

rechazó el recurso de nulidad interpuesto por el demandado. Cabe señalar que en la primera instancia de este caso, denominado “Zavala Farfán Jennifer con Consulado de la República Argentina”, se acogió la demanda de tutela laboral y se condenó al demandado al pago de diversas indemnizaciones y prestaciones con ocasión del despido de una funcionaria.

En específico, el máximo tribunal reconoció que el Estado también realiza actos de carácter comercial, particular o empresarial que comprometen los intereses de personas comunes, lo cual calificó como una “realidad indesmentible”¹⁶⁰. Asimismo, destacó la distinción entre una inmunidad de jurisdicción absoluta (actos de *iure imperii*) y otra de carácter relativa (actos de *iure gestionis*), agregando que:

“(…) la tendencia actual se orienta a sostener que la inmunidad estatal admite excepciones relacionadas con la naturaleza de la actuación del Estado extranjero, de manera que cuando se está en presencia de actos de soberanía surge la imposibilidad de juzgamiento, pero, cuando atañen a actividades de naturaleza empresarial no puede tener cabida la inmunidad de jurisdicción”¹⁶¹.

A partir de lo anterior, la Corte Suprema ha validado la ejecución de sentencias dictadas contra el Estado, respecto de aquellos bienes destinados a fines comerciales. Esto último adquiere especial importancia en el caso de arbitrajes que involucran a entidades públicas, ya que cuando el Estado suscribe pactos arbitrales, lo hace precisamente dentro del ámbito de los actos de gestión. El artículo 1 del DL N° 2.349 da cuenta de aquello, en tanto concede al Estado la facultad de someter a arbitraje las disputas que surjan de “contratos internacionales, cuyo objeto principal diga relación con negocios u operaciones de carácter económico o financiero”.

A la luz de esta decisión de la Corte Suprema, es posible concluir que el problema de la inmunidad de ejecución sólo se presenta en relación con los bienes derivados de actos *iure imperii*, y no con los bienes vinculados a actos *iure gestionis*. De este modo, al dictarse un laudo arbitral en contra del Estado, es posible obtener su cumplimiento respecto de aquellos bienes destinados a fines empresariales. Esto resulta fundamental en tanto permite dotar de eficacia a los arbitrajes y, además, satisface el interés de las entidades que contratan con el

¹⁶⁰ Corte Suprema, 10 de octubre de 2023, Rol N° 114665-2022.

¹⁶¹ *Ibid.*

Estado de ejecutar el laudo arbitral,¹⁶² lo cual representa un fuerte incentivo a la celebración de acuerdos arbitrales con entidades públicas.

¹⁶² DÍAZ, Sebastián. Anulación y ejecución de laudos del Ciadi. Revista La Ley. 2012. 1p.

CAPÍTULO IV: REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO DEL ARBITRAJE CON PARTICIPACIÓN DEL ESTADO

1. España

1.1. Evolución del arbitraje en España

En el Derecho español se reguló el arbitraje por primera vez con la dictación de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado (en adelante, LADP), el 22 de diciembre de 1953. Previamente, existía una gran desconfianza hacia la labor del árbitro, puesto que estaba muy arraigada la idea de que únicamente el Estado podía ejercer jurisdicción.¹⁶³ Por esta razón había un fuerte control del laudo, como ocurría con el recurso de apelación. Sin embargo, con la LADP se instauró un sistema limitado de impugnación, el que sólo contemplaba el recurso de casación respecto del laudo dictado por el árbitro de derecho y el recurso de nulidad en el caso del arbitraje de equidad.

La LADP pretendía articular un procedimiento sencillo y eficaz, de modo que fusionó en uno solo los dos tipos de arbitraje conocidos hasta esa fecha, el arbitraje escrito y la amigable composición, de manera que desde esa ley el arbitraje se configuró unitariamente, suprimiendo además todas las complicaciones técnicas.¹⁶⁴ Asimismo, se consagró la cláusula compromisoria y la formalización judicial del arbitraje.

Sin embargo, luego de más de tres décadas de aplicación de la LADP y de evolución de la institución arbitral, la mayor parte de sus disposiciones se hicieron inaplicables dado que estaban pensadas para resolver arbitralmente controversias basadas en el derecho civil, no para solucionar litigios de naturaleza mercantil y menos para emplearse en arbitrajes internacionales. Es así como el 5 de diciembre de 1988 entró en vigor la Ley N° 36/1988 de Arbitraje (en adelante, Ley de 1988), respecto de la cual se pueden mencionar los siguientes

¹⁶³ LEÓN, Constanza. El control jurisdiccional en el arbitraje: Un análisis comparativo de los sistemas jurídicos de España y Chile. *Revista Ius et Praxis*. 28(1): 82-100, 2022. 83p.

¹⁶⁴ GÓMEZ, Juan Luis. La configuración actual del arbitraje interno español. Una solución heterocompositiva de conflictos jurídicos de lento desarrollo. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). *Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. 1204p.

elementos: (1) Supresión de la distinción entre el compromiso preliminar de arbitraje y el contrato de arbitraje, regulando el convenio arbitral; (2) Ampliación del ámbito de aplicación de la ley; (3) Regulación de la organización arbitral; (4) Establecimiento de la cosa juzgada del laudo y simplificación del régimen de recursos; y (5) Creación de normas mínimas sobre arbitrajes internacionales.¹⁶⁵ Otro aspecto a destacar de la Ley de 1988 es que reconoció el recurso de nulidad del laudo, el cual procedía única y exclusivamente por motivos tasados, ya fuera por infracción de garantías procesales o por cuestiones sustantivas. Además, debe resaltarse que la interposición de este recurso no conllevaba una reevaluación del fondo del asunto.¹⁶⁶

Posteriormente, el 23 de diciembre de 2003 se dictó Ley N° 60/2003 de Arbitraje (en adelante, Ley de 2003 o LA), en reemplazo de la Ley de 1988. Esta última, si bien había significado una mejora sustancial para la regulación de esta figura en el ordenamiento jurídico en estudio, el formidable desarrollo económico de España durante los últimos años provocó que la Ley de 1988 se convirtiera en un "(...) obstáculo para la práctica del arbitraje internacional, y sobre todo, por ser el suyo un texto inexportable -excepción hecha de ciertos países latinoamericanos inspirados en ella, principalmente por razones históricas y lingüísticas- e incomprensible para los juristas extranjeros y los operadores del comercio internacional"¹⁶⁷.

En definitiva, la ley actual tenía como objetivo armonizar el régimen español de arbitraje para favorecer su difusión y promover la unidad de criterios en su aplicación, propiciando su mayor eficacia como medio de solución de controversias. En esta línea, al revisar la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, es posible constatar que se pretendía facilitar e impulsar que se pacten convenios arbitrales en los que se establezca a España como lugar del arbitraje.¹⁶⁸ Por esta razón, la ley actual está inspirada en las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI, ciertamente sin prescindir de los innegables avances efectuados por las leyes nacionales anteriores. Al respecto, la doctrina ha señalado que se buscó "(...) adaptar una normativa ya existente y de calidad a las exigencias del actual comercio internacional para que sea una

¹⁶⁵ Ibid. 1206p.

¹⁶⁶ LEÓN, Constanza. El control jurisdiccional en el arbitraje: Un análisis comparativo de los sistemas jurídicos de España y Chile. *Revista Ius et Praxis*. 28(1): 82-100, 2022. 83p.

¹⁶⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. La nueva ley española del 23 de diciembre de 2003 sobre arbitraje. *En: PELÁEZ, Francisco. y GRIÑÓ, Miquel. El arbitraje internacional: Cuestiones de actualidad*. Barcelona, J.M. Bosch, 2009. 108p.

¹⁶⁸ Ley N° 60/2003, de Arbitraje (España), 23 de diciembre de 2003.

realidad el ahorro de tiempo y dinero al emplear el arbitraje, cuyo procedimiento, garantiza certidumbre jurídica, resulta sencillo, flexible y económico”¹⁶⁹.

En este sentido, uno de los aspectos más significativos de la Ley de 2003 guarda relación con el uso de las nuevas tecnologías. En particular, establece la posibilidad de que las audiencias se efectúen a través de videoconferencias, que los laudos consten en un formato de soporte electrónico, que la parte interesada sea liberada de la obligación de protocolizar el laudo ante notario público,¹⁷⁰ entre otros preceptos que eran verdaderamente revolucionarios para la época y que serán profundizados a continuación.

1.2. Principales características del actual régimen español de arbitraje

1.2.1. Predominio de la voluntad de las partes y flexibilidad

La autonomía de la voluntad se configura no sólo como elemento originador del arbitraje, sino también como un elemento que incide en cuestiones como: el número de árbitros (artículo 12 LA), el procedimiento para la designación de árbitros (artículo 15 LA), el procedimiento de recusación de árbitros (artículo 18 LA), la determinación del procedimiento arbitral (artículo 25 LA), el lugar del arbitraje (artículo 26 LA), el idioma del arbitraje (artículo 28 LA), la realización de audiencias y la forma de las actuaciones arbitrales (artículo 30 LA), las normas aplicables al fondo de la controversia (artículo 34 LA), y el plazo en que se emitirá el laudo (artículo 37 LA).

De esta forma, la Ley de 2003 confiere a las partes la posibilidad de ajustar el arbitraje según la naturaleza del conflicto y de acuerdo con aquello que consideren pertinente. Esto último permite una flexibilización de las reglas procedimentales, lo cual constituye uno de los rasgos más característicos del arbitraje en general.

¹⁶⁹ CERVANTES-BRAVO, Irina. Comentarios a la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, 23 de diciembre). *Vniversitas*. 57(115): 17-48, 2008. 20p.

¹⁷⁰ *Ibid.*

1.2.2. Informalismo

La Ley de 2003 consagra un sistema no formalista en lo relativo al convenio arbitral. El artículo 9 LA, aunque exige que dicho convenio conste por escrito, éste puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente. Así, para que el convenio arbitral tenga validez bastará con que las partes hayan firmado el documento respectivo, en el cual expresen su voluntad de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

La única salvedad se refiere a aquellas cláusulas arbitrales contenidas en contratos de adhesión, señalando que la validez de dichos convenios y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contratos.

1.2.3. Integración de nuevas tecnologías

Tal como se había anunciado previamente, uno de los grandes méritos que se le atribuyen a la Ley de 2003 es que constituye la primera legislación española en abordar el empleo de medios telemáticos en los procedimientos de solución de litigios.¹⁷¹ En este sentido, la referida ley autoriza que tanto el convenio arbitral como el laudo consten en soporte electrónico (artículos 9 y 37 LA, respectivamente). Además, admite que las notificaciones y comunicaciones efectuadas en el marco del arbitraje se realicen a través de medios electrónicos, telemáticos o similares (artículo 5 LA).

Incluso, esta ley dio un paso más allá en materia de integración de nuevas tecnologías, puesto que en su Exposición de Motivos sostiene: “Pueden, pues, desarrollarse arbitrajes en que se utilicen tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo consideran conveniente”¹⁷². De esta forma, desde la dictación de la Ley de 2003 se le ha otorgado plena validez jurídica a aquellos procedimientos arbitrales desarrollados completamente a través de internet, lo cual se conoce como arbitrajes online.

¹⁷¹ Ibid. 22p.

¹⁷² Ley Nº 60/2003, de Arbitraje (España), 23 de diciembre de 2003.

1.2.4. Mínima intervención de tribunales estatales

La actual ley de arbitraje autoriza la intervención de la justicia ordinaria sólo respecto de los procedimientos de apoyo y control previstos por la ley. En esta línea, el artículo 7 LA dispone que: “En los asuntos que se rijan por esta ley no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que ésta así lo disponga”. A partir de esta norma, la Ley de 2003 consagra de manera plena el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje, limitando fuertemente el rol de los tribunales estatales en dichos procedimientos.

En relación con lo anterior, cabe referirse al artículo 8 LA, disposición que determina cuáles son los tribunales ordinarios que poseen competencia para ejercer las mencionadas labores de apoyo y control del arbitraje:

- (1) Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros: Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje; si no está determinado, será el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.
- (2) Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas: Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
- (3) Para la adopción judicial de medidas cautelares: Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.
- (4) Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales: Será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado.
- (5) Para conocer de la acción de anulación del laudo: Será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado.

(6) Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras: Será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Así, la ley española delimita con suficiente claridad los supuestos en que los jueces están facultados para actuar en sede arbitral, lo cual otorga autonomía al arbitraje y permite que las partes sepan con precisión el tribunal que será competente para colaborar en la práctica de pruebas o para conocer de una eventual impugnación del laudo.¹⁷³ Todo lo anterior proporciona seguridad jurídica al régimen arbitral español, lo que indudablemente representa un factor muy relevante para cualquier mecanismo de solución de conflictos.

1.2.5. Primacía del arbitraje de derecho

El artículo 34 LA señala que: “Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello”. Por lo tanto, se entiende que la regla general es el arbitraje de derecho, de modo que si las partes no se manifestaren al respecto, el árbitro resolverá la controversia conforme a derecho. Esto último constituye una novedad respecto de la Ley de 1988, donde, a falta de acuerdo, el arbitraje se consideraba de equidad.¹⁷⁴

Al establecerse esta preferencia por los arbitrajes de derecho, se incurre en una contradicción con el espíritu de la Ley de 2003, la cual presenta una clara tendencia hacia la mayor flexibilidad posible y donde la autonomía de la voluntad juega un rol clave. Al respecto, cierto sector de la doctrina sostiene que este criterio a favor del arbitraje de derecho se encuentra

¹⁷³ CERVANTES-BRAVO, Irina. Comentarios a la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, 23 de diciembre). *Vniversitas*. 57(115): 17-48, 2008. 22p.

¹⁷⁴ FERNÁNDEZ, José María. Principios inspiradores de la nueva ley de arbitraje. *Visión judicial* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). En: PELÁEZ, Francisco. y GRIÑÓ, Miquel. *El arbitraje internacional: Cuestiones de actualidad*. Barcelona, J.M. Bosch, 2009. 151p.

asociado a una tendencia formalista y que, en buena medida, se asemeja a lo dispuesto por la LADP de 1953 en esta materia.¹⁷⁵

1.2.6. Consolidación del arbitraje institucional

El artículo 14 LA está dedicado exclusivamente a regular el arbitraje de carácter institucional y enumera las entidades a las que se puede encomendar la administración del procedimiento arbitral. A partir de dicha norma, España ha pretendido consolidar y potenciar la realización de arbitrajes bajo esta modalidad. Además, a lo largo de toda la Ley de 2003 es posible encontrar disposiciones que hacen referencia al arbitraje institucional, lo cual refleja que las instituciones administradoras se encuentran plenamente asentadas en la sociedad española.

1.2.7. Acción de anulación

Una de las características principales de la Ley de 2003 es que reconfigura la anulación del laudo, en tanto ya no se concibe como un recurso sino como una acción. En consecuencia, esta acción está orientada a ejercer un control de legalidad, mas no una revisión de la decisión del árbitro.¹⁷⁶ En específico, el artículo 41 LA establece los siguientes motivos de anulación: (a) Que el convenio arbitral sea inválido o inexistente; (b) Que no se haya debidamente notificado la designación del árbitro o las actuaciones arbitrales o que, por cualquier otra razón, la parte que inste la nulidad no haya podido hacer valer sus derechos; (c) Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión; (d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se hayan adecuado a lo pactado entre las partes; (e) Que se hayan resuelto cuestiones no susceptibles de arbitraje; (f) Que el laudo sea contrario al orden público.

A partir de este artículo, es posible constatar que el control ejercido por los tribunales estatales respecto del laudo sólo alcanza asuntos formales, no cuestiones relativas al fondo de la

¹⁷⁵ CERVANTES-BRAVO, Irina. Comentarios a la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, 23 de diciembre). *Vniversitas*. 57(115): 17-48, 2008. 23p.

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ, José María. Principios inspiradores de la nueva ley de arbitraje. *Visión judicial* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). En: PELÁEZ, Francisco. y GRIÑÓ, Miquel. *El arbitraje internacional: Cuestiones de actualidad*. Barcelona, J.M. Bosch, 2009. 147p.

decisión arbitral. Por este motivo, la ley prefiere utilizar la expresión “acción” en lugar de “recurso” para mostrar que no se trata de un recurso judicial que permitiría el examen del fondo y suspendería la ejecución del laudo.¹⁷⁷

1.3. Régimen monista

La Ley de 2003 fija su ámbito de aplicación de acuerdo con un criterio territorial, señalando: “Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje” (artículo 1 LA). De este modo, el Derecho español adopta un sistema monista basado en la Ley Modelo de la CNUDMI, puesto que, de acuerdo con lo mencionado en la Exposición de Motivos de la Ley de 2003, “aun con la conciencia de que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base -corroborada por la tendencia actual en la materia- de que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa”¹⁷⁸.

Es así como España fija un único régimen tanto para el arbitraje interno como para el arbitraje internacional, distinguiendo apenas entre uno y otro, pues son pocos los preceptos en la ley que se aplican específicamente al arbitraje internacional.¹⁷⁹ Cabe mencionar que si bien la mencionada Ley Modelo está pensada para aplicarse en el ámbito del arbitraje comercial internacional, la legislación española ha estimado -al igual que muchas otras legislaciones del mundo- que sus disposiciones son válidas y adecuadas para el arbitraje en general.

1.4. Arbitraje voluntario como regla general

En España actualmente el arbitraje es de carácter voluntario en la gran mayoría de los casos, lo que se deriva de la posición central de la autonomía de la voluntad al interior de su régimen

¹⁷⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. La nueva ley española del 23 de diciembre de 2003 sobre arbitraje. *En*: PELÁEZ, Francisco. y GRINÓ, Miquel. El arbitraje internacional: Cuestiones de actualidad. Barcelona, J.M. Bosch, 2009. 131p.

¹⁷⁸ Ley Nº 60/2003, de Arbitraje (España), 23 de diciembre de 2003.

¹⁷⁹ LEÓN, Constanza. El control jurisdiccional en el arbitraje: Un análisis comparativo de los sistemas jurídicos de España y Chile. *Revista Ius et Praxis*. 28(1): 82-100, 2022. 83p.

arbitral vigente. Sin embargo, esto no siempre ha sido así, puesto que existen antecedentes de arbitraje forzoso en la etapa preconstitucional española, particularmente, en las Ordenanzas de Bilbao de 1737. Allí se decretaba la obligatoriedad del arbitraje entre los socios de una compañía mercantil, con el objeto de evitar pleitos largos y costosos. Con posterioridad, la legislación dio lugar a la unificación del procedimiento arbitral mercantil y civil,¹⁸⁰ estableciendo el arbitraje societario con carácter obligatorio, postura que mantuvo la doctrina española incluso tras su derogación, hasta mediados del siglo XX.¹⁸¹

A pesar de que esta visión había sido superada plenamente con la Ley de 2003, tan sólo ocho años más tarde se generó un retroceso en esta materia con la dictación del Real Decreto Ley 7/2011, normativa que impone el arbitraje de forma obligatoria cuando los convenios colectivos se bloqueen durante un periodo de tiempo determinado.¹⁸² Al respecto, la doctrina española ha sostenido que dicho Decreto “(...) viola de forma clara y rotunda unos de los principios básicos en torno al que gira la figura del arbitraje, la autonomía de la voluntad”¹⁸³. El objetivo de esta norma es dotar de una mayor agilidad y dinamismo a la negociación colectiva, no obstante, esto conlleva una infracción a la esencia y fundamento del arbitraje, tal como se mencionó previamente.¹⁸⁴

Adicionalmente, unos meses después de la dictación de esta polémica normativa, se promulgó el Real Decreto Ley 3/2012, incorporando una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje. En particular, establece que “en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”¹⁸⁵.

Sin embargo, más allá de los supuestos específicos de arbitraje obligatorio analizados anteriormente, la voluntariedad se mantiene como la regla general en el sistema arbitral español. Esto último se debe a que ninguna de las disposiciones de la Ley de 2003, como

¹⁸⁰ Decreto Ley S/N, de Refundición de Fueros (España), 07 de diciembre de 1868.

¹⁸¹ MERCHÁN, Antonio. El arbitraje: Estudio histórico-jurídico. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981. pp.147 y 356.

¹⁸² Decreto Ley Nº 7/2011, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva (España), 10 de junio de 2011.

¹⁸³ HERRERA, Ramón. La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo. Revista de Derecho (Valdivia). 25(1): 175-193, 2012. 183p.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Decreto Ley Nº 3/2012, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral (España), 10 de febrero de 2012.

normativa general aplicable, obliga a las partes a someterse a arbitraje, lo cual demuestra que la autonomía de la voluntad sigue ocupando un lugar fundamental en el régimen legal de España.

1.5. Participación del Estado

El artículo 320 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ha dispuesto lo siguiente en relación con esta materia:

“Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren”¹⁸⁶.

En consecuencia, esta disposición autoriza expresamente la participación del Estado en arbitrajes, con el objeto de resolver los conflictos derivados de los contratos administrativos que efectúe. De esta forma, la legislación española consagra con total claridad que las entidades estatales pueden ser parte de procedimientos arbitrales, los que se regirán por las normas de la Ley de 2003.

Cabe destacar que el artículo 320 de la Ley 30/2007 no distingue entre arbitrajes domésticos e internacionales, de modo que se entiende que el Estado puede participar de ambas modalidades de procedimiento. Sin embargo, en lo relativo al ámbito internacional, la Ley de 2003 establece:

“Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral” (artículo 2 LA).

¹⁸⁶ Ley N° 30/2007, de Contratos del Sector Público (España), 30 de octubre de 2007.

Por lo tanto, las entidades públicas no pueden restarse de un arbitraje internacional invocando privilegios derivados de su derecho interno, lo que genera una limitación considerable de la posibilidad de alegar con éxito la inarbitrabilidad del litigio o las restricciones propias del estatuto de persona de derecho público -incluida la inmunidad de jurisdicción- una vez otorgado el consentimiento al convenio arbitral.¹⁸⁷

2. Perú

2.1. Evolución del arbitraje en Perú

Desde los inicios de su época republicana, Perú ha abordado el arbitraje dentro de su legislación. Comenzando con el Código de Santa Cruz de Procedimientos Judiciales (1836), el que distinguía entre los árbitros de derecho y los árbitros arbitradores. Luego, el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (1852) estableció procedimientos diferentes para el arbitraje de derecho y el arbitraje de equidad, aunque no reguló la cláusula compromisoria ni el compromiso arbitral.¹⁸⁸

Posteriormente, el Código de Procedimientos Civiles (1912) legisló bajo un solo título las dos clases de arbitraje referidas (Título V de la Sección Segunda, “Juicio Arbitral”), puesto que se consideró que existía cierta unidad entre ambas.¹⁸⁹ Asimismo, se equiparó el arbitraje a un juicio sujeto a revisión ante el Poder Judicial, restándole eficacia al laudo arbitral. Más tarde, el nuevo Código Civil (1984) estableció una distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, donde la primera era un contrato preliminar por el cual las partes se obligaban a celebrar, en el futuro, un compromiso arbitral; mientras que el segundo era el acuerdo expreso de las partes de someter una determinada controversia a la decisión de un árbitro, siendo dicha decisión de cumplimiento obligatorio.¹⁹⁰

¹⁸⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. La nueva ley española del 23 de diciembre de 2003 sobre arbitraje. *En*: PELÁEZ, Francisco. y GRIÑÓ, Miquel. El arbitraje internacional: Cuestiones de actualidad. Barcelona, J.M. Bosch, 2009. 134p.

¹⁸⁸ NIZAMA, Medardo. Historia y desarrollo actual del arbitraje en el Perú. *Docentia Et Investigatio*. 13(2): 79-96, 2011. 82p.

¹⁸⁹ *Ibid*.

¹⁹⁰ SOTO, Carlos. Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú - Ley N° 26572. *En su*: El arbitraje en el Perú y el mundo. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008. 4p.

En definitiva, se establecían regulaciones separadas para estas instituciones, puesto que se consideraban como figuras contractuales diferentes entre sí. La cláusula compromisoria se suscribía cuando no existía conflicto entre las partes, pero una vez surgida la controversia, para poder acudir a la jurisdicción arbitral, era necesario suscribir un segundo contrato: el compromiso arbitral. Precisamente, allí se presentaba una importante problemática, en la medida que “(...) solicitar la suscripción de un nuevo acuerdo resultaba casi imposible, motivo por el cual el conflicto tenía que ventilarse en la vía judicial”¹⁹¹. Dicha distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral fue eliminada con la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26.572) (en adelante, LGA), de 1996. Esta legislación se basó en la Ley Modelo de la CNUDMI y consagró al convenio arbitral como el único contrato que deben suscribir las partes para someter a arbitraje sus controversias.

Si bien la LGA permitió que Perú tuviese un importante desarrollo en materia de arbitrajes, en 2008 se dio un paso aún más importante con la dictación del Decreto Legislativo N° 1.071 (en adelante, Ley de Arbitraje o LA), el que tenía dos objetivos primordiales: “En primer lugar, mantener los éxitos alcanzados en el arbitraje doméstico y, en segundo lugar, extender dichos éxitos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes”¹⁹². Cabe mencionar que el origen de esta nueva normativa guarda relación con el Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos, donde el Estado peruano se comprometió a promover y facilitar el desarrollo del arbitraje como MASC en materia comercial, razón por la cual se hizo imprescindible mejorar la regulación sobre el convenio arbitral y la ejecución de laudos.¹⁹³ A continuación, se analizarán los principales aspectos de la actual Ley de Arbitraje y las modificaciones efectuadas en esta materia por el Decreto de Urgencia N° 020-2020 (en adelante, DU N° 020-2020).

2.2. Principales características del actual régimen peruano de arbitraje

¹⁹¹ Ibid.

¹⁹² SOTO, Carlos. y BULLARD, Alfredo. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. 18p.

¹⁹³ NIZAMA, Medardo. Historia y desarrollo actual del arbitraje en el Perú. *Docentia Et Investigatio*. 13(2): 79-96, 2011. 85p.

2.2.1. Protección del arbitraje

Es importante tener presente que durante la vigencia de la LGA se emplearon prácticas que pretendían impedir el desarrollo de arbitrajes, de manera tal que la actual Ley de Arbitraje tiene por objeto proteger la práctica de dichos procedimientos. En particular, el artículo 3 LA establece que: El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones (numeral segundo); el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir sobre su propia competencia y dictar el laudo (numeral tercero); ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación que regula la Ley de Arbitraje (numeral cuarto).

De esta forma, la actual legislación está proscribiendo cualquier intervención distinta a la expresamente establecida, cuyo objeto sea ejercer un control de las funciones de los árbitros o interferir en las actuaciones antes del laudo, y declarando que dichas acciones están sujetas a responsabilidad, ya sea civil, penal o administrativa.

2.2.2. Amplitud del convenio arbitral

La actual Ley de Arbitraje ha pretendido dotar al convenio arbitral de la amplitud suficiente, para efectos de no tener que acudir a la justicia ordinaria cuando el acuerdo entre las partes contenga inexactitudes o vacíos. A modo de ejemplo, el numeral tercero del artículo 7 LA dispone que cuando el acuerdo arbitral no exprese claramente si el procedimiento debe ser administrado por una institución o no, se entenderá que el arbitraje es ad-hoc. Lo mismo ocurrirá cuando exista una designación incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo. En todos estos casos, el arbitraje deberá ser llevado a cabo por un tribunal ad-hoc, quien debe elaborar sus propias reglas a menos que las partes las hayan acordado previamente.¹⁹⁴

¹⁹⁴ MONTEZUMA, Alberto. Diez años de activa vigencia de la Ley de arbitraje peruana. Decreto Legislativo N° 1071. Arbitraje. 11(3): 777-788, 2018. 782p.

Una situación similar ocurre con el artículo 19 LA, el cual establece que cuando no hubiese una definición acerca del número de árbitros o exista una redacción confusa al respecto, el tribunal arbitral estará conformado por tres personas.

Es así como la actual Ley de Arbitraje busca dar soluciones a las indefiniciones o inexactitudes que puede presentar el acuerdo arbitral, resguardando la vigencia de la relación contractual establecida entre las partes y que la controversia sea resuelta por un árbitro, sin necesidad de recurrir a la justicia estatal.¹⁹⁵

2.2.3. Acotada participación judicial

En línea con la tendencia mundial en esta materia, la legislación peruana consagra el principio de intervención mínima de los tribunales estatales. Al respecto, el numeral primero del artículo 3 LA señala que: “En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga”. Por lo tanto, se genera un acotamiento en el ámbito de participación del Poder Judicial, limitándose únicamente a situaciones específicas y complementarias.

En particular, el Derecho peruano autoriza que los tribunales ordinarios puedan intervenir en los siguientes casos: (1) Para colaborar en actuaciones probatorias, a petición del árbitro o de cualquiera de las partes (artículo 45 LA); (2) Para que adopte las medidas cautelares que se le hayan solicitado antes de la constitución del tribunal arbitral (artículo 47 LA); (3) Para conocer de un recurso anulación en contra de un laudo (artículo 64 LA); (4) Para hacer cumplir un laudo de manera forzada (artículo 68 LA).

2.2.4. Incorporación de otras formas de arbitraje

Con la dictación de la actual legislación, se han incorporado nuevas modalidades de arbitraje que antiguamente no existían en Perú. Una de ellas es el denominado arbitraje estatutario, el cual permite que una persona jurídica adopte un convenio arbitral en su estatuto para resolver

¹⁹⁵ Ibid.

las controversias entre dicha entidad y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos (sexta disposición complementaria LA).

Otro ejemplo es el arbitraje sucesorio, el cual otorga la posibilidad de introducir en las estipulaciones testamentarias el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición (séptima disposición complementaria LA).

2.3. Régimen monista

La actual Ley de Arbitraje trajo consigo el término definitivo del régimen dualista, optando por la unificación legislativa del arbitraje doméstico e internacional y fijando un tratamiento normativo igual para ambos. Sobre esta materia, el artículo 1 LA dispone que: “El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional (...)”.

En consecuencia, este cuerpo legal regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, no realiza las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.¹⁹⁶ En esta línea, cabe destacar que al aprobarse la Ley de Arbitraje en 2008, los parlamentarios de la época declararon que:

“(...) si bien el sistema dual tuvo su razón de ser en 1996 cuando el arbitraje en Perú era casi inexistente, la solución más conveniente en 2008 era la adopción de un cuerpo de disposiciones unitario, dado el crecimiento del comercio y la inversión extranjera y la entrada en vigor del tratado de libre comercio con los Estados Unidos”¹⁹⁷.

¹⁹⁶ NIZAMA, Medardo. Historia y desarrollo actual del arbitraje en el Perú. *Docentia Et Investigatio*. 13(2): 79-96, 2011. 85p.

¹⁹⁷ FAVRE-BULLE, Xavier. y MUÑOZ, Edgardo. Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?. *En: Arbitraje Internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*. Tomo II. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013. 1443p.

De esta manera, en Perú se consolidó un sistema monista, no porque cada tipo de arbitraje requiera diferentes soluciones derivadas de la naturaleza interna o internacional del conflicto, sino más bien porque las normas sobre arbitraje internacional buscaban principalmente la atracción de empresas extranjeras, y para ello era mucho más fácil tener disposiciones para el arbitraje internacional que reprodujeran casi totalmente la Ley Modelo de la CNUDMI.¹⁹⁸

Así, en el ordenamiento jurídico peruano existe una sola forma de arbitrar los casos que se presenten, tanto nacionales como internacionales. Por ende, no se establecen diferencias en razón del origen de la controversia, aplicando un modelo estandarizado.¹⁹⁹

2.4. Participación del Estado y modificaciones efectuadas por el DU N° 020-2020

En el segundo numeral del artículo 4 LA se establece que: “Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional”. De este modo, se consagra plenamente la posibilidad de que el Estado, a través de todas sus entidades, pueda participar de un arbitraje doméstico con motivo los contratos que celebre. Además, el cuarto numeral de esta disposición se encarga de ampliar aún más el ámbito de arbitrabilidad que posee el sector público: “El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país”.

En vista de lo anterior, es posible sostener que las entidades públicas peruanas se encuentran en un plano de igualdad con las partes en virtud del convenio arbitral.²⁰⁰ Sobre este punto, resulta imprescindible referirse al DU N° 020-2020, que modifica determinados artículos de la Ley de Arbitraje. En particular, dicha medida surge como una respuesta al grave problema de corrupción que se vive en Perú y que también ha afectado al arbitraje, en tanto se ha observado un uso indebido de esta institución. Uno de los casos de corrupción más notorios guarda relación con la empresa brasileña Odebrecht, la cual habría pagado sobornos a funcionarios

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ MONTEZUMA, Alberto. Diez años de activa vigencia de la Ley de arbitraje peruana. Decreto Legislativo N° 1071. Arbitraje. 11(3): 777-788, 2018. 781p.

²⁰⁰ CASTILLO, Mario. y SABROSO, Rita. Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública. Revista Oficial del Poder Judicial. 3(5): 237-252, 2009. 238p.

públicos, abogados e incluso árbitros para verse beneficiada indebidamente en diversos arbitrajes que inició contra el Estado peruano.²⁰¹ A continuación, se analizarán algunas de las disposiciones más polémicas del DU N° 020-2020.

En primer lugar, se incluyó un quinto numeral en el artículo 7 LA, que representa dos importantes limitaciones al desarrollo de arbitrajes con el Estado: (1) Instauro el arbitraje de derecho como la regla general en los procedimientos arbitrales con participación de entidades públicas, con excepción de aquellos conflictos de carácter técnico derivados de cierta clase de proyectos, los que podrán ser resueltos mediante un arbitraje de equidad; y (2) Establece que sólo existirá un arbitraje ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las 10 UIT (unidad impositiva tributaria).

En segundo lugar, se incorporó un nuevo numeral en el artículo 8 LA, el cual dispone lo siguiente:

“En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral (...)”.

Esto implica que el privado que solicite una medida cautelar contra el Estado deberá presentar dos garantías de fiel cumplimiento: (1) La primera entregada al momento celebrar el contrato del cual se deriva la controversia y que garantiza el cumplimiento de las obligaciones previstas en él; y (2) La segunda entregada para asegurar el pago que pudiese corresponderle al Estado como indemnización por los daños y perjuicios que hubiese sufrido, si es que al final del arbitraje se logra determinar que la medida cautelar fue indebidamente concedida.²⁰²

Con esta modificación se produce una vulneración al principio de igualdad, puesto que se están encareciendo los costos de acceso a la tutela cautelar respecto de la contraparte del Estado, la cual no podrá ver atendida su solicitud si es que no cumple con la presentación de

²⁰¹ RABINES, Rodrigo. ¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano. THEMIS - Revista de Derecho. 77: 285-302, 2020. 286p.

²⁰² Ibid. 292p.

una segunda garantía de fiel cumplimiento.²⁰³ Esto último, sin lugar a dudas, resulta tremendamente cuestionable por la situación dispar que se genera entre las partes.

En tercer lugar, se modificó el numeral segundo del artículo 56 LA, añadiendo lo siguiente: “En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u, otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje”. Al igual que la norma analizada anteriormente, este nuevo inciso representa una infracción al principio de igualdad, pues es evidente que se le está otorgando un privilegio procesal al Estado sin ninguna justificación válida.²⁰⁴

Dicho esto, es posible afirmar que el DU N° 020-2020 significa un retroceso en relación con los logros alcanzados por la actual Ley de Arbitraje, ya que vulnera la libertad contractual del Estado al forzarlo a participar de arbitrajes de derecho ante instituciones administradoras, salvo contadas excepciones. Además, pretende evitar el uso incorrecto del arbitraje, mediante un desequilibrio entre las partes y otorgando privilegios al Estado en los procedimientos arbitrales en que participe.

2.5. Arbitraje obligatorio en la Ley de Contrataciones del Estado

Antiguamente, el Decreto Legislativo N° 1.017 (en adelante, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), establecía en su artículo 40 el siguiente supuesto de arbitraje forzoso:

“Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento”.

Es así como la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado disponía la obligatoriedad de someterse a arbitraje o conciliación en caso de producirse cualquier clase de conflicto entre una entidad pública y su contratante, incluso adoptando una cláusula modelo

²⁰³ Ibid. 293p.

²⁰⁴ Ibid. 298p.

si es que las bases no lo hubiesen expresado. No obstante, en 2014 se dictó la Ley N° 30.225 (en adelante, Ley de Contrataciones del Estado), la cual establece en su artículo 45 lo siguiente:

“Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje”.

Resulta evidente que con esta nueva redacción se le confiere una mayor primacía a la voluntad de las partes y se pone fin al arbitraje forzoso en gran parte de los conflictos con el Estado, manteniéndose únicamente en aquellas controversias sobre la nulidad del contrato.

3. Colombia

3.1. Evolución del arbitraje en Colombia

El ordenamiento jurídico colombiano reguló por primera vez el arbitraje a través de la promulgación de la Ley N° 105 del año 1890, permitiendo encargar a los árbitros el arreglo de diferencias que se pudieran presentar entre personas aptas de realizar algún negocio jurídico.²⁰⁵ Sin embargo, este cuerpo legal fijó una estructura de arbitraje en términos bastantes simples, de modo que rápidamente se hizo necesaria la creación de nueva normativa. En ese contexto, se dictó la Ley N° 105 de 1931, determinándose el ámbito y la naturaleza de la función de los árbitros, fortaleciendo esta institución y el laudo como decisión equivalente a la producida en el ámbito judicial.²⁰⁶ Esta legislación estuvo vigente durante muchos años, hasta que en 1989 el Decreto N° 2.279 incorporó ciertas disposiciones que resultaron ser incongruentes con el resto del sistema jurídico, le otorgó mayor informalidad a la cláusula arbitral, estableció el arbitraje estatal y afianzó los diversos tratados en relación con el arbitraje internacional.²⁰⁷

²⁰⁵ LIÑÁN, Javier. El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos eficaz en el marco del contrato estatal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Vis Luris*. 6(12): 29-45, 2019. 32p.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.*

Finalmente, luego de varios intentos por regular de manera efectiva el arbitraje, en 2012 se publicó la Ley N° 1.563, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional (en adelante, Estatuto). Esta ley derogó expresamente cualquier disposición relativa al arbitraje que se haya encontrado vigente hasta ese momento en el ordenamiento colombiano.

3.2. Principales características del actual régimen colombiano de arbitraje

3.2.1. Consagración constitucional del arbitraje

En el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución Política de Colombia se establece lo siguiente:

“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

De esta forma, con la dictación de la actual Carta Fundamental en el año 1991, se elevó el arbitraje a rango constitucional, concediéndose a los particulares la potestad para ejercer transitoriamente la función jurisdiccional.²⁰⁸ En virtud de la norma referida, se le confiere competencia a los árbitros para conocer controversias de carácter civil, laboral, comercial y administrativo, excluyendo únicamente las causas penales.

3.2.2. Preferencia por el arbitraje institucional

El artículo 2 del Estatuto dispone que en silencio de las partes, el arbitraje será institucional, es decir, administrado por un centro de arbitraje. Sin embargo, la ley no especifica quién

²⁰⁸ Ibid. 33p.

determinará la institución a la que se le encargará la administración del arbitraje.²⁰⁹ Por lo tanto, las partes deberán acordar el centro que administrará el procedimiento, lo que indudablemente resulta complejo en circunstancias que ya existe una controversia entre ambas.

Por otro lado, el artículo 3 del Estatuto señala que si las partes no indicasen la naturaleza del laudo, éste será dictado conforme a derecho. Así, es posible sostener que la legislación colombiana posee cierta preferencia por la resolución de conflictos conforme a derecho. En cuanto a los requisitos para ser árbitro en estas disputas, se deberán cumplir como mínimo las exigencias propias de un juez o magistrado: (1) Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles; (2) Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a ley, salvo el caso de los Jueces de Paz; y, (3) No estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad (artículo 127 de la Ley N° 270 de 1996).

3.2.3. Amparo de pobreza

El artículo 13 del Estatuto permite adoptar la figura del amparo de pobreza en el marco del arbitraje. Al respecto, la ley de Colombia define este concepto en los siguientes términos:

“Se concederá el amparo de pobreza a la persona que no se halle en capacidad de atender los gastos del proceso sin menoscabo de lo necesario para su propia subsistencia y la de las personas a quienes por ley debe alimentos, salvo cuando pretenda hacer valer un derecho litigioso a título oneroso” (artículo 151 del Código General del Proceso).

En este contexto, si bien el Estatuto libera al amparado del pago de honorarios y gastos del tribunal arbitral, el inciso segundo del artículo 13 de dicho cuerpo legal señala: “Sin perjuicio de lo que resuelva el laudo sobre costas (...)”, es decir, a diferencia de lo que ocurre cuando en un proceso judicial se concede el amparo de pobreza, en el arbitraje el beneficiado sí deberá asumir el pago de las costas que dispongan los árbitros.²¹⁰

²⁰⁹ RODRÍGUEZ, Marcela. Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. *Revista de Derecho Privado*. 23: 379-417, 2012. 386p.

²¹⁰ *Ibid.* 391p.

3.2.4. Utilización de medios electrónicos

El artículo 23 del Estatuto permite el uso de medios electrónicos en todas las actuaciones arbitrales y, especialmente, para: (1) Llevar a cabo todas las comunicaciones, tanto del tribunal con las partes como con terceros; (2) La notificación de las providencias; (3) La presentación de memoriales; (4) La realización de audiencias, así como para la guarda de la versión de las mismas y su posterior consulta.

Todo lo anterior facilita el desarrollo de los arbitrajes, otorgándole mayor rapidez y flexibilidad a dichos procedimientos, en tanto las partes podrán ir desenvolviéndose con agilidad en el marco del proceso arbitral.

3.2.5. Limitación a los honorarios

El artículo 26 del Estatuto contiene una de las peculiaridades del régimen colombiano de arbitraje, en tanto establece una suma límite para que los árbitros fijen sus honorarios, la cual asciende a la cantidad de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (en adelante, SMLMV). Esto último es tremendamente novedoso, puesto que no es usual que los ordenamientos jurídicos establezcan limitaciones en relación con las remuneraciones de los árbitros.

Además, la disposición mencionada permite que, en caso de árbitro único, los honorarios se incrementen hasta en un 50%; y que, cuando no sea posible determinar la cuantía de las pretensiones, los honorarios de los árbitros no superarán la cantidad de 500 SMLMV.

3.3. Régimen dualista

El ordenamiento jurídico colombiano, alejándose de la tendencia mundial en esta materia, se ha inclinado por un régimen arbitral dualista. No obstante, en lo referido al arbitraje

internacional, el Estatuto adopta casi textualmente las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, con algunas variaciones en la redacción.²¹¹

En este sentido, al igual que en el Derecho chileno, en Colombia existe una notoria diferencia entre el régimen del arbitraje doméstico y el del arbitraje internacional, en tanto el primero todavía posee muchas de las características propias de un proceso judicial y no logra posicionar a la autonomía de la voluntad como eje central de la legislación arbitral. Esta crítica ha sido fundamentada por la doctrina en los siguientes términos:

“La opción del legislador por un régimen dualista no es en sí misma criticable, lo desafortunado y reprochable es que no se haya conseguido plantear dos regímenes distintos pero en esencia, ambos, reguladores de un verdadero proceso arbitral”²¹².

En consecuencia, el problema no es que existan dos sistemas diferentes de arbitraje, sino que cada uno de ellos no haya podido reflejar los principios y valores propios de la institución arbitral. Esta apreciación está dirigida, principalmente, al arbitraje nacional, el que se asemeja en muchos aspectos a un procedimiento ordinario. Esto último se debe a que existe una relación de subsidiariedad con el Código General del Proceso y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo,²¹³ de modo que se aplicarán dichos cuerpos legales en silencio de la regulación arbitral.

Ahora bien, cabe cuestionarse por qué Colombia ha conservado una regulación dualista del arbitraje. Ante esta interrogante, la doctrina ha manifestado que “(...) la profunda tradición procesalista colombiana que siempre ha dominado en el arbitraje interno hace por lo menos ineficaz e inconveniente, por numerosas razones, que se intente aplicar al arbitraje interno en nuestro país tanto las normas como las prácticas del arbitraje internacional”²¹⁴.

²¹¹ Ibid. 384p.

²¹² Ibid. 417p.

²¹³ ROBLEDOS, Pablo. El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso. *En*: Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, 2013. 307p.

²¹⁴ SILVA, Eduardo. De la calificación del arbitraje de internacional en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano. *En*: Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, 2013. 346p.

3.4. Predominio del arbitraje voluntario

De acuerdo con el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, por regla general, no hay lugar para el arbitraje obligatorio en el ordenamiento jurídico en análisis: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de (...) árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”. A partir de esta disposición, se concluye que únicamente es posible desarrollar esta clase de procedimiento si las partes han habilitado a uno o más árbitros para ello.

En otras palabras, en Colombia el arbitraje tiene un origen de carácter contractual y voluntario en la gran mayoría de los casos, donde se requiere el consentimiento de las partes para resolver sus disputas contractuales y se les confiere la posibilidad de escoger con plena libertad el procedimiento arbitral. De esta manera, no se admite el arbitraje obligatorio por cuanto se estaría creando una instancia forzosa que desconocería la libertad de las partes para solucionar sus conflictos y restringiría el acceso a la administración de justicia.²¹⁵

No obstante lo anterior, el artículo 452 del Código Sustantivo del Trabajo contiene algunos supuestos de arbitraje forzoso: (1) Los conflictos colectivos de trabajo que se presenten en los servicios públicos esenciales y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo; (2) Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento; y (3) Los conflictos colectivos del trabajo de sindicatos minoritarios, siempre y cuando la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa no hayan optado por la huelga cuando esta sea procedente. Dicho esto, cabe resaltar que se ha criticado la obligatoriedad del arbitraje en esta materia, ya que iría en contra de la libertad sindical al forzar a los gremios de trabajadores a acudir a este mecanismo de solución de conflictos.

3.5. Participación del Estado

En virtud del ya analizado artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, se ha entendido que tanto los particulares como el Estado están habilitados jurídicamente para recurrir al

²¹⁵ REYES, Cindy. El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario?. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*. 17(33): 39-58, 2017. 52p.

arbitraje, sin necesidad de someterse a la justicia ordinaria para solucionar sus controversias.²¹⁶ Además, el propio Estatuto en el inciso cuarto del artículo 1 establece:

“En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.

Por ende, la legislación colombiana permite expresamente la posibilidad de desarrollar arbitrajes con participación de entidades estatales, con las siguientes limitaciones: (1) Que el laudo sea dictado conforme a derecho (artículo 1 inciso cuarto del Estatuto); y (2) Que el árbitro o secretario que participen del procedimiento no se desempeñen simultáneamente como tal, en más de cinco tribunales de arbitraje en que intervenga como parte una entidad pública (artículo 8 inciso segundo del Estatuto). Precisamente, estas restricciones constituyen lo que la doctrina ha denominado “trato diferenciado del Estado”,²¹⁷ en la medida que estas normas no tienen aplicación en aquellos arbitrajes en que son parte sujetos privados.

En esta línea, la jurisprudencia colombiana ha concluido que la medida limitativa del número máximo de arbitrajes en que podrá ser designado un árbitro o un secretario en forma simultánea, procura evitar el acaparamiento de los procedimientos en que se debata lo público por grupos exclusivos.²¹⁸

Aunque estas limitaciones implican un trato desigual en el desarrollo de arbitrajes con participación del Estado y aquellos llevados a cabo entre privados, la diferenciación encuentra su justificación en el interés general que resguardan las distintas entidades estatales y la función pública que desempeñan. Esto permite relativizar la aplicación del principio de igualdad procesal, sin que ello signifique un tratamiento arbitrario o discriminatorio en esta clase de arbitraje.²¹⁹

²¹⁶ VALENCIA, Óscar. El trato diferenciado del Estado en el proceso arbitral. Tesis (Magister en Derecho). Bogotá, Colombia. Universidad Sergio Arboleda, Escuela de Derecho, 2020. 2p.

²¹⁷ Ibid. 18p.

²¹⁸ Ibid.

²¹⁹ Ibid. 36p.

4. Brasil

4.1. Evolución del arbitraje en Brasil

Desde la dictación del Código de Comercio de 1850, el ordenamiento jurídico brasileño se encargó de regular el desarrollo del arbitraje. Sin embargo, dicho cuerpo legal estableció la obligatoriedad de someter a arbitraje determinados conflictos. Luego, tanto el Código de Procedimiento Civil de 1939 como el de 1973, se encargaron de eliminar el arbitraje forzoso y consagrar plenamente el carácter voluntario de esta institución. No obstante, la decisión del árbitro requería de homologación judicial, es decir, para que el laudo arbitral tuviese validez y fuerza ejecutoria necesitaba de la autorización de un juez ordinario.²²⁰

Evidentemente, esta situación significaba un desincentivo al arbitraje, puesto que se agregaba un trámite adicional al procedimiento arbitral: la validación del laudo por parte del Poder Judicial. Esto demuestra que en Brasil durante mucho tiempo existió una visión sumamente jurisdiccionalista en esta materia.

Dicho escenario cambió radicalmente en el año 1996 con la dictación de la Ley N° 9.307 (en adelante, Ley de Arbitraje o LA), la cual establece la voluntariedad del arbitraje en su artículo 3: “Las partes interesadas podrán someter sus litigios ante el juez arbitral mediante acuerdo de arbitraje, sea por vía de cláusula arbitral o de compromiso arbitral”. Sin lugar a dudas, marcó un punto de quiebre muy relevante, además de añadir una serie de elementos novedosos en la legislación brasileña.

4.2. Principales características del actual régimen brasileño de arbitraje

²²⁰ DAMKE, Magaly. Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil. Tesis (Magíster en Derecho Internacional). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003. 22p.

4.2.1. El arbitraje institucional por medio de un órgano específico

En los artículos 5 y 13 LA se establece la posibilidad de que las partes encarguen el arbitraje a una persona física, o bien a una persona jurídica. De esta manera, se abrió paso a la constitución de los denominados tribunales arbitrales institucionales, puesto que antiguamente sólo se permitían los arbitrajes ad-hoc.²²¹ Así, se autoriza de forma expresa la existencia de centros arbitrales, de modo tal que puedan conducir los procedimientos según los reglamentos que se fijan para estos efectos.

4.2.2. La Lex Mercatoria como posible fuente de solución de conflictos

El artículo 2 N° 2 LA señala que las partes pueden “(...) acordar que el arbitraje se basará en los principios generales del Derecho, en los usos y costumbres y las normas del comercio internacional”. A partir de esta disposición, se ha comprendido que el árbitro puede fallar de una manera totalmente desvinculada de las legislaciones nacionales, pudiendo fundar su decisión en la práctica mercantil y financiera internacional, también conocida como Lex Mercatoria. De esta forma, se le confiere una mayor libertad a las partes para determinar cómo será resuelta la controversia entre ellas, dotando de flexibilidad al procedimiento arbitral.

4.2.3. Supresión de la homologación judicial como requisito de validez del laudo

De acuerdo con el artículo 18 LA, la sentencia arbitral no requiere de homologación por parte del Poder Judicial. Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, únicamente a través de dicho procedimiento se le podía atribuir al laudo los mismos efectos de una sentencia dictada por un juez estatal.²²²

La consecuencia más relevante de esta modificación es que ya no es posible interponer un recurso en contra del laudo arbitral ante los tribunales superiores de justicia, lo cual se deriva del principio de mínima intervención por parte de la justicia ordinaria. Prueba de aquello es lo

²²¹ AMIGO, Carlos. La nueva ley de arbitraje de Brasil (Ley 9.307/1996). Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED. (13): 331-355, 1998. 348p.

²²² Ibid. 350p.

dispuesto en el ya mencionado artículo 18 LA: “El árbitro es el juez de hecho y de derecho, y el laudo dictado no es objeto de recurso o de la aprobación por el Poder Judicial”.

4.3. Régimen monista

Una de las particularidades de la legislación brasileña en este ámbito recae en la manera en que regula el arbitraje doméstico y el arbitraje comercial internacional. Particularmente, la doctrina ha sostenido que se trata de un monismo autóctono “(...) en el que no se distingue el arbitraje nacional del internacional”²²³. Por ende, todas sus normas se aplican de manera indiferente a esas dos categorías.

A mayor abundamiento, con la sola lectura de la Ley de Arbitraje es posible constatar que no existe ninguna mención a los conceptos de arbitraje comercial internacional, arbitraje doméstico ni arbitraje interno, lo que demuestra que este cuerpo legal no realiza distinción alguna según la naturaleza local o internacional del conflicto.

4.4. Arbitraje voluntario

El artículo 1 LA establece el carácter voluntario del arbitraje en los siguientes términos: “Las personas capaces de contratación podrán acogerse a arbitraje para resolver las controversias relativas a derechos patrimoniales disponibles”. Destacándose la palabra “podrán”, la cual permite concluir que la vía arbitral se constituye como una mera posibilidad y jamás como una obligación para las partes. De esta manera, el ordenamiento jurídico brasileño consagra un régimen arbitral totalmente voluntario, sin contemplar supuestos de arbitraje obligatorio o forzoso que terminen por afectar a la autonomía de la voluntad como eje central del arbitraje.

4.5. Participación del Estado

²²³ REY, Alfredo. Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: Un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio. *Vniversitas*. (128): 245-284, 2014. 254p.

En este punto debemos remitirnos a las disposiciones de la Ley N° 13.129 del año 2015, la cual modificó la Ley de Arbitraje para ampliar el ámbito de aplicación del arbitraje y prever la elección de árbitros cuando las partes recurran a un órgano arbitral, la interrupción de la prescripción por la institución del arbitraje, el otorgamiento de medidas cautelares y urgentes en los casos de arbitraje, la carta arbitral y el laudo arbitral. Asimismo, esta legislación se encargó de autorizar expresamente la participación del Estado en arbitrajes: “La administración pública directa e indirecta podrá recurrir al arbitraje para resolver conflictos relativos a derechos de propiedad disponibles” (artículo 1 de la Ley N° 13.129).

Es así como las entidades públicas de Brasil pueden someter a arbitraje aquellas controversias que involucren cuestiones patrimoniales. En otras palabras, la vía arbitral resulta procedente en las situaciones en que la Administración practica actos de gestión (no ya de imperio), como forma de tutelar intereses pecuniarios, y no el interés público o bien común, el cual por excelencia es indisponible e inarbitrable.²²⁴ La importancia de esta modificación es que estableció una regla general de admisibilidad del arbitraje para los conflictos con el Estado,²²⁵ despejando las dudas que existían hasta ese momento respecto del arbitraje estatal.

Cabe mencionar que existen las siguientes limitaciones en los procedimientos arbitrales en que participa alguna entidad pública brasileña: (1) El laudo siempre deberá dictarse conforme a derecho; y (2) Se deberá respetar el principio de publicidad (artículo 3 de la Ley N° 13.129). Lo primero guarda relación con que la Administración Pública siempre debe desenvolverse dentro de los límites legales, asegurándose de que su comportamiento no exceda lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. Lo segundo tiene por objeto permitir que la ciudadanía fiscalice si el patrimonio público está siendo adecuadamente tutelado en el procedimiento arbitral.²²⁶

²²⁴ VASCONCELOS, Andre. El arbitraje con entes estatales en Brasil después de la reforma de 2015. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 52: 225-253, 2019. 247p.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Ibid. 248p.

CAPÍTULO V: PROPUESTAS DE REFORMA

1. ¿Por qué reformar el sistema chileno de arbitraje?

A lo largo de este trabajo han quedado de manifiesto las ventajas de la vía arbitral. A saber, permite una justicia más rápida y especializada, tanto en razón de la dedicación personal del árbitro al estudio del asunto controvertido, como en razón de su conocimiento y experiencia en la materia en disputa. Además, genera una justicia más personalizada, ya que el árbitro puede dialogar con las partes, saber cuáles son sus motivaciones y, así, ir modificando el procedimiento según las necesidades del conflicto en cuestión.²²⁷

En este sentido, el principio de la autonomía de la voluntad desempeña un rol fundamental en esta institución. Sin embargo, en la legislación vigente su reconocimiento es diferente dependiendo de si se trata de un arbitraje comercial internacional o de un arbitraje doméstico, en el marco del actual régimen dualista cuyas características ya fueron analizadas con anterioridad. En el primero este principio se encuentra plenamente reconocido; mientras que en el segundo su aplicación se ve disminuida, en virtud de los múltiples supuestos de arbitraje forzoso y del alto grado de intervención de los tribunales estatales sobre los laudos.

Por otra parte, encontramos una serie de obstáculos en relación con la participación del Estado en arbitrajes. La principal barrera viene dada por la inexistencia de una norma legal de carácter general que autorice a las diversas entidades estatales para que puedan someter sus controversias a esta clase de procedimientos. Tal como se ha mencionado, en el ámbito local, el Derecho chileno lo permite de forma expresa únicamente en materia de concesiones de obra pública (LCOP) y de financiamiento urbano compartido (LFUC). Asimismo, en el campo internacional, el DL N° 2.349 si bien constituye un intento por insertar a Chile en el comercio mundial, hasta el día de hoy se requiere la autorización del Presidente de la República, otorgada mediante decreto del Ministerio de Hacienda, para que una entidad estatal pacte un arbitraje comercial internacional. Sin lugar a dudas, esto último dificulta que las empresas públicas logren abrirse al exterior de manera adecuada, ya que dicho trámite puede resultar

²²⁷ FIGUEROA, Gonzalo. El arbitraje como regla general de solución de conflictos en los contratos civiles y comerciales. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. 4p.

poco atractivo para las partes extranjeras que buscan resolver rápidamente sus disputas con el Estado.

En consecuencia, el sistema chileno de arbitraje presenta una serie de defectos que obstaculizan el adecuado desarrollo de este mecanismo de resolución de conflictos en nuestro país. Ante esta situación, es preciso considerar ciertas reformas al régimen arbitral actual, las cuales serán detalladas a continuación.

2. Adopción de un sistema arbitral monista

En primer lugar, es fundamental tener presente que el carácter interno o internacional del arbitraje no depende ni del lugar en que se lleva a cabo, ni de la nacionalidad de las partes, ni del derecho aplicable al fondo o al procedimiento ni incluso de la voluntad de las partes, sino de los criterios que se tengan en consideración de conformidad a un determinado modelo normativo.²²⁸ Esto quiere decir que un arbitraje será doméstico o internacional dependiendo única y exclusivamente de lo que disponga la legislación respectiva. Ni el concepto ni la naturaleza del arbitraje cambian a raíz de la calificación interna o internacional del mismo.²²⁹

Un sistema unitario permite que ambas clases de arbitraje descansen en los mismos preceptos, fundamentalmente en los principios de mínima intervención y de autonomía de la voluntad. Además, la uniformidad proporciona seguridad jurídica a las relaciones contractuales, puesto que facilita el conocimiento de la regulación arbitral y otorga certeza a las partes, lo cual tiene una gran relevancia en la práctica. En definitiva, una regulación única del arbitraje realza realmente la existencia del debido proceso, de modo que un solo procedimiento conduzca a soluciones justas, seguras y efectivas.²³⁰

En particular, esta es la visión contenida en la exposición de motivos de la Ley Modelo de la CNUDMI, donde se manifestó que dicho cuerpo normativo -junto con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y el Reglamento de

²²⁸ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 60p.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ MATURANA, Cristián. El monismo o dualismo en el arbitraje. *En*: CAM SANTIAGO. 30 Años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación. Santiago, Cámara de Comercio de Santiago, 2022. 24p.

Arbitraje de la CNUDMI- "(...) contribuye de manera importante al establecimiento de un marco jurídico unificado para la solución justa y eficaz de controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales"²³¹. Junto con lo anterior, se hizo mención a la "conveniencia de la uniformidad del derecho procesal arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional"²³². Por tanto, desde la creación de la Ley Modelo se ha promovido que los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo adopten un régimen monista, generando cierta conciencia de los beneficios que trae consigo la armonización de los principios procesales para efectos de alcanzar una pronta, justa, racional, oportuna, reservada y eficiente solución de los conflictos.²³³

Dicho lo anterior, es menester plantear la instalación de un régimen monista en tanto una buena legislación no está pensada únicamente para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general. En otras palabras, "lo que es bueno para el arbitraje internacional también lo es para el arbitraje interno"²³⁴.

3. Derogación del arbitraje forzoso

En el Derecho comparado, la figura del arbitraje obligatorio se encuentra prácticamente en desuso, lo cual refleja que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo han adoptado el instituto arbitral en su versión más auténtica y manteniendo coherencia con sus principios básicos: la autonomía de la voluntad y la libertad contractual. No obstante, como se indicó anteriormente, existen algunos países en los que se disponen ciertos casos de arbitraje forzoso, pero de una manera muy restringida. A modo de ejemplo, España y Colombia imponen el arbitraje de forma obligatoria en materia laboral, en específico, para los casos de conflictos colectivos del trabajo. Por su parte, Perú únicamente lo establece en asuntos de contratación pública, relativos a controversias sobre nulidad. En cambio, Brasil no contempla ningún supuesto de arbitraje forzoso.

²³¹ Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 11 de diciembre de 1985.

²³² Ibid.

²³³ MATURANA, Cristián. El monismo o dualismo en el arbitraje. *En*: CAM SANTIAGO. 30 Años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación. Santiago, Cámara de Comercio de Santiago, 2022. 5p.

²³⁴ FAVRE-BULLE, Xavier. y MUÑOZ, Edgardo. Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?. *En*: Arbitraje Internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo II. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013. 1442p.

Lo anterior demuestra que nos encontramos ante una institución que va en declive, sin embargo, Chile es una de las naciones en que el arbitraje obligatorio posee mayor aceptación legal. Tal como se ha señalado en el presente trabajo, esta figura limita la libertad de las partes de escoger el mecanismo que estimen conveniente para resolver sus disputas. Junto con ello, constituye una infracción al derecho de acceso a la jurisdicción en cuanto vulnera el principio general de gratuidad de la justicia, garantizado de forma implícita en los numerales segundo y tercero del artículo 19 de la CPR.²³⁵ Esto se debe a que los tribunales estatales carecen de competencia para conocer de tales asuntos, por lo que las partes no pueden recurrir a la justicia ordinaria y, por ende, están obligadas legalmente a constituir un tribunal arbitral de común acuerdo, el que gozará de competencia privativa. En este contexto, las partes deberán solventar los costos del proceso y los honorarios del árbitro, lo cual sin lugar a dudas genera una situación de desigualdad entre aquellos que cuentan con los medios económicos para financiar un arbitraje y aquellos que no.

Asimismo, la aplicación del arbitraje forzoso en Chile implica una infracción al artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, al cual nuestro país se encuentra suscrito:

“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, (...) para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Por lo tanto, cabe preguntarse lo siguiente: ¿Chile está cumpliendo con sus obligaciones internacionales al mantener casos de arbitraje forzoso en su legislación? Sin lugar a dudas, la respuesta es negativa, puesto que estos procedimientos “(...) impiden a los sectores más pobres recurrir a tribunales, imponiéndoles cargas, aún más gravosas que al resto de los ciudadanos”²³⁶.

En definitiva, resulta de suma urgencia de modificar nuestra legislación con el objeto de eliminar las categorías existentes de arbitraje obligatorio, en la medida que representan un atentado al derecho fundamental de la libertad, a la igualdad de las personas ante la ley y al

²³⁵ AYLWIN, Patricio. El juicio arbitral. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023. 104p.

²³⁶ BORDACHAR, Rodrigo. Arbitraje forzoso y acceso a la justicia. El Mercurio Legal (en línea). 20 de marzo, 2014. <https://www.elmercurio.com/legal/Registro/Login.aspx?urlBack=/Legal/Noticias/Opinion/2014/03/20/Arbitraje-forzoso-y-acceso-a-la-justicia.aspx> (consulta: 30 de septiembre de 2023).

derecho de tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, todos ellos contemplados en la CPR.²³⁷ No obstante, la principal razón para optar por la derogación del arbitraje forzoso guarda relación con la compleja situación que genera para las personas más vulnerables de nuestro país, quienes no tienen los recursos económicos para hacer frente a los costos de un arbitraje.

4. Creación de una norma expresa, permanente y de carácter general que autorice la participación del Estado en arbitrajes

La legislación chilena sobre arbitraje omite referirse a quiénes pueden participar de este instituto y quiénes no, de modo que, al menos en principio, la Administración y sus diferentes organismos podrían someter sus controversias a la decisión de un árbitro. En este sentido, el arbitraje constituye una herramienta muy valiosa para la solución de conflictos con el Estado, en la medida que otorga un gran impulso a la contratación con entidades públicas. Esto último debido a que resulta mucho más atractivo entablar relaciones jurídicas con la Administración, si existe certeza de que las controversias que surjan eventualmente serán resueltas mediante la vía arbitral, permitiendo flexibilizar el procedimiento y evitar juicios ordinarios de larga duración que terminen por desgastar el vínculo contractual entre las partes.

Sin embargo, es fundamental no perder de vista que el Estado es un sujeto de arbitraje diferente a los demás, puesto que desempeña una función pública al defender los intereses generales de la ciudadanía y, además, posee la obligación de actuar dentro de los límites de la ley, lo cual guarda relación con el principio de legalidad que debe observar toda entidad estatal. Por lo tanto, cuando el Estado participe de un arbitraje resulta imprescindible que el laudo dictado siempre esté conforme a derecho, es decir, debe basarse en las normas jurídicas aplicables y respetar los principios legales vigentes. En este sentido, también es propicio determinar bajo qué supuestos puede impugnarse el laudo y ante qué jurisdicción, junto con exigir ciertos requisitos para desempeñar la función arbitral que garantice la especialización en la materia y, finalmente, establecer medidas que aseguren la publicidad de los laudos.²³⁸

²³⁷ JEQUIER, Eduardo. El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). Estudios Constitucionales. 9(2): 453-498, 2011. 491p.

²³⁸ VÁSQUEZ, María Fernanda. Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018. 681p.

Por otra parte, cabe reiterar que en la actualidad no existe una habilitación general para la participación del Estado en estos procedimientos, por lo que surge la dificultad de delimitar qué tipos de conflictos de derecho público son susceptibles de arbitraje.²³⁹ Históricamente, esta situación ha significado un problema para diversos ordenamientos jurídicos del mundo, por ejemplo, en Brasil se fijó un ámbito de arbitrabilidad muy restrictivo, otorgando la posibilidad de someter cuestiones susceptibles de transacción al arbitraje.²⁴⁰ Esto produjo intensas discusiones en torno a los casos en que las entidades públicas brasileñas podían someterse a la decisión de un árbitro, imperando un clima de alta incerteza jurídica. Hasta que en 2015 se dictó una nueva legislación en dicho país, la cual dispuso una regla general de admisibilidad de la vía arbitral para las controversias con la Administración Pública,²⁴¹ despejando todas aquellas dudas que hubiesen existido al respecto.

En Chile este debate no ha sido resuelto por nuestra normativa vigente, únicamente existe claridad en el ámbito doméstico tratándose de la LCOP (1996) y LFUC (2003), donde se contempla el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias tratándose de algunas entidades estatales en específico. Mientras que en el ámbito internacional, el DL N° 2.349 permite pactar un arbitraje internacional, en caso de obtener la respectiva autorización del Presidente de la República.

Es así como surge la necesidad de crear una norma expresa, permanente y de carácter general que autorice la participación del Estado en procedimientos arbitrales. Dicho esto, a continuación se analizarán cada uno de los elementos de esta propuesta: (1) Norma expresa: Se refiere a que las diferentes entidades públicas estarán habilitadas para participar de arbitrajes a través de una nueva disposición contenida en alguna ley, o incluso mediante una nueva norma de rango constitucional que así lo determine; (2) Permanente: Se pretende que esta habilitación sea duradera en el tiempo y que no se encuentre sujeta a condición alguna, a diferencia de lo que ocurre con el DL N° 2.349 cuya autorización no puede concederse por un plazo superior a un año; y (3) De carácter general: Se busca establecer una regla general de arbitrabilidad para las controversias que se susciten con la Administración.

²³⁹ ROMERO, Alejandro. El arbitraje en la concesión de obras públicas. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes). 31: 145-164, 2018. 148p.

²⁴⁰ VASCONCELOS, Andre. El arbitraje con entes estatales en Brasil después de la reforma de 2015. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 52: 225-253, 2019. 234p.

²⁴¹ Ibid. 247p.

En consecuencia, esta habilitación legal general podría poner término a los múltiples obstáculos que debe enfrentar el Estado para efectos de solucionar sus conflictos con empresas del sector privado, y así impulsar la asociación público-privada en Chile.

5. Consagración de los MASC a nivel constitucional

Durante mucho tiempo, en Chile ha estado pendiente la tarea de consagrar los MASC en nuestra CPR, lo cual permitiría reconocer el importante rol que desempeñan tales mecanismos en el sistema de justicia chileno. Además, con esto también se lograría posicionar al arbitraje como método adecuado y eficaz de resolución de disputas, cuyas ventajas han quedado de manifiesto con anterioridad.

En esta línea, cabe remitirse a lo establecido en el inciso primero del artículo 323 de la Propuesta de Nueva Constitución (2022), disposición que sirve de referencia para estos efectos: “Es deber del Estado promover e implementar mecanismos colaborativos de resolución de conflictos que garanticen la participación activa y el diálogo”. De esta manera, dicho texto pretendía consagrar a nivel constitucional el deber estatal de fomentar los MASC, lo que ciertamente es algo positivo para el ordenamiento jurídico nacional.

Así, se dotaría de una mayor institucionalidad a los MASC dentro de la legislación chilena y, a través de su promoción, se busca favorecer la tutela efectiva de los derechos fundamentales y fortalecer nuestro sistema de justicia, en tanto permite ampliar las posibilidades que tienen las personas al momento de determinar cómo solucionar sus controversias.

No obstante, es importante tener presente que la incorporación de los MASC en la CPR no debe utilizarse como una excusa para seguir retrasando la tan anhelada Reforma Procesal Civil, cuya aprobación e implementación debiese ser una prioridad. Algunos de los principales aspectos de este proyecto son: acortar la duración de los procesos, ampliar el acceso a la justicia a personas afectadas por conflictos civiles a través de la creación de nuevos tribunales, incorporar un procedimiento sumario simplificado para la sustanciación de juicios de bajas cuantías,²⁴² entre otras medidas que exceden el objeto de estudio de este trabajo.

²⁴² Proyecto de Ley que establece el nuevo Código Procesal Civil. Boletín N° 8197-07 (Cámara de Diputados de Chile), 12 de marzo de 2012.

Dicho esto, el avance de la Reforma Procesal Civil y el reconocimiento constitucional de los MASC son cuestiones totalmente complementarias entre sí. En particular, esta última propuesta pretende generar conciencia en la ciudadanía respecto de la existencia de múltiples medios para solucionar una disputa, no sólo la vía judicial ordinaria.

6. Promoción de arbitrajes con sede en Chile, especialmente en aquellos conflictos con entidades públicas

Desde la dictación de la LACI existe el deseo de convertir a Chile en un centro de arbitraje a nivel mundial -o al menos dentro de Latinoamérica-, por lo cual se trata de un asunto que posee una importancia histórica notable y que merece ser abordado en el presente trabajo.

Si bien el país ha demostrado dar bastantes garantías en cuanto a estabilidad, infraestructura, calidad de las instituciones y de los árbitros, todavía quedan grandes desafíos pendientes para posicionarnos como una sede arbitral atractiva.²⁴³ En primer lugar, cabe señalar que el Estado tiene la importante misión de promover la imagen de Chile en el exterior, garantizando seguridad jurídica y entregando certezas de que nuestra nación respeta la naturaleza misma del arbitraje. No obstante, para que esto sea posible se requiere poner en marcha una reforma seria y responsable que modernice el régimen arbitral vigente, cuyas disposiciones estén orientadas a generar un entorno propicio para la resolución de disputas a través de este mecanismo.

Para tales efectos, es menester que los principios de mínima intervención judicial y de autonomía de la voluntad tengan un lugar central dentro de la legislación, en su calidad de elementos orientadores del arbitraje. Además, como se ha mencionado, debemos adoptar una regulación única del procedimiento arbitral, con la finalidad de otorgar la máxima seguridad y certeza jurídica en el desarrollo de arbitrajes al interior de nuestro territorio.

²⁴³ EL MERCURIO. El camino para posicionar a Chile como sede de arbitraje internacional. El Mercurio (en línea). 29 de agosto, 2019. https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2019/NOV/docs/el_mercurio.pdf (consulta: 02 de octubre de 2023).

Sin embargo, no es suficiente con establecer un marco legal claro y moderno respecto de esta institución, sino que también es preciso implementar ciertas medidas concretas que fomenten de manera directa el desarrollo de arbitrajes en Chile. En este sentido, el rol del Estado es fundamental, en tanto se encuentra facultado para ejercer una serie de acciones en esta materia, tales como: (1) Brindar apoyo y reconocimiento a las instituciones arbitrales, con el fin de potenciar la función que dichas entidades desempeñan en el país; (2) Promover la capacitación de árbitros y abogados, mediante la puesta en marcha de diferentes programas formativos relativos a arbitrajes; (3) Trabajar en conjunto con organismos internacionales especializados para mejorar nuestra práctica arbitral; (4) Garantizar la confidencialidad de los procedimientos; entre otras medidas.

Junto con lo anterior, el Estado debiese promover activamente que las controversias vinculadas a entidades públicas sean resueltas mediante arbitrajes desarrollados en nuestro país. Esto último constituye un acto de confianza muy relevante por parte de la Administración, en tanto permitiría demostrar que Chile es un lugar apropiado para llevar a cabo procedimientos arbitrales. Asimismo, la promoción de arbitrajes en tierras chilenas evidencia una clara consolidación de esta institución en el ordenamiento jurídico nacional, y representa posiblemente una de las propuestas más significativas que se pueden implementar en este ámbito.

No obstante, es evidente que no siempre va a ser posible que el tribunal arbitral tenga su sede en Chile, de modo que también es importante evaluar la disposición del Estado a ser juzgado por árbitros en el extranjero cuando el conflicto posea algún factor de conexión internacional. En definitiva, esta apertura del Estado a ser parte de arbitrajes con sede fuera de Chile podría fortalecer su posición en la comunidad global y demostraría su compromiso con los estándares internacionales de resolución de disputas. En este sentido, es importante destacar que dicha apertura significa un importante desafío para quienes representan los intereses de nuestro país ante instancias internacionales, en tanto deben regirse por reglas y procedimientos distintos a los conocidos en Chile, lo cual exige un alto nivel de profesionalismo y especialización.²⁴⁴ Pese a ello, hasta ahora las experiencias de nuestras instituciones públicas

²⁴⁴ BIGGS, Gonzalo. La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014. 499p.

frente a jurisdicciones internacionales han sido sumamente positivas.²⁴⁵ Por lo tanto, es razonable esperar que esta tendencia se mantenga en el futuro.

En síntesis, el Estado debe promover la realización de arbitrajes con sede en Chile, con el objeto de convertir a nuestro país en una sede arbitral atractiva a nivel mundial, o al menos, a nivel regional. Sin embargo, también es relevante que las entidades estatales estén dispuestas a ser juzgadas por tribunales arbitrales extranjeros, en la medida que esto permite a Chile diversificar sus opciones de resolución de disputas y, así, ampliar su red de relaciones.

²⁴⁵ Ibid.

CONCLUSIONES

El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos que ha experimentado un importante desarrollo y especialización en muchas legislaciones del mundo, en razón del progresivo aumento de controversias que se someten al conocimiento de árbitros. A este respecto, nuestro país cuenta con un sistema dualista, donde el arbitraje nacional se encuentra regulado en las normas del CPC (1902) y del COT (1943), mientras que el arbitraje comercial internacional está reglamentado en la LACI (2004).

Tratándose del arbitraje doméstico, ha quedado de manifiesto que su regulación posee un fuerte carácter jurisdiccionalista, en tanto concibe la figura arbitral como un tribunal más de la administración de justicia estatal. En particular, se le confiere a los árbitros la categoría de jueces, considerándolos como parte integrante del Poder Judicial. Se contemplan una serie de supuestos de arbitraje forzoso, lo que refleja cómo la legislación chilena se distancia de la naturaleza contractual de este mecanismo, que emana de la voluntad libre y soberana de las partes. Además, existe un amplio régimen de recursos que se pueden interponer en contra de un laudo, demostrando que los tribunales ordinarios ejercen un alto grado de intervención respecto de las decisiones arbitrales. Todo lo anterior deja en evidencia que nuestro arbitraje nacional en muchos aspectos se asemeja bastante a un juicio ordinario, por lo que es posible sostener que existe una regulación rígida del arbitraje doméstico y que persisten preceptos legales incompatibles con la práctica arbitral vigente.

En contraposición, tratándose del arbitraje comercial internacional la situación es muy diferente. En específico, nuestro país adopta las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI, con el objeto de insertarse en la tendencia mundial en esta materia, aplicando una regulación moderna, flexible y especializada que logra expresar de mejor forma la voluntad de los contratantes.

En este sentido, cabe constatar que dicha dualidad también se encuentra presente al analizar la participación del Estado en arbitrajes. En el ámbito local, sólo se permite en aquellos asuntos relativos a concesiones de obra pública (LCOP) y financiamiento urbano compartido (LFUC). Sin embargo, más allá de estos casos, actualmente no existe claridad en cuanto a los órganos competentes en cada entidad estatal para pactar acuerdos de arbitraje. En relación con este

punto, se ha planteado la necesidad de una mayor precisión, en miras a saber de forma inequívoca bajo qué supuestos la Administración podría ser sujeto de arbitraje.

Por otra parte, en el plano internacional, el DL N° 2.349 permite que el Estado de Chile pueda pactar un arbitraje internacional con algún organismo, institución o empresa extranjera. No obstante, para ello deben cumplirse las siguientes condiciones: (1) Que se trate de un contrato internacional; (2) Que el objeto principal del contrato esté relacionado con negocios u operaciones de carácter económico o financiero; y (3) Que el pacto arbitral cuente con la autorización del Presidente de la República mediante decreto del Ministerio de Hacienda, la cual no puede superar el plazo de un año y está sujeta a renovación. Dicho lo anterior, es posible sostener que se trata de una habilitación sumamente restrictiva, en la medida que no se aplica a toda clase de contratos y, por consiguiente, no toda entidad estatal puede celebrar pactos de arbitraje.

En definitiva, se ha podido comprobar la inexistencia de una norma de carácter general que habilite de manera permanente la participación del Estado en arbitrajes, de modo que los conflictos que pudiesen surgir entre las partes necesariamente deberán ser resueltos en sede judicial. Sin lugar a dudas, esto último significa un claro desincentivo para la celebración de contratos con entidades públicas, ya que un juicio ordinario implica una tramitación más extensa y procedimientos rígidos.

Por esta razón, nuestro ordenamiento jurídico debiese seguir el ejemplo de España, Perú, Colombia y Brasil, en el sentido de crear una norma expresa, permanente y de carácter general que habilite al Estado para pactar acuerdos arbitrales. Dicha disposición permitiría promover la celebración de contratos de larga duración con el Estado y el desarrollo de proyectos públicos de alto costo, donde suelen surgir controversias que ameritan soluciones de forma efectiva y rápida. En este contexto, el arbitraje se convierte en una herramienta muy atractiva para los inversionistas, quienes podrían tener cada vez más interés en asociarse con la Administración al contemplarse la vía arbitral como mecanismo de resolución de conflictos.

Junto con lo anterior, se requiere modernizar nuestra legislación con el objeto de fomentar el desarrollo de arbitrajes en Chile. A tal efecto, la adopción de un régimen monista resulta fundamental, donde los principios de autonomía de la voluntad y de mínima intervención desempeñen un papel clave. En esta misma línea, el arbitraje forzoso debiese ser totalmente

suprimido, en virtud de su contravención a la libertad contractual como elemento característico de esta institución, además, implica una negación a la tutela judicial efectiva, al impedir que las partes accedan a la justicia ordinaria con el objeto de solucionar sus conflictos. Por otro lado, la consagración constitucional de los MASC simboliza una señal muy positiva para efectos de potenciar la práctica de estos mecanismos.

Adicionalmente, existen una serie de medidas que el Estado puede implementar para promover el desarrollo de la figura arbitral, dentro de las que destaca la adopción de un criterio que favorezca la resolución de controversias con entidades públicas mediante arbitrajes llevados a cabo en Chile. Esto último representa un claro respaldo a la práctica arbitral en nuestro país que podría impulsar fuertemente esta institución.

Para finalizar, cabe destacar que el análisis efectuado en el presente trabajo y las propuestas de reforma que se han planteado, tienen por objeto contribuir al debate y a la reflexión jurídica nacional en la materia. En este sentido, no debemos olvidar que el Derecho se encuentra al servicio de las personas, por lo que nuestra misión es buscar los mejores mecanismos para resolver los conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

A. Doctrina

ALARCÓN, Carlos. El juramento en el proceso de arbitraje interno en Chile: reflexiones sobre la entidad de este requisito formal, analizado desde sus fuentes históricas directas. *Revista Ius et Praxis*. 25(1): 481-518, 2019.

AMIGO, Carlos. La nueva ley de arbitraje de Brasil (Ley 9.307/1996). *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*. (13): 331-355, 1998.

ARFAZADEH, Homayoon. In the Shadow of the Unruly Horse: International arbitration and the public policy exception. *The American Review of International Arbitration*. 13, 2002.

ARÓSTICA, Iván. Concesión de obras públicas. Bases del modelo chileno. *Revista Ius Publicum*. 15: 149-154, 2005.

AYLWIN, Patricio. *El juicio arbitral*. 7ª ed. Santiago, Editorial El Jurista, 2023.

BALLESTEROS, Manuel. *La ley de organización i atribuciones de los tribunales de Chile. Antecedentes, concordancia i aplicación práctica de sus disposiciones*. Tomo II. Santiago, Imprenta Nacional, 1890.

BERMÚDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo General*. 3ª ed. Santiago, Thomson Reuters, 2011.

BIGGS, Gonzalo. Evolución y singularidad de la institución arbitral en Chile. *En: MORALES, Marcos. y VELASCO, Rodrigo. (Eds.). Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

BIGGS, Gonzalo. La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional. *En: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.

BOENINGER, Edgardo. y PALMA, Eduardo. Empresas estatales: El caso chileno y un análisis general. *En*: Seminario sobre el proceso de planificación en América Latina y las empresas estatales (28 al 30 de agosto de 1978). Lima, Perú. Comisión Económica para América Latina de las Naciones Unidas (CEPAL), 1978.

BORDALÍ, Andrés. La administración pública ante los tribunales de justicia chilenos. *Revista Chilena de Derecho*. 33(1): 17-36, 2006.

CASTILLO, Mario. y SABROSO, Rita. Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública. *Revista Oficial del Poder Judicial*. 3(5): 237-252, 2009.

CERVANTES, Josué. El principio de mínima intervención del Estado en los mecanismos alternativos de solución de controversias. Tesis (Maestría en Derecho Público). Puebla, México. Universidad Iberoamericana Puebla, Departamento de Ciencias Sociales, 2018.

CERVANTES-BRAVO, Irina. Comentarios a la Ley de Arbitraje Española (Ley 60/2003, 23 de diciembre). *Vniversitas*. 57(115): 17-48, 2008.

COBO, Nicolás. La protección de la inmunidad en el Derecho chileno. *The Yearbook of diplomatic and consular law*. (3): 1-17, 2018.

COLOMBO, Juan. *La competencia*. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

CONEJERO, Cristián. La influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en América Latina: Un análisis comparativo. *Revista Chilena de Derecho*, 32(1): 89-138, 2005.

COSTA, Ezio. Los Tribunales Administrativos especiales en Chile. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 27(1): 151-167, 2014. 163p.

CREMADES, Bernardo. La participación de los Estados en el arbitraje internacional. *Arbitraje*. 3(3): 655-674, 2010.

CRUZ, Javier. y HELMLINGER, Karin. Evolución de la resolución alternativa de controversias civiles y comerciales en Chile. *En*: GORJÓN, Francisco. y VARGAS, Juan. (Eds.). Arbitraje y Mediación en las Américas. Santiago, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016.

DAMKE, Magaly. Arbitraje: Estudio jurídico del caso de Brasil. Tesis (Magíster en Derecho Internacional). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. El negocio jurídico. Madrid, Editorial Civitas, 1985.

DÍAZ, Sebastián. Anulación y ejecución de laudos del Ciadi. *Revista La Ley*. 2012.

DURÁN, Fabrizio. Inmunidad soberana: jurisdicción y ejecución aplicación a Estados y sus entidades. *Revista de Derecho (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Facultad de Derecho)*. (24): 177-201, 2021.

ESPLUGUES, Carla. Justicia administrativa y medios alternativos de resolución de conflictos: ¿Utopía o realidad?. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*. (24): 305-325, 2018.

FAVRE-BULLE, Xavier. y MUÑOZ, Edgardo. Monismo y dualismo de las leyes de arbitraje: ¿Son todas ellas dualistas?. *En*: Arbitraje Internacional. Pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains. Tomo II. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2013.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional: 18 años de vigencia. *En*: CAM SANTIAGO. 30 Años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación. Santiago, Cámara de Comercio de Santiago, 2022.

FERNÁNDEZ, José María. Principios inspiradores de la nueva ley de arbitraje. Visión judicial (Ley 60/2003, de 23 de diciembre). *En*: PELÁEZ, Francisco. y GRIÑÓ, Miquel. El arbitraje internacional: Cuestiones de actualidad. Barcelona, J.M. Bosch, 2009.

FIGUEROA, Gonzalo. El arbitraje como regla general de solución de conflictos en los contratos civiles y comerciales. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.

FIGUEROA, Juan Eduardo. e ILLANES, María Elisa. Notas sobre la ecuación económica financiera en el contrato de concesiones de obras públicas en Chile. Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes). 31: 37-69, 2018.

FIGUEROA, Juan Eduardo. y LETELIER, Macarena. El arbitraje doméstico e internacional en Chile y su jurisprudencia. Revista ALARB. 1: 126-159, 2020.

FLORES, Juan Carlos. Concepto y naturaleza de la subvención en el Derecho chileno. El caso de la concesión de obra pública. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. 37: 329-367, 2011.

FOXLEY, Alejandro. y ARELLANO, José Pablo. El tamaño y el papel del Estado. Revista Mensaje. 26(262): 483-490, 1977.

GARCÍA, Rolando. y MARÍN, Juan Carlos. El concepto de orden público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional. Revista de Derecho (Valdivia). 24(1): 117-131, 2011.

GÓMEZ, Juan Luis. La configuración actual del arbitraje interno español. Una solución heterocompositiva de conflictos jurídicos de lento desarrollo. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. Porrúa, México, 2004.

HERRERA, Ramón. La autonomía de la voluntad en el arbitraje y en la mediación. Jurisprudencia constitucional española y experiencias en el ámbito del consumo. Revista de Derecho (Valdivia). 25(1): 175-193, 2012.

JEQUIER, Eduardo. El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno). Estudios Constitucionales. 9(2): 453-498, 2011.

JEQUIER, Eduardo. La acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en el Derecho chileno sobre arbitraje interno: Algunas propuestas. *Estudios Constitucionales*. 11(2): 155-200, 2013.

JEQUIER, Eduardo. La arbitrabilidad de la controversia contencioso-administrativa en el ámbito de las relaciones contractuales del Estado. *Revista Chilena del Derecho*. 40(1): 157-180, 2013.

JEQUIER, Eduardo. Arbitraje societario y arbitraje forzoso en el Anteproyecto de Ley de Arbitraje Interno. Algunas Propuestas. *En: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.

JEQUIER, Eduardo. Antecedentes histórico-jurídicos del arbitraje interno en Chile. Planteamientos para una revisión estructural impostergable. *Revista Ius et Praxis*. 21(2): 199-224, 2015.

LARRAÍN, Antonio. y OSSA, Felipe. Arbitraje en Chile con participación de entidades estatales. *Foro jurídico*. 18: 141-165, 2020.

LEÓN, Constanza. El control jurisdiccional en el arbitraje: Un análisis comparativo de los sistemas jurídicos de España y Chile. *Revista Ius et Praxis*. 28(1): 82-100, 2022.

LIÑÁN, Javier. El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos eficaz en el marco del contrato estatal a la luz del ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Vis Iuris*. 6(12): 29-45, 2019.

LLANOS, Hugo. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado que realiza actividades comerciales. *Revista Chilena de Derecho*. 2(1): 12-54, 1975.

LUX, Cristina. El principio kompetenz-kompetenz en Chile. Su aplicación restrictiva como causal de vulnerabilidad del arbitraje comercial internacional como forma de resolución de conflictos. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2018.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. La nueva ley española del 23 de diciembre de 2003 sobre arbitraje. *En*: PELÁEZ, Francisco. y GRIÑÓ, Miquel. El arbitraje internacional: Cuestiones de actualidad. Barcelona, J.M. Bosch, 2009.

MASTAGLIA, Gabriela. Inmunidad de Estado: Comentario a la sentencia de la Corte Internacional de Justicia recaída en el Caso "Inmunidad Jurisdiccional del Estado". *Revista Ars Boni et Aequi*. 8(2): 303-321, 2012.

MATURANA, Cristián. Los medios de impugnación en la Ley de Arbitraje Comercial Internacional. *En*: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.

MATURANA, Cristián. El monismo o dualismo en el arbitraje. *En*: CAM SANTIAGO. 30 Años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación. Santiago, Cámara de Comercio de Santiago, 2022.

MERCHÁN, Antonio. El arbitraje: Estudio histórico-jurídico. Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981.

MOLINA, Carlos. y RÍOS, Víctor. Derecho de la Construcción. Santiago, O'Print Impresores S.A., 2016.

MONTEZUMA, Alberto. Diez años de activa vigencia de la Ley de arbitraje peruana. Decreto Legislativo N° 1071. *Arbitraje*. 11(3): 777-788, 2018.

MORAGA, Claudio. Contratación Administrativa. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007.

NIZAMA, Medardo. Historia y desarrollo actual del arbitraje en el Perú. *Docentia Et Investigatio*. 13(2): 79-96, 2011.

OSSA, Felipe. y ZAMORA, Rosana. El Arbitraje Internacional en la Jurisprudencia. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.

OSSA, Felipe. El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada. En: Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Washington D.C., Organización de los Estados Americanos, 2019.

PANTOJA, Rolando. El Derecho Administrativo. Concepto, Características, Sistematización, Prospección. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

PANTOJA, Rolando. La Organización Administrativa del Estado. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

PICAND, Eduardo. Arbitraje Comercial Internacional. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

RABINES, Rodrigo. ¿Justos pagan por pecadores? Analizando las modificaciones a las reglas del arbitraje contra el Estado peruano. THEMIS - Revista de Derecho. 77: 285-302, 2020.

REVOREDO, Delia. La autonomía de la voluntad y ley aplicable al contrato internacional en Latinoamérica. THEMIS: Revista de Derecho. (30): 231-241, 1994.

REY, Alfredo. Los modelos regulatorios del arbitraje latinoamericano: Un análisis de las normativas de arbitraje doméstico en Colombia y en el hemisferio. Vniversitas. (128): 245-284, 2014.

REYES, Cindy. El llamamiento en garantía en el proceso arbitral en Colombia: ¿arbitraje obligatorio o voluntario?. Civilizar Ciencias Sociales y Humanas. 17(33): 39-58, 2017.

ROBLEDO, Pablo. El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso. *En*: Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012. Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, 2013.

RODRÍGUEZ, Marcela. Una aproximación al régimen del arbitraje nacional del nuevo estatuto del arbitraje en Colombia, Ley 1563 de 2012. Revista de Derecho Privado. 23: 379-417, 2012.

ROMERO, Alejandro. Nociones generales sobre la justicia arbitral. *Revista Chilena de Derecho*. 26(2): 405-430, 1999.

ROMERO, Alejandro. El arbitraje en la concesión de obras públicas. *Cuadernos de Extensión Jurídica (U. de los Andes)*. 31: 145-164, 2018.

RUFIÁN, Dolores. *Manual de Concesiones de Obras Públicas*. Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1999.

SÁNCHEZ, Sixto. El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje comercial internacional. *Arbitraje*. 9(1): 13-44, 2016.

SILVA, Eduardo. De la calificación del arbitraje de internacional en el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano. *En: Estatuto Arbitral Colombiano. Análisis y aplicación de la Ley 1563 de 2012*. Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje, 2013.

SOTO, Carlos. Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú - Ley N° 26572. *En su: El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2008.

SOTO, Carlos. y BULLARD, Alfredo. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I*. Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

VALENCIA, Óscar. El trato diferenciado del Estado en el proceso arbitral. Tesis (Magister en Derecho). Bogotá, Colombia. Universidad Sergio Arboleda, Escuela de Derecho, 2020.

VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Los arbitrajes desde el prisma del Derecho administrativo. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. 290-304, 2002.

VARGAS, Francisco. *Proyecto de lei de organización i atribuciones de los tribunales*. Santiago, Imprenta Nacional, 1864.

VASCONCELOS, Andre. El arbitraje con entes estatales en Brasil después de la reforma de 2015. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 52: 225-253, 2019.

VÁSQUEZ, María Fernanda. Arbitraje en el Derecho Chileno Doméstico: La reforma que falta. *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*. 2: 1-46, 2010.

VÁSQUEZ, María Fernanda. Comprensión del principio “Competencia-Competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (15): 181-196, 2010.

VÁSQUEZ, María Fernanda. La autonomía de la voluntad en el instituto arbitral chileno: Entre su reconocimiento, su imprecisión y la negación. *En: PICAND, Eduardo (Ed.). Estudios de Arbitraje: Libro Homenaje al Profesor Patricio Aylwin Azócar*. 2ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2014.

VÁSQUEZ, María Fernanda. Ley chilena de arbitraje comercial internacional: Análisis de las doctrinas jurisprudenciales, a diez años de su vigencia. *Revista Ius et Praxis*, 21(2): 523-552, 2015.

VÁSQUEZ, María Fernanda. *Tratado de Arbitraje en Chile. Arbitraje Interno e Internacional*. 1ª ed. Santiago, Legal Publishing Chile, 2018.

VÁSQUEZ, María Fernanda. El principio de intervención mínima en el arbitraje comercial internacional: A propósito de una cuestionable sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. 55: 289-301, 2020.

VERDUGO, Mario., PFEFFER, Emilio. y NOGUEIRA, Humberto. *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994.

VERDUGO, Mario. y GARCÍA, Ana María. *Manual de Derecho Político. Instituciones Políticas*. Tomo I. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010.

VIAL, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. 5ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

VON LOEBENSTEIN, Beatriz. Estado y mercado en las empresas públicas. Memoria de Prueba (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2016.

B. Normativa Nacional

Código Civil, 30 de mayo de 2000.

Código de Aguas, 29 de octubre de 1981.

Código de Comercio, 23 de noviembre de 1865.

Código del Trabajo, 16 de enero de 2003.

Código de Procedimiento Civil, 30 de agosto de 1902.

Código Orgánico de Tribunales, 09 de julio de 1943.

Constitución Política de la República de Chile, 25 de mayo de 1833.

Constitución Política de la República de Chile, 18 de septiembre de 1925.

Constitución Política de la República de Chile, 22 de septiembre de 2005.

Decreto N° 900, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DFL MOP N° 164, de 1991 Ley de Concesiones de Obras Públicas, 18 de diciembre de 1996.

Decreto con Fuerza de Ley N° 1, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, 17 de noviembre de 2001.

Decreto Ley N° 600, que fija el Estatuto de la Inversión Extranjera, 13 de julio de 1974.

Decreto Ley N° 1.095, que aprueba Convención de las Naciones Unidas de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 31 de julio de 1975.

Decreto Ley N° 2.349, que establece Normas sobre Contratos Internacionales para el Sector Público, 28 de octubre de 1978.

Lei S/N, Lei de Organizacion i Atribuciones de los Tribunales, 13 de octubre de 1875.

Ley N° 7.200, que otorga facultades extraordinarias al Ejecutivo para dictar disposiciones de carácter administrativo, económico y financiero, 21 de julio de 1942.

Ley N° 18.046, que establece la Ley sobre Sociedades Anónimas, 22 de octubre de 1981.

Ley N° 19.281, que establece Normas sobre Arrendamiento de Viviendas con Promesa de Compraventa, 27 de diciembre de 1993.

Ley N° 19.865, sobre Financiamiento Urbano Compartido, 01 de abril de 2003.

Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, 29 de septiembre de 2004.

Mensaje N° 15-349 (Cámara de Diputados de Chile), 2 de junio de 2003.

C. Normativa Extranjera

i. Brasil

Código Comercial del Imperio de Brasil, 25 de junio de 1850.

Código de Procedimiento Civil, 18 de septiembre de 1939.

Código de Procedimiento Civil, 01 de enero de 1973.

Ley N° 9.307, que dispone sobre el arbitraje, 23 de septiembre de 1996.

Ley N° 13.129, que modifica la Ley N° 9.307 y la Ley N° 6.404, 26 de mayo de 2015.

ii. Colombia

Código Sustantivo del Trabajo, 07 de junio de 1951.

Constitución Política de la República de Colombia, 20 de julio de 1991.

Decreto N° 2.279, por el cual se implementan sistemas de solución de conflictos entre particulares y se dicta otras disposiciones, 07 de octubre de 1989.

Ley N° 105, sobre Reformas a los Procedimientos Judiciales, 16 de noviembre de 1890.

Ley N° 105, sobre Organización Judicial y Procedimiento Civil, 30 de septiembre de 1931.

Ley N° 270, Estatutaria de la Administración de Justicia, 15 de marzo de 1996.

Ley N° 1.563, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones, 12 de julio de 2012.

Ley N° 1.564, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones, 12 de julio de 2012.

iii. España

Decreto Ley S/N, de Refundición de Fueros, 07 de diciembre de 1868.

Decreto Ley N° 7/2011, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva, 10 de junio de 2011.

Decreto Ley N° 3/2012, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral, 10 de febrero de 2012.

Ley S/N/1953, de Arbitrajes de Derecho Privado, 22 de diciembre de 1953.

Ley N° 36/1988, de Arbitraje, 05 de diciembre de 1988.

Ley N° 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 26 de noviembre de 1992.

Ley N° 60/2003, de Arbitraje, 23 de diciembre de 2003.

Ley N° 30/2007, de Contratos del Sector Público, 30 de octubre de 2007.

iv. Italia

Ley N° 109, sobre Reordenamiento del Servicio Marítimo Postal y Comercial de carácter Local, 19 de mayo de 1975.

v. Perú

Código Civil, 25 de julio de 1984.

Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, 29 de julio de 1852.

Código de Procedimientos Civiles, 28 de julio de 1912.

Código de Santa Cruz de Procedimientos Judiciales, 27 de octubre de 1836.

Decreto de Urgencia N° 020-2020, que modifica el Decreto Legislativo N° 1.071 que norma el arbitraje, 23 de enero de 2020.

Decreto Legislativo N° 1.017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, 03 de junio de 2008.

Decreto Legislativo N° 1.071, Ley de Arbitraje, 01 de septiembre de 2008.

Ley N° 26.572, Ley General de Arbitraje, 03 de enero de 1996.

Ley N° 30.225, Ley de Contrataciones del Estado, 10 de julio de 2014.

D. Tratados Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 10 de junio de 1958.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 07 de julio de 2006.

Resolución 40/72 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 11 de diciembre de 1985.

E. Proyectos de Ley

Iniciativa Convencional Constituyente N° 41-6, que “crea un Capítulo relativo a los principios de los sistemas de justicia”, 24 de diciembre de 2021.

Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Boletín N° 857-07 (Senado de Chile), 30 de diciembre de 1992.

Proyecto de Ley sobre los jueces árbitros y el procedimiento arbitral. Boletín N° 857-07 (Senado de Chile), 12 de noviembre de 1992.

Proyecto de Ley que establece el nuevo Código Procesal Civil. Boletín N° 8197-07 (Cámara de Diputados de Chile), 12 de marzo de 2012.

Proyecto de Ley que modifica el Código Civil, el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil, en materia de competencia para conocer del juicio de partición de la comunidad hereditaria. Boletín 12.689-07 (Cámara de Diputados de Chile), 05 de junio de 2019.

Texto Definitivo de la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 04 de julio de 2022.

Texto Definitivo de la Propuesta de Constitución Política de la República de Chile, 30 de octubre de 2023.

F. Jurisprudencia

Corte Suprema, 15 de septiembre de 2008, Rol N° 6615-2007.

Corte Suprema, 19 de junio de 2018, Rol N° 12572-2018.

Corte Suprema, 10 de octubre de 2023, Rol N° 114665-2022.

Corte de Apelaciones de Santiago, 04 de agosto de 2009, Rol N° 9134-2007.

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de julio de 2010, Rol N° 2363-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2011, Rol N° 69-2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 21 de octubre de 2015, Rol N° 8273-2015.

Corte de Apelaciones de Santiago, 01 de agosto de 2016, Rol N° 98-2016.

Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 2018, Rol N° 11956-2017.

G. Fuentes Electrónicas

ALVEAR, Julio. Los Tribunales Contenciosos Administrativos. El Mercurio Legal (en línea). 14 de enero, 2019. <https://derecho.udd.cl/centro-justicia-constitucional/2019/01/15/analisis-juridico-los-tribunales-contenciosos-administrativos-por-el-dr-julio-alvear-tellez/> (consulta: 15 de febrero de 2024).

BORDACHAR, Rodrigo. Arbitraje forzoso y acceso a la justicia. El Mercurio Legal (en línea). 20 de marzo, 2014. <https://www.elmercurio.com/legal/Registro/Login.aspx?urlBack=/Legal/Noticias/Opinion/2014/03/20/Arbitraje-forzoso-y-acceso-a-la-justicia.aspx> (consulta: 30 de septiembre de 2023).

CAM SANTIAGO. María Soledad Lagos y Daniela Escobar exponen ante la Comisión de Sistemas de Justicia de la Convención Constitucional (en línea). <https://www.camsantiago.cl/convencion-constitucional-adr/> (consulta: 13 de mayo de 2023).

CÁRCAMO, Alejandro. Los Tribunales de lo Contencioso Administrativo en Chile: Una deuda pendiente. Diario Constitucional (en línea). 04 de noviembre, 2012. <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/los-tribunales-de-lo-contencioso-administrativo-en-chile-una-deuda-pendiente/> (consulta: 14 de febrero de 2024).

CARIOLA DÍEZ PÉREZ-COTAPOS. Arbitraje y mecanismos alternativos de resolución de conflictos. (en línea). <https://www.cariola.cl/actualidad-constitucional/arbitraje-y-mecanismos-alternativos-de-resolucion-de-conflictos/> (consulta: 13 de mayo de 2023).

Comisión de Sistemas de Justicia - N° 23 - Convención Constitucional - 30/12/21 (en línea). <https://www.youtube.com/watch?v=uf1vqOBtk5A&t=9557s> (consulta: 13 de mayo de 2023).

EL MERCURIO. El camino para posicionar a Chile como sede de arbitraje internacional. El Mercurio (en línea). 29 de agosto, 2019. https://www.camsantiago.cl/minisites/informativo-online/2019/NOV/docs/el_mercurio.pdf (consulta: 02 de octubre de 2023).

ROMERO, Alejandro. Nueva Constitución y Gobierno Judicial: fin al recurso de queja. Microjuris (en línea). 25 de octubre, 2023. <https://aldiachile.microjuris.com/2023/10/25/nueva-constitucion-y-gobierno-judicial-fin-al-recurso-de-queja/> (consulta: 12 de febrero de 2024).

SAHD, Jorge. Inversiones: la Constitución de la incertidumbre. Diario Financiero (en línea). 13 de julio, 2022. <https://www.df.cl/inversiones-la-constitucion-de-la-incertidumbre> (consulta: 13 de mayo de 2023).