

El Estado como contratante: El gran ausente de la justicia arbitral

Bajo una cuestionable mirada proteccionista o si se quiere estado-centrista, el arbitraje ha sido mayormente excluido como una vía alternativa de solución de conflictos en que esté involucrado el Estado, los órganos públicos y las Municipalidades. Para que se pueda pactar arbitraje, esta solución alternativa de conflictos debe estar autorizada expresamente por ley.

Esta exclusión no tiene fundamentos muy robustos. Algunos la sustentan en la función pública o colectiva de los órganos públicos que no podría estar entregada a jueces privados o, en el caso del arbitraje internacional con sede fuera de Chile, derechamente en viejas reticencias de someter conflictos "a jurisdicciones extranjeras".

Hay honrosas excepciones, tales como las Comisiones Arbitrales en materia de concesiones de obras públicas, y el caso de CORFO que expresamente está autorizado por ley para pactar toda clase de arbitrajes en los contratos que ella celebre. En una autorización ya más atenuada, los órganos de la administración del Estado pueden incluir en contratos cláusulas arbitrales, pero sólo en aquellos que se referan a acciones de apoyo a sus funciones que no correspondan al ejercicio mismo de sus potestades, distinción que es algo difusa.

En una regulación que pareciese ser más abierta, el DL 2349 autoriza al Estado de Chile o sus organismos, instituciones o empresas a pactar arbitrajes internacionales, e incluso que se fije un domicilio especial y mandatario en el extranjero, pero limitándolo exclusivamente a los contratos cuyo objeto principal diga relación con negocios y operaciones de carácter económico o financiero, es decir en un ámbito muy limitado, y que está pensado para contratos de financiamiento. Claro; cuando pide dinero no puede ser demasiado quisquilloso.

Sin embargo, en el grueso de contratos que celebra el Estado, el arbitraje está excluido como posibilidad. En los contratos con prestadores internacionales esto representa una gran desventaja para el oferente, ya que aumenta su riesgo, lo que probablemente apareje el efecto de disminuir las opciones y quizás la calidad técnica de quienes estén dispuestos a entrar a una relación contractual en que el mandante es el Estado.



Raimundo Moreno

rmoreno@cariola.cl

Ahora bien, si el contratante es una empresa internacional, y si tiene la suerte de detentar una nacionalidad con la que Chile tiene un tratado de protección de inversiones, podrá tener como recurso de última ratio el iniciar un arbitraje de inversión, pero sus alcances son distintos a un arbitraje comercial internacional. Pero lo peor lo tiene el contratante chileno, puesto que éste no tiene esa posibilidad y solo le queda ser demandante o demandado en la justicia ordinaria, enfrentándose al Consejo de Defensa del Estado, quien como hemos dicho en otras columnas, tiene una tasa de éxito de alrededor de un 90% en la justicia ordinaria, por lo que el panorama del contratante chileno en un litigio contra el Estado no es muy alentador.

La exclusión del arbitraje se concibe equivocadamente como una protección al Estado, pero al final del día reduce la oferta, quita seriedad y atractivo al país y abulta innecesariamente nuestro ya sobrecargado sistema judicial, en que se pide a los jueces ser expertos en materias tan disímiles como competencia desleal, protección de datos, insolvencia, propiedad intelectual e industrial y tanto otros. La tarea es convencer a nuestros legisladores y autoridades de las ventajas de incluir el arbitraje en los contratos que celebra el Estado, siguiendo el modelo que países no tan distintos al nuestro como México, Perú y Ecuador, han adoptado.





Practice Area News

Exequátur de sentencia arbitral dictada en Francia. Corte Suprema; Rol 71.508-2022; 5 de octubre de 2023. Sin perjuicio que entre Chile y Francia no existe Tratado sobre el cumplimiento de resoluciones judiciales pronunciadas en los respectivos países ni hay constancia de una posible situación de reciprocidad, se accede al exequátur por las normas contenidas en el 245 del CPC, la LACI y la Convención de Nueva York.

Resolución que amplía plazo del arbitraje no es susceptible de casación en el fondo. Corte Suprema; Rol 5.710-2023; 19 de mayo de 2023. Rechaza casación en el fondo por cuanto la resolución que amplió el plazo del arbitraje en 6 meses y desestimó la nulidad de dicha resolución, no es una sentencia definitiva o interlocutoria inapelables que ponga término al litigio o tornan imposible su prosecución.

Requerimiento de inaplicabilidad acogido: Partición. Tribunal Constitucional; Rol 12.174-21 INA; 14 de marzo de 2023. Requerimiento de inaplicabilidad de disposición (649 CPC). Juez partidor no concedió apelación respecto de solicitud de notificar al defensor público por presunta incapacidad de uno de los herederos en la partición. Se acoge el requerimiento y se declara inaplicable norma que determinaba la no procedencia de la apelación.

Rige en arbitraje el plazo para hacerse parte. (Casación). Corte Suprema; Rol 34.719-2023; 3 de abril de 2023. Inadmisible recurso de casación en el fondo respecto de resolución que declaró desierto un recurso de casación contra sentencia arbitral por no hacerse parte dentro del plazo de 5 días. Relacionado con causa Rol 17725-2022 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

In the Firm

• Podcast ALL YOU NEED IS LAW /

Pro-Bono: una labor en la que ganan todos.

En este capítulo nuestras asociadas Daniela Guerrero, Simona Marquet y Valentina Pinto conversan con Carolina Contreras, directora ejecutiva de Fundación Pro Bono, sobre el trabajo que realiza esta institución, su vinculación con los estudios jurídicos, casos reales y experiencias personales en la realización de esta labor. Escúchanos [AQUÍ](#).



• **Cariola Díez Pérez-Cotapos:** Reconocida como firma "Elite" / Latin Lawyer 250 – Edición 2024.

Hemos sido reconocidos, por séptima vez, en la más alta categoría como "**Firma Elite en Chile**", por la publicación internacional Latin Lawyer, destacando nuestro manejo con destreza en asuntos transaccionales complejos atrayendo a clientes locales e internacionales de diversos sectores.