

Arbitration

Side letters: Todos pierden

Imagine que usted (o un cliente) quiere invertir en el extranjero. Una de las cosas en que debería fijarse para decidir el destino de su inversión, es si existe algún tipo de tratado internacional que contemple un régimen de protección a dichas inversiones. Estas protecciones consisten habitualmente en que los Estados se obligan, por ejemplo, a no discriminar al inversionista por ser extranjero, a otorgarle un mínimo nivel de protección (incluso policial) a la inversión, a que le dará un trato justo e igualitario, y la más clásica protección frente a la expropiación, que debiese tener como correlato un pago adecuado tanto en tiempo, forma y monto.

En caso de que un inversionista estime que se han violado estas obligaciones por parte de los Estados, los tratados normalmente contemplan que deben resolverse a través de un arbitraje, ya sea a través de las reglas del Ciadi u otras. ¿Por qué no habrían de resolverse estos conflictos en los tribunales ordinarios del país respectivo? Por una razón muy simple; a ningún inversionista extranjero le gustará "jugar de visita" en tribunales extranjeros donde, además, se está decidiendo sobre la conducta del Estado que alberga ese Tribunal. El Estado "jugaría de local", siendo evaluado su comportamiento por un poder del mismo Estado. En prácticamente cualquier país, esta última alternativa será menos beneficiosa que ir a un tribunal arbitral.

Ahora bien, en el caso de Chile, si consideramos que el Consejo de Defensa del Estado tiene una tasa de éxito superior al 90% (según **CDE**), la alternativa de poder acudir a un tribunal arbitral es indudablemente más conveniente para el inversionista extranjero. En cualquier caso, el pactar un arbitraje debiese ser también conveniente para el Estado, por cuanto se vuelve más atractivo como destino de inversiones al aceptar un tribunal arbitral en que no juega de local, pero tampoco de visita.

Esta última opción es la que a la actual Cancillería no le gusta, y las *side letters* lo que buscan es eliminar la opción de los inversionistas de acudir a un tribunal arbitral. No sabemos con claridad si la alternativa que se tiene en mente es crear un Tribunal de Inversión permanente, o bien dejar a la justicia local de cada Estado que decida sobre la conducta de ese mismo Estado, con el gran problema ya señalado. Debiese aclararse esto cuando las *side letters* se discutan en el Congreso.



Raimundo Moreno

rmoreno@cariola.cl

La Cancillería ha dicho que quiere entrar al debate, pero más que entrar a él, ha adoptado una postura en contra de los tribunales arbitrales que no parece estar justificada. En efecto, la autoridad simplemente ha postulado que los tribunales arbitrales estarían siendo cuestionados a nivel global, y ha llegado a cuestionar que los tribunales arbitrales carecerían de jurisprudencia, que no tendrían propiamente jueces, sino árbitros y no serían pagados por un aparato público. Sin embargo, resulta que los tribunales arbitrales si tienen jurisprudencia, tienen jueces árbitros y son las partes las que pagan por mitades su funcionamiento, por lo que los Estados pagan al menos el 50% de su costo, pudiendo, incluso, recuperar todo o parte de este costo en la sentencia.

Las estadísticas del Ciadi (**Ver AQUÍ**), principal organismo que administra los arbitrajes de inversión, muestran que los Estados tienen una tasa de éxito superior al 50%, por lo que tampoco se entiende esta reticencia. Estadísticamente Chile ha tenido buenos resultados en los arbitrajes en que ha sido demandado, por lo que eliminar el sistema pareciera que lo único que hace es debilitar el atractivo del país como receptor de inversión, más que buscar una real protección a un temor que parece injustificado.





Noticias Destacadas

Irrenunciabilidad del recurso de queja respecto de actuaciones de árbitro arbitrador. Corte Suprema. Rol 115.305-2022, 16 de enero de 2023.

Se anuló el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago que había declarado inadmisibles un recurso de queja en contra de un árbitro arbitrador por no haberse acompañado las bases del procedimiento arbitral. Al tratarse de un recurso irrenunciable, no era exigible adjuntar dichas bases, no pudiéndose privar a las partes de recurrir ante los tribunales ordinarios por faltas o abusos graves.

Juicio arbitral forzoso es el aplicable a la acción de rendición de cuentas. Corte Suprema. Rol 82.449-2021, 5 de septiembre de 2022.

Tanto la presentación como la impugnación o aprobación de una cuenta constituye una materia de juicio arbitral forzoso, juicio que es distinto al declarativo que se tramita conforme a las reglas del procedimiento sumario, al cual únicamente le compete determinar la existencia o no de la obligación de rendir una cuenta.

Interpretación de cláusula arbitral amplia con respecto al territorio. Corte Suprema. Rol 21.291-2019, 20 de diciembre de 2022.

En la cláusula no existe ninguna limitación que diga relación con determinar el ámbito de conflictos que van a ser resueltos mediante árbitro por territorio, por lo que la implementación de la cláusula en Chile debe ser resuelto a través de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, siendo el arbitraje en Chile posible, no siendo competentes los tribunales ordinarios.

Autonomía de la voluntad determina los actos que deben someterse a arbitraje. Corte Suprema.

Recurso de casación en el fondo acogido. Rol 30.171-2021, 4 de enero de 2023. La materia del conflicto no se enmarca dentro del arbitraje forzoso y por ello la materia sobre la que recae el arbitraje se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad. La calidad de socio de los actores no hace automáticamente aplicable la cláusula compromisoria y el tribunal no puede extenderla a actos en donde falta desde un principio consentimiento de las partes.

En la Oficina

• **Cariola Díez Pérez-Cotapos anuncia nuevo director.** Nuestro abogado José Ignacio Azar fue designado como director del área de Arbitrajes y Litigios.

Es abogado de la Universidad de Chile y profesor de Derecho Civil en dicha universidad, con magister en Derecho en la Universidad de Edimburgo, Reino Unido, y ha sido reconocido en varias publicaciones internacionales como profesional destacado en su área de práctica.

