

## **"¿Un nuevo sistema recursivo para el arbitraje nacional?"**

Por: Elina Mereminskaya, Socia Directora de WAGEMANN Arbitration.

Lunes 17 de julio de 2023.

La sentencia de la Corte Suprema, emitida con fecha 30 de junio de 2023, ha atraído bastante atención dando lugar ya a algunos comentarios y pronunciamientos, positivos y negativos. Aún falta el desglose más detallado de lo que ocurrió en este caso, el que la presente columna busca efectuar a continuación.

Las partes, Eletrans S.A. y Eldu SpA, celebraron el “Contrato STT1-CDA-001-2016, EPC a asuma alzada de ingeniería, suministro, construcción, montaje, pruebas y puesta en servicio. Ejecución de obras de expansión del sistema de transmisión troncal, ‘Normalización en S/E Diego de Almagro 220 KV’”.

La cláusula 24.1 del contrato contiene un acuerdo de arbitraje con el objeto de que cualquier controversia surgida entre las partes, fuera resuelta a través de un tribunal arbitral, actuando en calidad de árbitro arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fallo, de conformidad al Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago). Las partes acordaron que, en contra de las decisiones del árbitro “no procederá recurso alguno, salvo el recuso de apelación respecto de la sentencia definitiva, el que será conocido por un tribunal arbitral del mismo carácter”. A su vez, las partes acordaron que “en contra de las resoluciones del tribunal de segunda instancia no procederá recuso alguno”.

La sentencia arbitral de primera instancia fue objeto del recurso de apelación ante el tribunal arbitral de segunda instancia, nombrado por el CAM Santiago de conformidad al Reglamento recién mencionado. El tribunal arbitral de segunda instancia anuló y enmendó determinadas partes de la sentencia de primera instancia, ratificándola en cuanto al resto.

Contra esta decisión del tribunal arbitral de apelación, la parte Eldu SpA dedujo un recurso queja, denunciando una serie de faltas o abusos graves supuestamente cometidos por los jueces árbitros de segunda instancia. Evacuando el informe ordenado por la Excma. Corte Suprema, los jueces recurridos señalaron, en las palabras propias de la Excma. Corte, que las faltas o abusos graves denunciados “exceden claramente el tipo de cuestiones que pueden discutirse a propósito de un recurso de queja, ya que se refieren a materias que corresponden típicamente al ámbito del recurso de apelación o del de casación en el fondo, el primero de los cuales fue resuelto en la sentencia y el segundo renunciado expresamente, advirtiéndose que el recurso no tiene la finalidad de corregir faltas o abusos graves, sino más bien alterar el mérito la decisión adoptada”.

El máximo Tribunal, en el Considerando Primero de su decisión, rememoró el ámbito de aplicación del recurso de queja establecido en el artículo 545 del Código Orgánico de

Tribunales, en particular, cuando “dichas resoluciones pongan términos al juicio a hagan imposible su prosecución”.

En el Considerando Segundo del fallo, indicó que no hay antecedentes que permitan “concluir que los jueces arbitrales recurridos hayan incurrido en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sea necesario reprimir y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte”.

En otras palabras, el recurso de queja fue rechazado y así lo declara expresamente el máximo Tribunal.

Al mismo tiempo, indica que “sin perjuicio de lo antes resuelto y a fin de justificar la decisión que más adelante se adoptará”, estima pertinente manifestar determinadas consideraciones respecto del fondo de la controversia. A continuación, la Excma. Corte dedica las siguientes ocho páginas del Considerando Segundo al análisis de los hechos de la causa a la luz de la buena fe contractual y la aplicación del artículo 1546 del Código Civil.

El fallo señala que “por esas consideraciones y visto lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, y procediendo esta Corte de oficio”, invalida parcialmente la sentencia de la segunda instancia arbitral y “en su lugar se resuelve que se confirma la sentencia apelada en la parte que se condena a Eletrans S.A. a pagar a Eldu SpA” un monto determinado.

Se puede estar de acuerdo con la conclusión de la Excma. Corte, en cuanto a que el principio de la buena fe implicaba que Eletrans S.A. debía pagarle a Eldu SpA, considerando que esta última había ejecutado el 70% de las obras, mientras que recibió solamente el pago ascendente al 20% del precio del contrato. Por otro lado, se podría estimar que el principio general de la buena fe no es suficiente para enmendar un complejo entramado de las disposiciones contractuales en una disputa de construcción. Sin embargo, ésta no es la pregunta que aquí nos ocupa.

Más bien, la preocupación que subyace en esta columna es de índole procesal y se reduce a la siguiente pregunta: Si la Excma. Corte negó la existencia de faltas o abusos graves en la sentencia arbitral de segunda instancia recurrida, y si las partes renunciaron al recurso de casación en el fondo, ¿cuál es el recurso que está resolviendo en su fallo?

La misma Corte cita el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, pero -al no existir faltas y abusos graves- ¿cómo puede enmendar una decisión que no adolece de estos vicios? Las facultades disciplinarias del máximo Tribunal, según los mismos términos del artículo citado, sólo proceden ante las faltas y abusos graves manifestados en la sentencia.

La decisión en comento ni siquiera se pronuncia acerca de la gravedad de las eventuales faltas o abusos graves que, quizás, pudo haber detectado de oficio. De hecho, la “gravedad” no forma parte del análisis contenido en el fallo. Aun así, se indica: “que al no haberse aplicado correctamente la normativa que regulaba y resolvía la controversia, los jueces del fondo han cometido error de derecho, infringiendo el artículo 1546 del Código Civil, puesto que negaron la valorización de las obras ejecutadas y no pagadas al momento de la

terminación anticipada y los gastos incurridos con posterioridad al término del contrato, lo cual hace que el fallo en comento incurra en un vicio de invalidez que obliga a este tribunal a declarar de oficio su nulidad en esta parte”.

La única conclusión posible que se desprende de la cita anterior es que la Corte procedió a casar la sentencia del tribunal arbitral de segunda instancia, lo que ella misma “justifica” en virtud de la aplicación errónea del artículo 1546 del Código Civil. Pero lo anterior tampoco resulta concluyente, dado que el fallo no contiene ninguna referencia al recurso de casación ni cita la normativa pertinente que lo regula.

Yendo al extremo en nuestro intento de comprender la situación, quizás estaríamos presenciado el nacimiento de dos posibles recursos nuevos. A saber: o de un eventual “recurso de queja por errores no graves sino comunes”, o de una eventual “casación en el fondo encubierta” porque no efectúa ningún análisis del marco legal propio de la casación. La primera opción es particularmente deprimente considerando que el recurso de queja en contra de las sentencias arbitrales se mantiene como una etapa casi obligatoria del proceso de solución de controversias en el arbitraje nacional.

La segunda opción es especialmente angustiante considerando que, en este caso en particular, el recurso de casación se encontraba expresamente renunciado por las partes. La posibilidad de renunciar a los recursos, derecho expresamente amparado por la ley (artículo 12 del Código Civil y artículo 7 del Código de Procedimiento Civil), en tanto dicha renuncia no se considera prohibida, es uno de los principales rasgos que hace atractivo el uso del arbitraje en el ámbito nacional. En este contexto, la decisión en comento contraviene la práctica jurisprudencial de larga data que suele respetar las renunciaciones a los recursos en contra de las decisiones arbitrales pactadas por las partes, con lo cual se introduce un elemento de inseguridad jurídica en un sistema de administración de justicia a través de los jueces árbitros. La importancia de la buena fe no parece ser un argumento suficiente para alterar un sistema que mayormente se ha caracterizado por la estabilidad y la certeza jurídica.

Finalmente, hay que tener presente que esta decisión del máximo Tribunal es relevante únicamente en el ámbito del arbitraje nacional, dado que, en relación con el arbitraje comercial internacional regido por la Ley N° 19.971, el recurso de queja o de casación han sido declarados -hasta ahora- inadmisibles o han sido rechazados.

Este fallo no debería afectar el prestigio internacional de Chile en materia de arbitraje más que cualquier otra decisión poco afortunada. Pero, tal como una golondrina no hace verano, podemos expresar la esperanza que el fallo de la Excma. Corte -dictado el gélido día del 30 de junio de 2023- no sea el inicio de un frío invierno jurisprudencial.