



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
(PRESIDENTE)

FERNANDO CANTUARAS SALAVERRY

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
(DIRECTOR EJECUTIVO)

DOCTRINA

Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral "in toto"

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial

CARLOS RUSKA MAGUIÑA (PERÚ)

Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples

ROQUE J. CAIVANO (ARGENTINA)

Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (PERÚ)
CARLOS PANIAGUA GUEVARA (PERÚ)

De la distinción entre "treaty claims" y "contract claims" dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones

MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (PANAMÁ)

Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: tensiones y problemas

C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (INGLATERRA)

Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ (ESPAÑA)

La prejudicialidad civil de los procedimientos arbitrales sobre los judiciales

JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ (ESPAÑA)
ÍÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE (ESPAÑA)

Arbitraje y *référé* en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral

JUAN PABLO CORREA DELCASSO (ESPAÑA)

La motivación de los laudos y el recurso de anulación

ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA (PERÚ)

La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador?

GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (PERÚ)

La expropiación indirecta y el Capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos de Norteamérica

MARCO CHÁVEZ GONZÁLES (PERÚ)

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

EVENTOS DESTACADOS

4 / 2007

magna



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
PRESIDENTE

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DIRECTOR EJECUTIVO

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

KATTY MENDOZA MURGADO
(ASISTENTE)

4

2007



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE

**DERECHOS RESERVADOS:
DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del Comité Editor.

© 2007, REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE
© 2007, Jorge Santistevan de Noriega
Fernando Cantuarias Salaverry
Franz Kundmüller Caminiti
Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio
Carlos Alberto Soto Coaguila
(Comité Editor)
Katty Mendoza Murgado
(Asistente)

Colaboradores:

Briana Canorio Calderón
Jessica Roxana Hondermann Gómez
Sofía Nathalie Tequén Córdova
Frank Araujo Ramírez
Marclio Gilmer Soto Molina
Carol Yanely Apaza Moncada
Juan Miguel Rojas Ascón

Diseño y diagramación:

Melba Rodríguez Vilca

**Depósito Legal
Biblioteca Nacional del Perú
N° 2005-9159
ISBN: 1819-7019**

Composición e impresión:

MAGNA ediciones
R.U.C. 10076079078
Telf.: (054)9695-5892

Distribución:

MS EDITORES E.I.R.L.
Natalio Sánchez N° 244 Of. 405 - Jesús María
Celular: (054)9878-1928 / 9985-5819
(054)9270-3949 / 9347-3357
Telefax: (054)423-3757
mseditores@hotmail.com
revistaperuanadearbitraje@gmail.com

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE
es una marca registrada en INDECOPI
(Certificado N° 00116746)

CONTENIDO

Presentación	IX
▲ Doctrina	
■ Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “ <i>in toto</i> ” JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)	3
■ Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial CARLOS RUSKA MAGUIÑA (PERÚ)	49
■ Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples ROQUE J. CAIVANO (ARGENTINA)	65
■ Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (PERÚ) CARLOS PANIAGUA GUEVARA (PERÚ)	121
■ De la distinción entre “ <i>treaty claims</i> ” y “ <i>contract claims</i> ” dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ (PANAMÁ)	157
■ Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: tensiones y problemas C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (INGLATERRA)	183
■ Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ (ESPAÑA)	219

■ La prejudicialidad civil de los procedimientos arbitrales sobre los judiciales JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ (ESPAÑA) IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE (ESPAÑA)	241
■ Arbitraje y <i>référé</i> en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral JUAN PABLO CORREA DELCASSO (ESPAÑA)	269
■ La motivación de los laudos y el recurso de anulación ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA (PERÚ)	327
■ La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador? GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (PERÚ)	343
■ La expropiación indirecta y el Capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos de Norteamérica MARCO CHÁVEZ GONZÁLES (PERÚ)	367
▲ Laudo Arbitral Nacional	
■ Laudo Arbitral Demandante: GyM S.A. Demandado: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL Materia: Liquidación de Contrato de Prestación de Servicios	383
▲ Laudo Arbitral Internacional	
■ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) - Caso CIADI Nro. ARB/01/10 Demandante: Repsol YPF Ecuador, S.A. Demandado: Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)	423
▲ Decisiones Constitucionales y Judiciales	
■ Tribunal Constitucional - Exp. N° 7641-2005-PA/TC Eustaquio Jiménez Contreras	457
■ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú - Anulación de Laudo Arbitral Cas. N° 825-2006-Lima	461

■ Reconocimiento de Laudo Arbitral A.P. N° 323-2005-Lima	467
■ Corte Superior de Justicia de Lima - Tercera Sala Civil - Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 1632-04 Demandante: Provias Nacional Demandado: JJC Contratistas Generales S.A.A.	469
- Anulación de Laudo Arbitral Expediente: 917-2001 Demandante: San Fernando S.A. Demandado: Alimentos Protina S.A.	473
▲ Comentarios Bibliográficos	
■ Comentarios a propósito de la presentación del libro del prof. Fernando Cantuarias JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA	489
▲ Eventos Destacados	
■ La presencia del Perú en la 5ª Conferencia Internacional de Arbitraje: perspectiva comparada y de 360 grados JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA ADRIÁN SIMONS PINO	507
■ El Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje y nuestra Revista JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA CARLOS A. SOTO COAGUILA	533
▲ Noticias Arbitrales	543
▲ Sobre los Autores	553
▲ Agradecimientos	561
▲ Índices Históricos	565
▲ Índice General	577

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE no comparte necesariamente
las opiniones vertidas por los autores en el presente número.

Presentación

La presentación de este cuarto número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE tiene un sentido especial. No solamente ratifica, por cuarta vez, el esfuerzo de su Comité Editor y del equipo de colaboradores de la Revista de continuar con la difusión y el debate de temas arbitrales, sino que nos permite dar cuenta de los esfuerzos paralelos que conducen a organizar eventos para lograr los mismos fines.

Relacionado con esto último, este cuarto número de nuestra REVISTA esta estrechamente vinculado al Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje –realizado en el mes de abril del presente año de manera conjunta con la Universidad San Ignacio de Loyola y la Academia Peruana de Derecho– que ha quedado registrado como uno de los mayores éxitos que hemos logrado en el transcurso de estos dos años de existencia de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

A través de nuestro Congreso y de la participación de miembros del Comité Editor en otros eventos de nivel internacional, pudimos confirmar que el arbitraje goza de buena salud en el Perú, se encuentra en crecimiento y viene dando sus primeros pasos para hacerse conocido en los círculos arbitrales del exterior. Así lo demostraron los más de 500 participantes del Congreso quienes tuvieron la oportunidad de gozar de las experiencias de destacados árbitros del mundo.

En esta misma línea, continuando con el esfuerzo por promover el arbitraje y crear una vasta cultura arbitral en el Perú, recientemente la REVISTA coorganizó con el Centro de Arbitraje de AmCham el Primer Diplomado de Arbitraje que tuvo como finalidad crear en sus participantes una sólida cultura arbitral.

En este cuarto número volvemos a contar con ensayos de distinguidos autores nacionales y de las mejores plumas del exterior que escriben sobre arbitraje en nuestro idioma y nos han hecho llegar –conocedores de la calidad de nuestro esfuerzo– sus trabajos para incluirlos en este número. Difundimos además, selectos laudos arbitrales que se han dictado en sede nacional y en sede internacional y contamos con una creciente sección de jurisprudencia sobre temas afines que da cuenta de cómo, en el Perú, el Poder Judicial viene resolviendo los temas relacionados con el arbitraje.

En nuestra acostumbrada sección de Doctrina, el lector encontrará artículos inéditos de reconocidos árbitros internacionales: Roque J. Caivano (*Argentina*), Margie-Lys Jaime Ramírez (*Panamá*), C. Ignacio Suárez Anzorena (*Inglaterra*), Enrique Fernández Masiá, José Antonio Caínzos Fernández, Iñigo Rodríguez-Sastre y Juan Pablo Correa Delcasso (*España*); así como de destacados árbitros nacionales: Carlos Ruska Maguiña, Ana María Arrarte Arisnabarreta, Carlos Paniagua Guevara, Enrique A. Palacios Pareja, Guillermo Sánchez Bravo y Marco Chávez Gonzáles.

Siguiendo nuestra línea de publicar laudos arbitrales, en este número presentamos un laudo arbitral del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones - CIADI recaído sobre la disputa entre Repsol YPF Ecuador S.A. contra la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador) y un laudo *ad hoc* expedido en el Perú sobre la base de la legislación de contrataciones y adquisiciones del Estado.

En nuestra sección Decisiones Constitucionales y Judiciales publicamos diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Corte Superior de Lima.

Además de nuestras acostumbradas secciones, inauguramos dos nuevas secciones: “Eventos Destacados” y “Comentarios Bibliográficos”, destinadas a difundir los eventos más importantes y libros más destacados que han sido publicados en el transcurso de los últimos seis meses.

En la sección “Eventos Destacados”, realizamos una breve crónica del I Congreso Peruano Internacional de Arbitraje y de la 5ª Conferencia Anual de Miami sobre Arbitraje Internacional, organizada por el Centro Internacional para la Solución de Controversias –brazo de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)–.

En la sección “Comentarios Bibliográficos”, nuestra Revista se enorgullece de dedicar unas líneas al reciente libro *Arbitraje comercial y de inversiones*, publicado por uno de los destacados miembros de nuestro Comité Editor, el doctor Fernando Cantuarias Salaverry, quien además se desempeña como Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

Finalmente, agradecemos a cada uno de nuestros auspiciadores, tanto a quienes nos vienen acompañando a través de nuestros tres primeros números, como a los nuevos auspiciadores que se incorporan a partir del presente número, a quienes les damos la bienvenida. A todos ellos, muchas gracias por confiar y creer en este proyecto de publicar semestralmente la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. Merecen un reconocimiento especial todas aquellas personas que colaboran silenciosamente en la preparación y edición de la Revista: nos referimos a Katty Mendoza, Briana Canorio, Jessica Hondemann, Sofía Tequén, Frank Araujo, Gilmer Soto, Carol Apaza y Miguel Rojas.

Jorge Santistevan de Noriega
Presidente del Comité Editor

Doctrina

Doctrina




 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA^(*)

Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “*in toto*”

SUMARIO: *Introducción 1. Sigue el debate sobre el reconocimiento constitucional y la jurisdiccionalización del arbitraje. 2. Inmunización del arbitraje y control jurisdiccional posterior. 3. ¿Bajo qué condiciones cabe el amparo contra una decisión arbitral por afectación al debido proceso? 4. El problema de la recusación del tribunal en pleno en el marco del derecho al juez imparcial que forma parte del debido proceso ¿laguna de la ley o exceso del TC? 5. El control difuso de la constitucionalidad de la ley en sede arbitral. 6. Conclusiones y comentario final.*

INTRODUCCIÓN

En el segundo número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE tuvimos ocasión de comentar la importante sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC (Caso Cantuarias Salaverry).⁽¹⁾

(*) Profesor de Derecho en las universidades Pontificia Universidad Católica del Perú, de Lima y UPC, así como en la Academia Peruana de la Magistratura - AMAG. Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. Fundador del Estudio Santistevan de Noriega - Abogados.

(1) *Vid.* SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Lima, 2006, pp. 15-66.

Recordemos que en esa oportunidad el Tribunal Constitucional estableció precedentes de observancia obligatoria de singular importancia para el desarrollo y la práctica arbitral en nuestro país. No ha sido por cierto el nuestro el único ensayo a que ha dado lugar tan importante pronunciamiento del Supremo Intérprete de la Constitución pues por su trascendencia ha sido seguido de numerosos artículos jurídicos⁽²⁾ en los que el debate sigue manifestándose ya que, ciertamente, la sentencia citada abre espacios para una muy valiosa confrontación de ideas.

En esta oportunidad, nos ocuparemos de dos sentencias nuevas en las que el Tribunal ha sentado su criterio en torno a problemas arbitrales. Se trata de las recaídas en el Expediente N° 2557-2006-PA/TC (Caso Compañía de Exploraciones Algamarca), de fecha 30 de abril de 2006, y la recaída en los expedientes acumulados N°s 7149 y 6662-2006-PA/TC (Caso Minera Sulliden Shahuindo SAC y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A). En ambas, el Tribunal Constitucional (TC) ha precisado algunos aspectos de la línea general marcada por los precedentes vinculantes de la Sentencia N° 6167-2005. En efecto, el TC ha acentuado el criterio de inmunización del arbitraje frente a cualquier interferencia judicial, o de otro orden, no autorizada por la ley⁽³⁾ mientras no se haya concluido el proceso y emitido el laudo correspondiente (al amparo del principio de no interferencia consagrado en el artículo 139.2 de la Constitución)⁽⁴⁾ En esta línea, el colegiado constitucional

(2) LANDA ARROYO, César, “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”; ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación”, ambos en: *Thémis*, N° 53, Lima, pp. 29 y 91, respectivamente.

(3) Existen casos en que, sin que constituyan interferencia, la ley exige la intervención del juez durante el proceso arbitral. Así ocurre cuando no es posible de otro modo designar al Presidente de un tribunal arbitral colegiado o cuando es recusado el árbitro unipersonal. En ambos casos, el competente para resolver la situación es el juez civil del domicilio en el que se lleva el proceso arbitral (artículo 31).

(4) Constitución Política del Perú 1993

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

ha remitido la dilucidación en sede judicial de cualquier cuestionamiento a decisiones arbitrales a la absolución del recurso de anulación del laudo (previsto en el artículo 71 de la Ley General de Arbitraje - LGA).⁽⁵⁾

Adicionalmente, al ampliar la facultad de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las normas con rango de ley o de inferior jerarquía, el TC indirectamente ha dado un nuevo giro a la posibilidad de que los árbitros también lo ejerzan. Ello se ha producido como consecuencia de otra sentencia de singular importancia dictada por el TC, la recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, publicada el 10 de octubre de 2006, en la que se admite el control difuso de las normas infraconstitucionales en sede administrativa, a efectos de que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que administren justicia administrativa prefieran siempre los preceptos de la Carta Fundamental sobre las disposiciones de las leyes ordinarias que la contradigan y lesionen el principio de jerarquía constitucional.

¿Podrán entonces los árbitros –en el marco jurisdiccionalista por el que ha optado el Tribunal Constitucional– ejercer también este deber-poder difuso que emana del artículo 138⁽⁶⁾ de la Constitución y que se

2.- *La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno”.*

(5) Ley General de Arbitraje

*“Artículo 71.- Plazo para la interposición del recurso de anulación y órgano competente
El recurso de anulación del laudo arbitral deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera instancia o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la anulación.*

Cuando se hubiera solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución correspondiente”.

(6) Constitución del Perú 1993

“Artículo 138.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las

desarrolla en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (CPCCon.)?⁽⁷⁾

1. SIGUE EL DEBATE SOBRE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LA JURISDICCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

No es pacífico el tema de la constitucionalización del arbitraje y menos lo es el de su jurisdiccionalización. Aunque en rigor se trata de dos asuntos distintos –a saber (i) si es necesario que la Constitución reconozca o no al arbitraje y (ii) si éste debe ser considerado una jurisdicción– el debate amalgama al primero con el segundo de los temas. La doctrina nacional no se pone de acuerdo en ello. Voces tan autorizadas como Landa Arroyo, con la que concordamos, parte de la Constitución para asumir plenamente el criterio del arbitraje como jurisdicción de excepción, asumiendo que ello permite que: “*el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada*”.⁽⁸⁾

Pero dentro del propio Tribunal Constitucional, Gonzales Ojeda ha venido manteniendo una consistente posición de rechazo al reconocimiento del arbitraje como jurisdicción. No obstante ello, no ha votado

leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

(7) Código Procesal Constitucional

Artículo VI.- Control difuso e interpretación constitucional

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

(8) LANDA ARROYO, “El arbitraje en la Constitución de 1995 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., pp. 32-33.

A tenor de lo expuesto, la posición de este autor se acerca más al reconocimiento constitucional del arbitraje como derecho fundamental de la persona, como lo reconoce la Constitución de Costa Rica.

discrepando de la mayoría en cuanto a la inmunización del arbitraje frente a intervenciones judiciales previas a la emisión del laudo y, como veremos, al control jurisdiccional y constitucional habilitado solamente *a posteriori*, esto es una vez constituido el proceso arbitral, emitido el laudo y agotados los recursos impugnativos que la LGA prevé.

La posición de este magistrado (“no jurisdiccionalista”) ha sido puesta de manifiesto en su voto singular concordante, emitido en la Sentencia recaída en los Expedientes acumulados N°s 6149 y 6662-2006-PA/TC bajo el siguiente texto:

“El arbitraje, como mecanismo de composición de controversias privadas, no constituye una manifestación estatal de ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino un instituto –el arbitraje en sí mismo– que tiene una protección especial derivada del hecho de haber sido incorporado en la Constitución (garantía institucional). Dicha protección, esencialmente, se dirige al legislador, quien pese a contar con un amplio margen para configurar al instituto del arbitraje, sin embargo, está impedido de disponer de él, a no ser que para tal efecto ejerza el poder de reforma constitucional.

Por otro lado, en la jurisprudencia de este Tribunal han sido diversas las ocasiones y oportunidades en las que hemos destacado que los derechos que integran la tutela procesal efectiva son garantías formales y materiales que deben observarse y respetarse en todo tipo de procedimientos que tengan por objeto dilucidar los derechos y deberes de las personas, con independencia de la naturaleza de dichos procedimientos. Y así como hemos insistido en la necesidad de su respeto en el seno del proceso judicial, también lo hemos hecho en el seno de los procedimientos administrativos disciplinarios o en el seno de los procedimientos contemplados en los estatutos de las personas jurídicas de derecho privado. Y a nadie se le ha ocurrido que, por ello, dichos procedimientos tengan o hayan asumido la condición de procedimientos de naturaleza jurisdiccional.

El arbitraje, pues, no es otra cosa que un medio alternativo de solución de conflictos, cuyo fundamento reposa en la voluntad

de las partes, y por medio del cual éstas renuncian a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal. Con estas salvedades, mi voto es por que se declare improcedente la demanda, como se ha efectuado en la sentencia en mayoría”.

En la misma línea que el Magistrado Gonzales Ojeda, Arrarte Arisnabarreta⁽⁹⁾ discrepa radicalmente con que se conceptúe al arbitraje una jurisdicción –a pesar de que considera inútil el debate sobre su naturaleza jurídica– aplicando para ello los atributos de jurisdicción de Montero Aroca. Evidentemente éstos están contruidos para describir a la jurisdicción estatal en manos del Poder Judicial. En la misma línea –comentando la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC– Rodríguez Angulo vuelve a traer a la memoria a Montero Aroca para negarle al arbitraje “*jurisdicción como potestad estatal, aunque su decisión tiene que consistir en decir el derecho en el caso concreto, con lo*

⁽⁹⁾ ARRARTE ARISNABARRETA, “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su activación”, cit., p. 97. Esta distinguida autora no comparte el criterio “jurisdiccionalista” que le ha dado el Tribunal Arbitral al arbitraje en rigurosa interpretación de lo que dice la Constitución. Basa su argumentación, para no admitir la “jurisdicción arbitral”, en los atributos de MONTERO AROCA en el clásico trabajo citado por ella de “Derecho Jurisdiccional”. No obstante, respetando la contribución de este importante autor a la materia, ¿le discutiríamos el carácter de jurisdicción “por no ejecutar directamente sus resoluciones ni utilizar la fuerza para ello” al Tribunal Constitucional por ejemplo que no forma parte del Poder Judicial y ejecuta sus sentencias a través de los jueces, como por cierto los laudos de los árbitros son ejecutados? ¿Cómo haríamos con la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso ejerce el Tribunal Andino de Justicia, que tampoco tiene la *executio*? ¿Dónde quedaría entonces ubicada la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos que carece de imperio para ejecutar sus resoluciones? ¿No es mejor admitir que la jurisdicción se expresa a través de distintas modalidades, todas sometidas al orden constitucional y sujetas (las privadas con el arbitraje o no estatales como la que ejercen las comunidades nativas, campesinas y los pueblos indígenas) a un control de legalidad *posterior*? ¿O es que tendríamos que comenzar a discutir entre jurisdicciones *perfectas* o *imperfectas*? Pensamos que cabe en un país como el Perú en el que constitucionalmente se admiten varias jurisdicciones, como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (la constitucional, la común que ejerce el Poder Judicial, la arbitral, la militar, la electoral que ejerce el Jurado Nacional de Elecciones y la consuetudinaria a que se contrae el artículo 149 de la Constitución) por lo que ellas son y por lo que la Constitución las denomine.

que se produce una mezcla entre el contrato como acto de disposición y consecuencias a la decisión jurisdiccional, que sólo se entiende desde la libertad".⁽¹⁰⁾ (Las cursivas del original han sido sustituidas por negritas).

El tema no queda agotado con las críticas a la jurisdiccionalización del arbitraje que parten de un punto de vista fundamentalmente procesalista que pretende a toda costa decir que el arbitraje no es igual al Poder Judicial. Y claro que no lo es, porque parte de la voluntad de las partes y busca una resolución de las controversias, en materias disponibles, lo más pronta y neutral que se pueda. Pero mientras aceptemos que por medio del arbitraje se resuelvan controversias con la calidad de la cosa juzgada, entonces los árbitros, al igual que los jueces estarán "diciendo el derecho" de modo definitivo, sin que interese si la ejecución de lo que dicen esté en sus manos o en las del Poder Judicial que respeta, cumple y ejecuta lo que los árbitros hayan definido.

En este orden de ideas, el debate sobre estos temas debe verse hoy en día a la luz del arbitraje de inversiones que se perfila como una especie dentro del arbitraje general con claras distinciones del arbitraje comercial. Téngase en cuenta que el arbitraje de inversiones es uno en el que un particular controvierte con el Estado, en situación de igualdad procesal pero de asimetría real. Este es el arbitraje del futuro⁽¹¹⁾ y el que ha dado lugar a que la Constitución lo reconozca por primera vez en la Carta de 1979⁽¹²⁾ y en la actualidad en

⁽¹⁰⁾ RODRÍGUEZ ANGULO, Carla Estefanía, "Arbitraje y amparo", en: *Arbitraje y debido proceso*, Biblioteca de Arbitraje, Palestra - Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, Vol. 2, p. 381.

⁽¹¹⁾ Vid. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias - UPC, Lima, 2007, pp. 555 y ss.

⁽¹²⁾ Muchas veces se afirma que esta inclusión del arbitraje en un artículo constitucional se debe al "fino pero robusto empecinamiento" del que fue dueño el doctor Andrés Aramburú Menchaca, según expresión de Enrique Chirinos Soto, lo que es verdad y hay evidencia histórica de ello. (CHIRINOS SOTO, Enrique, *La nueva Constitución al alcance de todos*, Editorial Andina, Lima, 1979, p. 264). De allí se ha derivado la leyenda de que el doctor Aramburú Menchaca lo que quería con la constitucionalización del arbitraje era su promoción y hasta he oído decir su "marqueteo". No fue así, pues el hecho de que el arbitraje apareciera en el texto de la Constitución de 1979 no produjo *per se* la multiplicación de los arbitrajes. Esto último tuvo lugar cuando se promulgó la ley vigente (Ley General de Arbitraje N° 26572) bajo el modelo UNCITRAL que

el artículo 62⁽¹³⁾ al tratar sobre las seguridades y garantías que el Estado puede ofrecer a través de los contratos-ley. Este es el arbitraje que justifica en especial lo previsto en el artículo 63 *in fine*⁽¹⁴⁾ que prevé el sometimiento del Estado al arbitraje de inversiones a través de la ratificación que ha hecho el Perú de la Convención de Washington que crea el Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a las

permitió que los particulares y el Estado recurriesen a esta justicia privada para la resolución de sus controversias.

Por ello es interesante indagar en el propósito que tuvo el constituyente que propuso la mención arbitral por primera vez en la Constitución. Al hacerlo nos encontramos con que lo hizo –según sus propias palabras– pensando en el arbitraje de inversiones. Refiriéndose al artículo 233.1 de la Constitución, Aramburú Menchaca afirma que el origen de este reconocimiento arbitral en la Carta se ubica en la intención de la Asamblea Constituyente de incluir excepciones a la “Cláusula Calvo”, precisamente:

“(…) teniendo en consideración la posibilidad de resolver las diferencias entre el Estado y extranjeros con tribunales constituidos conforme al Estatuto de la Corte Permanente de Arbitraje Internacional de la Haya (con la reforma de 1965) o la Convención que, dentro del Banco Mundial, ha creado el Centro Internacional para la Solución de Controversias Internacionales Derivadas de Inversiones (sic) conocido universalmente con sus siglas en inglés ICSID”. Vid. ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés A., Notas al margen de la Constitución, Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A., Lima, 1990, p. 358

- (13) *“Artículo 62. La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

- (14) *“Artículo 63. La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.*

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

Inversiones (CIADI). En este plano internacional, ¿vale la pena abandonar la tesis “jurisdiccionalista” que ha admitido el Tribunal Constitucional y “desconstitucionalizar” el arbitraje, cuando se ha presentado la posibilidad de arbitrar controversias de inversión como una garantía que se ofrece para atraer y dar seguridades al inversionista en el suelo nacional?

En todo caso, desde el punto de vista de la constitucionalización del arbitraje y de su jurisdiccionalización, de la posición que se tome en cuanto a estos dos temas se derivan algunas consecuencias jurídicas importantes que las sentencias del TC que se comentan no terminan por definir.

Veamos algunas:

- (i) ¿Debemos mantener el reconocimiento constitucional del arbitraje en la Constitución, como lo hacen las de 1979 (artículo 233.1)⁽¹⁵⁾ y la vigente (artículo 139.1)⁽¹⁶⁾? Parece difícil no hacerlo después de la doctrina jurisprudencial que ha desarrollado el Tribunal Constitucional y atendiendo a que varias Constituciones como las de Colombia, Costa Rica, El Salvador y Paraguay acompañan a la peruana en esto.⁽¹⁷⁾ No obstante, resulta significativo que en el Proyecto de Reforma Constitucional que en estos

⁽¹⁵⁾ Constitución del Perú 1979

Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar.

Quedan prohibidos los juicios por comisión o delegación”.

⁽¹⁶⁾ Constitución del Perú 1993

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1.- La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación”.

⁽¹⁷⁾ SANTISTEVAN DE NORIEGA, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, cit., p.19.

momentos se debate en el Congreso de la República se proponga la mención del arbitraje como modalidad de solución de conflictos equivalente a la mediación y la conciliación.⁽¹⁸⁾ ¿Eso queremos?

- (ii) Con respecto a esto último, ¿sería beneficioso que se abandone el criterio “jurisdiccionalista” porque la Constitución opta para adoptar uno de simple medio de resolución de controversias heterocompositivo? ¿Cabría, con el camino recorrido, constitucionalizar el arbitraje no como una jurisdicción sino tratándolo como un medio de solución de conflictos al igual que otros, sin siquiera consagrarlo como derecho fundamental como lo hace la Constitución de Costa Rica?⁽¹⁹⁾ ¿Consideraría aquí el Tribunal Constitucional que esta mutación, producida a través de un proceso de reforma de la Norma Fundamental, altera la naturaleza jurídica de la institución arbitral y deja de someter el proceso arbitral al cumplimiento del orden constitucional como lo ha declarado en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005? ¿Eso beneficiaría al arbitraje?

(18) El artículo 138 del Proyecto de Ley que se está aprobando en el Congreso de la República reza:

“Artículo 138.- La potestad de impartir justicia emana del pueblo y la ejerce el Poder Judicial de conformidad con la Constitución y las leyes. Su unidad y exclusividad es compatible con las funciones que desarrollan el Tribunal Constitucional en materia constitucional y el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral.

Las autoridades de las Comunidades Campesinas, Nativas, Rondas Campesinas y Pueblos Indígenas pueden resolver conflictos, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con el derecho consuetudinario, en tanto se respeten los derechos fundamentales de la persona, de acuerdo al sistema jurídico nacional. La ley establece las formas de coordinación entre la justicia comunal y los tribunales ordinarios y demás instituciones que conforman el sistema de justicia.

Se reconocen el arbitraje y otros modos de solución de conflictos y eliminación de incertidumbres jurídicas de conformidad con la ley. El Estado promueve la participación ciudadana en la resolución de conflictos bajo la conducción de un juez de carrera. La ley establece su forma de su designación y conformación”.

(19) Constitución de Costa Rica:

“Artículo 43°.- Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”.

- (iii) Conviene, me pregunto, que cambiemos drásticamente de criterios constitucionales o resulta más beneficioso –aunque se esté en desacuerdo– seguir la línea jurisprudencial que le da predictibilidad a los procesos arbitrales y, sobretodo, a la forma como los jueces de la República van a interpretar los laudos, sea para ejecutarlos, sea para resolver los recursos de anulación o eventualmente de apelación que se haya previsto, así como los procesos constitucionales cuya pertinencia el Tribunal ha admitido bajo ciertas circunstancias pero necesariamente con posterioridad al laudo?

A pesar de estas interrogantes y de la jurisdiccionalización del arbitraje que la Constitución reconoce y el TC ha admitido, no es inadecuado fomentar una interpretación autónoma del arbitraje, con sus propias reglas y características, las que emanan de la ineludible participación de la voluntad de las partes en el arbitraje y apoyan una advertencia que nos hace Rubio Guerrero: *“La cultura local muestra todavía, después de todos estos años de desarrollo arbitral –o quizá a propósito de este desarrollo–, resistencia a la consolidación de una cultura arbitral en nuestra sociedad. Existen fuertes íconos legales (como la jurisdicción y el proceso civil) que promueven una práctica arbitral sujeta a cánones procesales y sobrecontroles judiciales. Si estos íconos legales ceden a las costumbres arbitrales, viviremos en un mundo arbitral con costumbres arbitrales; en caso contrario, viviremos un modelo arbitral con costumbres judiciales hasta que ese mundo no sea más arbitral. La elección espera en cada arbitraje”*.⁽²⁰⁾

2. INMUNIZACIÓN DEL ARBITRAJE Y CONTROL JURISDICCIONAL POSTERIOR

Improcedencia del amparo contra la decisión arbitral que resuelve la impugnación de competencia del tribunal

Más allá del debate doctrinario planteado –cuya trascendencia nos parece altamente significativa para la interpretación del arbitraje en sede constitucional y en sede judicial– resulta particularmente importante la

⁽²⁰⁾ RUBIO GUERRERO, cit, p. 28.

resolución adoptada por el TC en el Expediente N° 1567-2006 relativa a la improcedencia del proceso de amparo contra resoluciones arbitrales previas al laudo –las llamadas resoluciones interlocutorias–. En esta oportunidad, el colegiado constitucional ha mantenido la clara línea de inmunización del proceso arbitral mientras no se haya emitido el laudo y se haya recurrido a éste mediante los medios impugnatorios que prevé la ley arbitral: el recurso de anulación del laudo y, excepcionalmente, cuando lo hayan pactado las partes, el recurso de apelación.⁽²¹⁾

(21) Ley General de Arbitraje

“Artículo 60.- Recurso de Apelación

Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral.

El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo.

Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación”.

Ley General de Arbitraje.

“Artículo 123.- Condiciones para la procedencia de la anulación del laudo arbitral

Contra lo resuelto en un laudo arbitral internacional dictado dentro del territorio de la República sólo procede interponer recurso de anulación ante la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar el recurso, cuando la parte que interpone la petición pruebe:

- 1. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio 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 las leyes de la República; 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 convenio arbitral o contiene decisiones que exceden los términos del convenio arbitral. 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 podrá anular estas últimas; o*
- 4. Que la composición del tribunal arbitral o del procedimiento arbitral no se han ajustado al convenio entre las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición;*

Para entender este fortalecimiento de la inmunización del proceso arbitral que viene llevando a cabo el TC, tengamos en cuenta que dicho proceso de amparo versó sobre la impugnación de la competencia del tribunal arbitral, por considerar la persona jurídica demandada que las facultades con las que actuó en representación suya el gerente general, no incluían la de comprometerla a resolver las controversias mediante arbitraje. Pues bien, dicha impugnación la llevó a cabo la demandante al interior del proceso arbitral, lo que fue resuelto por el tribunal en cuestión –por mayoría– a favor de declararse competente en aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*;⁽²²⁾ pero también la persona jurídica demandada litigó dicho cuestionamiento a la competencia arbitral por la vía del amparo, bajo el argumento, entre otros, de que se le estaba desviando injustificadamente de la jurisdicción que naturalmente le correspondía (el Poder Judicial) debido a la ineficacia de la cláusula arbitral suscrita por un gerente que, a su juicio, carecía de facultades.

Ante esta situación, que llegó a conocimiento del TC vía la absolución del recurso de agravio constitucional⁽²³⁾ planteado por la demanda

5. *Que la autoridad judicial compruebe:*

- i) *Que, según leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o*
- ii) *Que el laudo es contrario al orden público internacional”.*

(22) Ley General de Arbitraje

“Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia

Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada”.

(23) Código Procesal Constitucional

“Artículo 18.- Recurso de agravio constitucional

Contra la resolución de segundo grado que declara infundada o improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, dentro del plazo

en forma paralela –esto es, mientras el proceso arbitral se encontraba en giro, aunque temporalmente suspendido, en acatamiento provisional de los árbitros de una medida cautelar emitida por un juez– concluyó el Supremo Intérprete, en el Fundamento N° 30, que:

“30. En este escenario se podría estar configurando una vulneración del derecho a la tutela procesal efectiva de la demandante, toda vez que la ausencia de laudo le impide iniciar un proceso en su defensa en sede judicial, situándola en estado de indefensión. Sin embargo, este Colegiado no considera que la suspensión del proceso arbitral, y consiguiente ausencia de laudo, exima a la demandante de transitar la vía previa, ya que es debido a su actuación que no se ha emitido pronunciamiento sobre el fondo de la controversia en sede arbitral. En efecto, la medida cautelar que ordena la suspensión del proceso arbitral fue dictada en el marco de otro proceso constitucional de amparo, a solicitud de la demandante, Exploraciones Algamarca, y de una de sus codemandadas en este proceso, Minera Algamarca.

Sin duda resulta cuestionable la legitimidad de la medida cautelar, que dispuso la suspensión del proceso arbitral seguido por Sulliden Shahuindo contra Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca; no obstante, no cabe emitir un pronunciamiento al respecto por ser distinta la materia controvertida en el caso de autos”.

El respeto al principio *kompetenz-kompetenz*

Fue aún más explícito el Tribunal al considerar que no habiéndose producido el laudo, no se habían agotado las vías previas como lo prevé el inciso 4) del artículo 5 del CPCCon.,⁽²⁴⁾ cuando fundamentó su decisión en los siguientes términos:

de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución. Concedido el recurso, el Presidente de la Sala remite al Tribunal Constitucional el expediente dentro del plazo máximo de tres días, más el término de la distancia, bajo responsabilidad”.

(24) Código Procesal Constitucional
“Artículo 5.- Causales de improcedencia

“28. En el caso de autos el tribunal arbitral es el competente para pronunciarse sobre su propia competencia. Sin embargo, se debe tener en consideración que el principio de la «competencia de la competencia» no trasciende el ámbito de aplicación de la Ley General de Arbitraje, ni genera una zona exenta de control constitucional, pues, como bien se enfatiza en la última parte del fundamento 13 de la sentencia recaída sobre el Exp. 6167-2005-PHC/TC, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (fundamento 8, *supra*) y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

En aplicación del citado Código y, en particular, de la causal de improcedencia contemplada en el artículo 5, inciso 4), no corresponde emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia de este proceso de amparo, pues no se ha agotado la vía previa”.

¿Ha abierto el TC una posibilidad de cuestionar la resolución que resuelve la impugnación de competencia del tribunal arbitral antes de que se emita el laudo?

No cabe duda de que el TC ha reforzado el criterio del amparo como proceso residual⁽²⁵⁾ por lo que solamente cabe recurrir a la juris-

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

4. *No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus.*

(...)”.

(25) Vid. RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger, “Las interpretaciones (subjética y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional Peruano”, en: *Academia Nacional de la Magistratura, materiales de lectura del VII Programa de Formación para el Ascenso (PROFA) - Módulo de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional* (Profesor Principal Jorge Santistevan de Noriega), Lima, 2007, pp. 363-407.

dicción de la libertad una vez que se hayan agotado los recursos impugnatorios que la Ley arbitral prevé y una vez que se haya emitido el laudo correspondiente. Sin embargo, esta clarísima posición del colegio constitucional parece admitir una excepción al control de la constitucionalidad ejercido *ex post* laudo y contra la resolución judicial que resuelve el recurso de anulación –o eventualmente de apelación si así lo previeron las partes–.

Da la impresión de que ante una resolución de un tribunal arbitral que se pronuncie sobre su propia competencia el TC interpreta que el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, habilita a presentar un recurso de anulación contra esa decisión, sin esperar a que se emita el laudo.

No estamos de acuerdo con lo expresado por el Tribunal pues puede abrir una fisura a su firme posición de habilitar el control constitucional de las actuaciones arbitrales únicamente *ex post* laudo. Sin embargo la duda está sembrada en el siguiente fundamento de la sentencia recaída en el Expediente N° 1567-2006:

“33. En consecuencia, para que se habilite la vía del amparo, la demandante debió cuestionar la competencia del tribunal arbitral Sulliden-Algamarca de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje; vale decir, formulando oposición total o parcial al arbitraje cuando presentó su pretensión inicial, tomando en consideración que el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje señala: (...) Contra la decisión de los árbitros [sobre su competencia] no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada” (la negrita es agregada).

Por todas y cada una de las consideraciones expuestas, la demanda de autos es improcedente por falta de agotamiento de la vía previa.

34. No es inútil reiterar la importancia que tiene el cumplimiento de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En ese sentido, resulta coherente que instituciones como la Oficina

de Control de la Magistratura del Poder Judicial haya dispuesto que, bajo responsabilidad funcional, los órganos jurisdiccionales de la República deben dar cabal cumplimiento a los precedentes establecidos por este Colegiado. Es de provecho recordar que, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, “Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

Es pues, necesario, recalcar que los criterios jurisprudenciales establecidos en la sentencia recaída en el Expediente 6167-2005-PHC son de obligatorio cumplimiento, a fin de prevenir posibles e ilegítimas interferencias en el desarrollo de un proceso arbitral”.

- **Improcedencia del amparo contra decisiones arbitrales, mientras no se haya resuelto el recurso de anulación o de apelación a través de una resolución judicial firme.**

No sólo ha exigido el TC el agotamiento de las vías previas⁽²⁶⁾ –consideradas éstas los recursos impugnativos que la LGA prevé– para la procedencia del amparo, sino que también ha aplicado la causal prevista en el inciso 5) del artículo 5 del CPCon.⁽²⁷⁾ para precisar que el

⁽²⁶⁾ La disposición del CPCon. es la siguiente:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

4. No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos por este Código y en el proceso de hábeas corpus;(...)”.

⁽²⁷⁾ La disposición del CPCon. es la siguiente:

“Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

(...)

5. A la presentación de la demanda ha cesado la amenaza o violación de un derecho constitucional o se ha convertido en irreparable”.

amparo sólo será admisible una vez que el Poder Judicial haya absuelto tales recursos y se haya producido una resolución judicial firme.

Esta posición –que contribuye igualmente a la inmunización del arbitraje para habilitar constitucionalmente su control jurisdiccional y constitucional únicamente *a posteriori*– ha sido más claramente establecida en la Sentencia recaída en los Expedientes acumulados N°s 6149 y 6662-2005. En esta oportunidad *inter alia* el Tribunal resolvió el tema de la competencia judicial en lo que llamó el “amparo arbitral” bajo los términos que aparecen a continuación. Cabe advertir que, lo hizo, cuando el tribunal arbitral en el proceso que ha dado lugar a tres sentencias del TC, había emitido el laudo correspondiente –a diferencia de la sentencia comentada en el segmento anterior del presente artículo– lo que constituye un elemento importante a tomar en cuenta en relación a la procedencia del amparo contra decisiones arbitrales.

Así el TC ha previsto en los Fundamentos N° 6 y 10 de la sentencia *in comento*:

“6. El Tribunal reitera, asimismo, que en su jurisprudencia sobre el artículo 51 del Código Procesal Constitucional y, antes, sobre el artículo 29 de la Ley N° 23506 –que también establecía un régimen semejante–, siempre se ha considerado que el régimen de competencia previsto en el segundo párrafo del Código acotado es exclusivo del amparo contra resoluciones judiciales, y que éste no se extiende, por analogía, a ningún otro acto reclamado, incluso si éste último es expedido en procedimientos de naturaleza jurisdiccional (como el amparo electoral) o en otros de naturaleza análoga (como es el caso de los actos dictados por tribunales administrativos o arbitrales).

(...)

“10. Igualmente, el Tribunal advierte que el criterio al que se acaba de hacer mención no es aplicable en aquellos casos en los que el agravio se produce por efecto de un laudo arbitral, puesto que una vez que éste se cuestione mediante los medios impugnatorios previstos en la Ley General del Arbitraje, su resolución corresponde al Juez. Y si «(...) bien el recurso de anulación establecido en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje

Nº 26572 [como también el recurso de apelación, si ese fuera el caso] no constituye, stricto sensu, un nuevo proceso judicial, sino parte integrante y residual del proceso arbitral seguido inicialmente ante el Tribunal Arbitral de Derecho (...),⁽²⁸⁾ también lo es que, en supuestos de esa naturaleza, el amparo no sólo persigue cuestionar el laudo arbitral, sino también la decisión judicial que lo legitima, bajo los alcances del principio de definitividad, insito a la exigencia de contarse con una resolución judicial firme, en los términos del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, como antes se ha advertido”.

- **La doble exigencia del agotamiento de la vía previa y la emisión de una resolución judicial firme**

Razonando más adelante en esta sentencia y sustentándose el TC en la jurisprudencia vinculante emitida en la sentencia recaída en el Expediente Nº 6167-2005-PHC/TC, así como la que se ha comentado al inicio del presente trabajo correspondiente al Expediente Nº 5167-2006-PA/TC, ha dejado establecido lo siguiente:

“78. Respecto de la jurisprudencia referida, este Tribunal ha considerado que el principio de la “competencia de la competencia” encuentra su postulación normativa, aplicable al presente caso, en el artículo 44 de [la Ley General de Arbitraje] (...) que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, y se resalta que la instauración de dicho principio permite evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, sin que lo dicho implique la generación de una zona exenta de control constitucional, pues será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela

⁽²⁸⁾ RTC Nº 0928-2001-AA/TC, fundamento jurídico 3.

procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.⁽²⁹⁾

79. Por otro lado, este Colegiado aprecia que tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer un proceso constitucional, siempre que, de manera previa a la interposición de dicho proceso, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje –Ley N° 26572– prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo.

Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus”. En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45 del citado Código, que dispone: “El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”. Ambos artículos refieren en su texto el concepto “vía previa”, que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta

⁽²⁹⁾ Fundamento jurídico 13 de la STC N° 6167-2005-PHC/TC y fundamento jurídico 28 de la STC N° 1567-2006-PA/TC.

exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.⁽³⁰⁾

80. Siguiendo el hilo de lo expuesto, el Tribunal considera razonable que a través del recurso de anulación previsto en el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje se haya establecido una vía previa cuyo agotamiento se exige como requisito de procedibilidad del proceso de amparo, pues esta exigencia se funda en la independencia jurisdiccional con que cuenta el arbitraje y en la efectiva posibilidad de que, ante la existencia de un acto infractor, este sea cuestionado y corregido de conformidad con los principios y garantías jurisdiccionales consagrados en el artículo 139 de la Constitución; desarrollados para tal efecto por la Ley General de Arbitraje.⁽³¹⁾

81. Visto lo reseñado, el Tribunal Constitucional ha considerado como exigible para la procedencia del amparo constitucional, en los casos precisados, tanto la existencia de un laudo arbitral como el agotamiento de los recursos (recursos de apelación o anulación) que provee la Ley General de Arbitraje”. (énfasis añadido al original)

Ante ello no cabe duda que el TC está considerando solamente admisible el amparo contra decisiones arbitrales en el marco de una doble residualidad:

- (i) cuando se hayan agotado las vías previas impugnatorias previstas en la LGA (lo que supone un laudo emitido y un recurso de anulación o de apelación incoado ante la instancia judicial competente);
- (ii) cuando en sede judicial se haya obtenido una resolución judicial firme, que no es otra que la que absuelve la apelación ante la Corte Suprema de la resolución que emita la Sala Comercial

⁽³⁰⁾ STC N° 01567-2006-PA/TC, fundamentos jurídicos 15 y 16.

⁽³¹⁾ STC N° 01567-2006-PA/TC, fundamento jurídico 19.

Especializada al conocer del recurso de anulación; o, en su caso de apelación;⁽³²⁾ salvo que

- (iii) quepa interpretar que un recurso de casación,⁽³³⁾ presentado contra esta última, le quita la calidad de firmeza a la resolución judicial emitida para habilitar la jurisdicción de la libertad mediante el proceso de amparo que verse sobre el contenido esencial de derechos fundamentales que puedan haber sido lesionados por acto de los árbitros.

A esta conclusión llega en sencillas palabras Rodríguez Angulo:⁽³⁴⁾

“Es posible interponer una acción de amparo en contra de un laudo arbitral, dentro de lo dispuesto por el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, cuando establece que el

(32) La LGA establece:

“Artículo 58.- Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la resolución”.

“Artículo 59.- Los laudos arbitrales son definitivos y contra ellos no procede recurso alguno, salvo los previstos en los artículos 60 y 61. El laudo tiene valor de cosa juzgada y se ejecutará con arreglo a las normas contenidas en el Capítulo Sexto de esta El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo.

Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación”.

“Artículo 61.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia”.

(33) Código Procesal Civil

“Artículo 384.- Fines de la casación

El recurso de casación tiene por fines esenciales la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia”.

(34) RODRÍGUEZ ANGULO, “Las interpretaciones (subjetiva y objetiva) del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional peruano”, cit., p. 394.

amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, esto es, luego de expedido el laudo arbitral de no haber prosperado el recurso de anulación interpuesto contra el mismo”.

Lo que nadie se ha puesto a pensar es la complicación que supone, desde el punto de vista de la ejecución de los laudos arbitrales, que la postergación de ésta se remita a la culminación del proceso impugnatorio ante el Poder Judicial. Esta culminación supondría, cuando menos los siguientes pasos:

- (i) presentación del recurso de anulación o, en su caso de apelación;
- (ii) absolución por la Sala Civil Especializada de la Corte Superior en materia comercial en Lima o por una Sala Civil de provincias si la especialidad no existe;
- (iii) apelación de esta resolución judicial que constituye la primera instancia en la absolución del recurso de anulación o apelación;
- (iv) absolución de la apelación por parte de la Sala Civil de la Corte Suprema de la República;
- (v) presentación de un recurso de casación contra la resolución de segunda instancia del recurso de anulación o apelación;
- (vi) resolución de admisibilidad del recurso de casación por parte de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República; y, finalmente
- (vii) decisión final casando la sentencia apelada (con lo que puede el expediente ser reenviado a las instancias inferiores) o declarando infundada la casación.

Y si se admitiese un amparo después de cumplido el paso (vii) descrito en el párrafo anterior, en el supuesto de que se haya declarado infundada la casación, el litigio a través de este proceso constitucional de la libertad continuaría, cuando menos, cumpliendo las siguientes etapas procesales:

- (viii) presentación de la demanda de amparo;

- (ix) admisibilidad de dicha demanda;
- (x) resolución de primera instancia sobre el fondo de amparo estimando o desestimando la pretensión;
- (xi) apelación de la resolución de primera instancia ante la Sala Civil de la Corte Superior;
- (xii) resolución de la Sala Civil mencionada sobre el fondo del amparo declarando fundada o infundada la demanda; y
- (xiii) recurso de agravio constitucional en caso de resolución desestimatoria de segunda instancia;
- (xiv) sentencia de Tribunal Constitucional absolviendo el recurso de agravio constitucional poniendo fin al proceso de amparo.

¿Puede esperar tanto tiempo la ejecución de un laudo arbitral? Consideramos que es urgente que legislativamente se establezca que el recurso de anulación contra un laudo no impide su inmediata ejecución salvo que el impugnante afiance el monto de lo que ordena el laudo o la suma que el juzgador considere indispensable para desincentivar el uso desmedido del derecho a la impugnación en el marco del repudio constitucional al abuso del derecho que consagra el artículo 103 de la Constitución y de la aplicación del principio general de interdicción de la arbitrariedad que el Tribunal Constitucional ha reconocido reiteradamente como implícito en la Carta Fundamental. Así ha sido recomendado por la Comisión designada por el Ministerio de Justicia para reformar la Ley General de Arbitraje⁽³⁵⁾ y hoy consideramos más urgente que nunca que dicha modificación se haga realidad.

3. ¿BAJO QUÉ CONDICIONES CABE EL AMPARO CONTRA UNA DECISIÓN ARBITRAL POR AFECTACIÓN AL DEBIDO PROCESO?

El otro aspecto que ha sido materia de extenso tratamiento en la segunda de las sentencias de amparo emitidas por el TC (Expedientes acumulados N°s. 6149 y 6662 - 2005) en lo relativo al debido proceso en sede arbitral. Se extiende, como merece el tema, el Tribunal en ex-

⁽³⁵⁾ Diario oficial *El Peruano*, 27 de enero de 2006, Año XXIII - N° 9357, p. 311147.

poner la jurisprudencia que ha desarrollado con relación a este “derecho continente” que está reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución relativo a las garantías jurisdiccionales y que por vía pretoriana –como llaman al desarrollo jurisprudencial en Argentina– nacional e internacional se hace extensivo a todo proceso o procedimiento en el que se resuelvan conflictos de intereses de las personas o incertidumbres jurídicas.

Cabe mencionar al respecto que con anterioridad se han dejado sentir voces a favor de la admisibilidad del amparo contra resoluciones judiciales y contra el propio laudo, como lo ha dejado expresado a título de opinión jurídica el juez peruano Abanto Torres.⁽³⁶⁾ Bajo esta perspectiva, en otras latitudes y en sentido contrario, De Jesús O.⁽³⁷⁾ en Venezuela ha advertido de los errores en los que reposan los criterios de la Sala Constitucional de su país sobre la admisibilidad del amparo constitucional –como lo llaman allá– contra laudos arbitrales. Creemos que la opinión expresada por Abanto Torres ha sido superada por los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

En efecto, el Tribunal, pone sus propios límites a esta vocación expansiva en los Fundamento 38 y siguientes de dicha sentencia admitiendo intensidad distinta en el contenido del debido proceso, en su vertiente procesal, según se trate de una controversia que se ventila en sede judicial o arbitral:

“38. Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, tout court, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia. El Tribunal ha advertido también la existencia de determinados derechos que, perteneciendo al debido proceso judicial, no necesariamente

(36) ABANTO TORRES, Jaime David, “El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, 2006, pp. 190 y ss.

(37) DE JESÚS O., Alfredo, “La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen constitucional del control judicial del laudo en el derecho venezolano”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, 2006, pp. 120 y ss.; DE JESÚS O., Alfredo, “The Impact of Constitutional Law on International Commercial Arbitration”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, N° 21, pp. 69-79.

forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia.

39. Incluso en un mismo ámbito, como puede ser el debido proceso judicial, los derechos que lo conforman varían, según se trate de un proceso penal o de uno civil. Si en el primero, un derecho que integra el debido proceso es el de que no se aplique la ley penal por analogía; en cambio, no sucede lo mismo en el proceso civil, donde el juez no puede excusarse de poner fin a la controversia so pretexto de la inexistencia de una norma jurídica positiva”.

Sobre este marco, siguiendo a Landa Arroyo cabe mencionar que constitucionalmente sería admisible interponer un proceso constitucional de amparo cuando en un proceso arbitral se hayan incumplido los principios constitucionales de tutela judicial y debido proceso “que sean aplicables en la jurisdicción arbitral”.⁽³⁸⁾

¿Habría entonces un parámetro particular aplicable el caso del arbitraje para evaluar en sede constitucional una lesión al debido proceso provocada por una decisión arbitral? El mismo autor establece –en relación con el respeto al debido proceso– que el canon para evaluar si una resolución arbitral fuese regular o irregular exige un análisis particular moduladorio en el caso del arbitraje, si bien sería el mismo que se aplique para una resolución judicial.

Ello supone, a juicio de este autor, que en el caso de un amparo contra una decisión arbitral, el juez constitucional deberá verificar si ésta resulta regular o irregular “*en armonía con el contenido constitucionalmente protegido de todos los derechos fundamentales, tarea que debe ser llevada a cabo modulando la intensidad del control constitucional sobre las resoluciones arbitrales*”, bajo el siguiente criterio interpretativo, que ha sido establecido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3179-2004-AA/TC, de fecha 18 de febrero de 2005 (Caso Apolonia Ccollcca) en el Fundamento N° 23:

⁽³⁸⁾ LANDA ARROYO, “El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, cit., p. 39.

“El canon interpretativo que le permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia”.

¿Cuáles serían las manifestaciones del contenido esencial del derecho al debido proceso en sede arbitral? Éste es precisamente un tema de particular sensibilidad ante la naturaleza jurisdiccional que ha reconocido el TC al arbitraje y el sometimiento que ha hecho de los procesos arbitrales al “orden público constitucional”. Como advertimos en ocasión anterior, este abordaje teórico del arbitraje como jurisdicción tiene el peligro de llevar a extremos que le quiten flexibilidad y discrecionalidad a una modalidad de resolución de controversias en la que prevalece por encima de todo la voluntad de las partes.

De aquí que en su oportunidad hayamos abogado por enmarcar el debido proceso arbitral en sus elementos compositivos esenciales, siguiendo a las más modernas leyes que se han promulgado en España y en Chile, en las que se enuncian como ineludibles los principios de *audiencia, contradicción e igualdad* entre las partes.⁽³⁹⁾

Resulta interesante, en todo caso, que en nuestro medio desde la perspectiva de la Constitución que el propio Landa Arroyo haya hecho un valioso intento por reconocer algunas manifestaciones mínimas del contenido esencial del debido proceso arbitral tomando en consideración, de manera enunciativa, los siguientes elementos: (i) el acceso a la jurisdicción arbitral; (ii) el derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o un tribunal imparcial; (iii) el derecho a la igualdad sustancial del proceso; (iv) el derecho de defensa; (v) el derecho a probar; (vi) el derecho a una adecuada motivación de las resoluciones judiciales; y (vii) el derecho a la ejecución de los laudos arbitrales.

¿Hay diferencias sustantivas entre el enfoque arbitralista consagrado en el derecho comparado y el constitucionalista expresado por

⁽³⁹⁾ Vid. SANTISTEVAN DE NORIEGA, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, cit., pp. 56-57.

tan distinguido representante de la doctrina nacional? No lo creemos pues el derecho al *acceso* al arbitraje queda subsumido en el principio de audiencia, el derecho *a probar*, a obtener resoluciones debidamente *motivadas* y el derecho de *defensa* resultan consustanciales al principio de contradicción y el derecho a la *igualdad* está concebido como insustituible por ambas perspectivas. Lo que es nuevo, a nuestro juicio y constituye un valioso aporte, es el derecho a la *ejecución de los laudos* arbitrales que –salvo que las partes lo deleguen expresamente en el árbitro único, en el Tribunal arbitral o en Centro de Arbitraje que organiza un determinado proceso,⁽⁴⁰⁾ lo que ocurre con mayor frecuencia de lo que pueda suponerse– es un derecho que resulta oponible a la justicia común y no precisamente al tribunal arbitral o al árbitro único.

4. EL PROBLEMA DE LA RECUSACIÓN DEL TRIBUNAL EN PLENO EN EL MARCO DEL DERECHO AL JUEZ IMPARCIAL QUE FORMA PARTE DEL DEBIDO PROCESO ¿LAGUNA DE LA LEY O EXCESO DEL TC?

Otro de los temas debatidos en la sentencia recaída en los Expedientes acumulados N° 6149 y 6662-2006-PA/TC es el relativo a la recusación del tribunal arbitral en pleno formulada por una de las partes y sustentada en los mismos hechos para cada uno de los miembros del Tribunal. En el caso materia del pronunciamiento, en efecto, un árbitro fue objeto de recusación por una de las partes, la que fue resuelta por los otros dos miembros del tribunal arbitral declarándola infundada. Como consecuencia de dicha desestimación –y a continuación de ella–, la parte perdedora planteó la recusación en pleno

(40) El artículo pertinente de la LGA reza:

“Artículo 83.- El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio”.

del tribunal (Fundamento N° 69 de la sentencia antes citada) amparándose en los mismos hechos, esto es en la pretendida falta de imparcialidad de los dos árbitros que resolvieron la recusación planteada contra el primero de ellos.

En los hechos, los árbitros resolvieron la recusación del tribunal en pleno, al interior del proceso arbitral, en aplicación del artículo 31 de la LGA que permite que la recusación la resuelva el tribunal “sin el voto del recusado” (Fundamentos N°s. 63, 64 y 65 de la referida sentencia), sin perjuicio de la atribución que le fue expresamente concedida en las reglas de arbitraje aprobadas en la Audiencia de Instalación del Tribunal. El resultado obtenido después de seguir este procedimiento –previsto en el artículo 31 antes mencionado– fue que se desestimó individualmente (“sin el voto del recusado”, como lo pide la ley) la recusación planteada mediante sendas resoluciones debidamente motivadas y suscritas por los dos árbitros no concernidos con el caso.

¿Constituyó ello una violación al derecho a que un juez imparcial absuelva la recusación del pleno del Tribunal y, si fuera el caso, constituye ello una lesión al contenido constitucionalmente protegido del debido proceso?

Antes de responder a la luz de lo resuelto por el TC conviene mencionar que el tema ha sido tratado doctrinariamente por Castillo Freyre quien desarrolla toda su argumentación a favor de la supuesta lesión al derecho al juez imparcial en la doctrina de la laguna del derecho producida por la omisión al tratamiento del caso concreto (recusación del pleno del tribunal por los mismos hechos) en la LGA y en especial en el artículo 31 de este cuerpo de leyes. Propone este autor que, aplicando las reglas de la integración, dicha laguna debió ser llenada por analogía con la otra figura prevista en el ya mencionado artículo que dispone que si la recusación es contra el árbitro único, el llamado a resolverla es el juez de primera instancia en lo civil. En otras palabras, para Castillo Freyre,⁽⁴¹⁾ recusar al tribunal en pleno se asimila a recusar al árbitro único aplicando la siguiente línea argumentativa:

(41) CASTILLO FREYRE, cit. pp. 169-183.

“De lo expuesto, se concluye que el problema que se produce como consecuencia del supuesto de hecho no contemplado por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, debe ser resuelto a través del método de integración por analogía a priori en la medida en que la producción, interpretación y aplicación de las normas procesales, así como del conjunto normativo general, debe hacerse pues a la luz del proceso justo (o debido proceso), de los demás derechos fundamentales, y de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, debiendo prevalecer en caso de duda o conflicto, la interpretación, integración o aplicación que dote de mayor valor viabilidad y vigor al proceso justo como a los demás derechos fundamentales”.⁽⁴²⁾ (Subrayado en el original respetado. Las cursivas del original se han sustituido por negritas).

Sin embargo, por muy bien sustentada que parezca la conclusión de Castillo Freyre, está basada en un enfoque típicamente procesalista del arbitraje que no resulta natural en una sede arbitral. Y es que con Rubio Guerrero⁽⁴³⁾ hay que reconocer que:

“Las reglas del arbitraje constituyen otro de los factores elementales para la funcionalidad del arbitraje; son instrumentos que deben servir para encauzar la actuación de las partes y las actuaciones de los árbitros. No pueden entorpecer el desarrollo del arbitraje y no pueden perjudicar la discusión del fondo de la controversia. Por eso es importante escoger y diseñar unas reglas eficientes que sean flexibles a la autonomía de la voluntad de las partes y a la discrecionalidad de los árbitros”.

Recuérdese que fue precisamente conforme a reglas del arbitraje que facultaban al Tribunal para resolver cualquier controversia que se le fuese planteada en relación al proceso, previniendo precisamente la remisión de ésta al Poder Judicial, que el Tribunal decidió la recusación plena. Lo hizo además cumpliendo con la prohibición de la ley de contar

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, pp. 181-182.

⁽⁴³⁾ RUBIO GUERRERO, cit., p. 17.

“con el voto del recusado”, por lo que desde una perspectiva arbitral el procedimiento seguido por los árbitros resultaría conforme a ley y respetuoso de los derechos fundamentales de las partes. Y es que la discrecionalidad con la que trabajan los árbitros forma parte esencial de la relación de confianza que se genera en el arbitraje que, como suele decirse, constituye el reino de las partes.

El propio Rubio Guerrero lo señala:

“La discrecionalidad de los árbitros es otro de los factores en juego en la dinámica de un arbitraje y que encuentra diversos ámbitos de actuación en el desarrollo del proceso. Así, los árbitros cuentan con discrecionalidad para fijar reglas del proceso, para conducir el proceso, para resolver sobre su propia competencia, para resolver ante los vacíos de la ley y de las reglas (como lo hizo el tribunal en este caso de recusación en pleno), para interpretar la ley arbitral, para interpretar, modificar o flexibilizar las reglas, para valorar los medios probatorios y para fijar los honorarios y gastos arbitrales”. (El texto entre paréntesis es añadido).

Así es el arbitraje: más flexible, más discrecional que un proceso ante el Poder Judicial, más orientado a solucionar la controversia que a cumplir con la literalidad de la ley. Ello no supone que no tenga límites, pero exige admitir que contiene menos *forceps* procesales, una de cuyas características es tratar de resolver todo al interior del proceso arbitral que, por cierto, está sujeto al control de legalidad posterior. Será entonces el control judicial *a posteriori* lo que dará a un juez capacidad de definir jurídicamente si se ha afectado el derecho de defensa en un caso como el planteado: la recusación *in toto* del tribunal arbitral, seguida de una resolución que desestimó la recusación de uno de sus miembros.

En la doctrina arbitral se ha dejado sentado

“El tratamiento y la solución de un problema puede ser distinto en materia procesal civil y en materia arbitral, como, por ejemplo, en el caso de la intervención de terceros, la rebeldía o la acumulación, de manera que para situaciones arbitrales es conveniente encontrar soluciones en el campo arbitral desde

la literatura y los principios, hasta los usos y costumbres en la materia. La doctrina y la práctica arbitral tienen un desarrollo propio y especializado que es necesario usar como fuente en los arbitrajes; resulta un contrasentido resolver situaciones arbitrales con fuentes procesales, de la misma manera como resulta un contrasentido resolver situaciones procesales con fuentes arbitrales.

Los árbitros tienen entonces absoluta discreción para resolver los vacíos o las deficiencias de la ley o de las reglas arbitrales recurriendo a fuentes arbitrales, aunque no haya una previsión expresa en las reglas. Es recomendable, sin embargo, incorporar una regla que de manera clara reconozca esta prerrogativa de los árbitros (como según se desprende de la lectura de la sentencia in comento ocurrió) y que sirva también de referencia para que las partes adecuen sus actuaciones a los estándares arbitrales”.⁽⁴⁴⁾ (Texto entre paréntesis añadido al original).

Creemos lícito e ilustrativo recurrir a la solución que brinda la legislación comparada sobre esta materia. En efecto, de conformidad con la novísima ley arbitral de la Península, no hay laguna ni omisión sino solución expresa dentro del marco arbitral o no judicial al que en la ley española se recurre solamente *in extremis*.

Señala la exposición de motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de dicho año:

“Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral. En su defecto, se establece que sean el árbitro o los árbitros quienes decidan sobre la recusación, sin perjuicio de poder hacer valer los motivos de recusación como causa de anulación del laudo. La posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación tendría, sin

⁽⁴⁴⁾ *Ibidem*, p. 28.

duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad. Se estima que serán mucho menos frecuentes los supuestos en que una recusación será indebidamente desestimada y dará lugar a la nulidad de todo el procedimiento arbitral que los casos en que se formularían pretensiones inmediatas ante la autoridad judicial con la finalidad de dilatar el procedimiento”.⁽⁴⁵⁾

Desarrollando el concepto de la recurrencia al Poder Judicial únicamente *in extremis*, la Ley 20/2003 citada prevé, al regular el procedimiento arbitral, que si el tema recusatorio llegase a manos de los jueces, sólo puede hacerlo en el marco de un recurso de anulación y de conformidad con las causales taxativas previstas para ello. No hay laguna entonces en la ley española y nosotros creemos que en la ley peruana tampoco pues conforme al artículo 73 de la LGA cabría resolver sobre la anulación del laudo por afectación al derecho de defensa de conformidad con la causal prevista en el inciso 2) de dicho artículo.⁽⁴⁶⁾

La solución española, que es precisa y puntual, vale la pena tomarla en cuenta textualmente:⁽⁴⁷⁾

“Artículo 18. Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.

⁽⁴⁵⁾ <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>.

⁽⁴⁶⁾ Ley General de Arbitraje

Artículo 73.-

“El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

(...)

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, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente”.

⁽⁴⁷⁾ *Loc. cit.*

2. *A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. Amenos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.*

3. *Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo*” (Énfasis añadido al original).

¿Cómo ha decidido resolver finalmente el tema de la recusación en pleno del tribunal arbitral el TC? No lo hace directamente sino que lo remite a la decisión que vaya a tomar el Poder Judicial al conocer el recurso de anulación que las partes puedan presentar contra el laudo, pero como cuestión previa. Admite que podrán hacerlo al amparo del artículo 73.2 de la LGA (que les permite alegar que puede haberse *perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa*) y en su Fundamento N° 86 considera que esta disposición debe ser aplicada en sede judicial.

Lo que resulta sorprendente es que el TC instruya a los jueces que han de conocer el recurso de anulación del laudo –que el colegiado constitucional admite pueden plantear las partes– para tratar el tema “*como cuestión previa al análisis de validez del laudo*”. A nuestro juicio esta instrucción constituye un exceso pues la ley arbitral no prevé cuestiones previas y no encontramos razón para que el TC imponga una de ellas por vía interpretativa.⁽⁴⁸⁾

(48) El TC en este numeral resolutivo se expresa de la siguiente manera:

“3. Ordenar a la Corte Superior de Justicia de Lima que disponga que la Sala competente que reconoce del recurso de anulación interpuesto ajuste su actuación a lo dispuesto en el fundamento 87 de la presente sentencia”.

Este ha sido el Fundamento al que remite expresamente el numeral N° 3 de la parte resolutive de la Sentencia del TC recaída en el expediente *in comento*, que merece nuestra crítica respetuosa:

“87. En consecuencia, a la luz de la jurisprudencia emitida por este Tribunal y a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje, y con el propósito de administrar justicia aun cuando se esté frente a un vacío o deficiencia de la ley, sin que ello signifique actuar contra constituciones o contra legem, este Colegiado dispone que la Sala ante la cual se hubiera interpuesto el correspondiente recurso de anulación, resuelva, como cuestión previa al análisis de la validez del laudo, si la interpretación del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje realizada por el Tribunal Arbitral Sulliden-Algamarca –que tuvo como consecuencia la emisión de las resoluciones N°s 106, 108, 109, 110, 112, 114, 115, 116, 121, 124 y 125–, vulnera el derecho a un juez imparcial y, concomitantemente, lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aplicable al caso conforme lo establece la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución Política del Perú, en perjuicio de la Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. Asimismo, de ser el caso, la Sala habrá de determinar cuál es el órgano competente para resolver la recusación planteada, siempre como cuestión previa al análisis de validez del laudo. Este Colegiado considera que sólo así, una vez agotados los efectos de la cuestión previa aludida, quedará despejado el camino para la expedición de un pronunciamiento definitivo sobre la validez o invalidez del laudo arbitral, a propósito de la resolución del recurso de anulación”.

Es verdad, hay que reconocerlo, que el TC al remitir la dilucidación de la recusación en pleno del tribunal arbitral a la sede judicial que conozca del recurso de anulación del laudo ha señalado un punto importante que deberán considerar los jueces del Poder Judicial. Ha dejado establecido que deberá tratarse el tema en el marco del rrepudio constitucional del abuso del derecho, consagrado en el artículo 103 de la

Carta Fundamental, en el cual se enraíza el principio de interdicción de la arbitrariedad que, a nuestro juicio, alcanza las relaciones entre privados en las que se desarrolla el arbitraje:

“88. En este punto, es importante precisar que, al momento de evaluar una solicitud de recusación interpuesta contra todos los miembros de un tribunal arbitral, se debe tener en consideración que se trata de un supuesto excepcional, cuya procedencia –de conformidad con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú– no puede ampararse en el ejercicio abusivo del derecho fundamental al debido proceso, en tanto que los derechos fundamentales no son absolutos sino relativos y, por eso mismo, admiten límites razonables en su ejercicio, el mismo que debe desarrollarse de conformidad con la Constitución.

En tal sentido, este Colegiado estima que no resulta razonable admitir la procedencia de solicitudes de recusación que se sustenten únicamente en las decisiones adoptadas por el Tribunal Arbitral durante el transcurso del procedimiento arbitral, puesto que con ello se incorporaría un mecanismo no previsto en la Ley General de Arbitraje. Más aún, se estaría abriendo un cauce irrazonable y desproporcionado para cuestionar la imparcialidad del tribunal arbitral cuando éste, en ejercicio legítimo de sus atribuciones, adopte decisiones que no concuerden con el parecer de alguna de las partes”.

No contento con ello, el TC formula una exhortación al Congreso de la República para que, según lo establece en el Fundamento N° 89, dicte una norma que permita cubrir definitivamente la supuesta laguna advertida en el artículo 31 de la LGA. Esta exhortación confirma lo pertinente de la advertencia formulada por Rubio Guerrero⁽⁴⁹⁾ de que el reconocimiento de la discrecionalidad de los árbitros para resolver toda situación jurídica suscitada e inclusive llenar lagunas con reglas propias e inclusive usos y costumbres arbitrales, tiene todavía en el Perú mucho camino por recorrer.

(49) Vid. RUBIO GUERRERO, cit., p. 28.

5. EL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN SEDE ARBITRAL

Tradicionalmente se ha considerado que la facultad de ejercer el control difuso de la constitucionalidad de las normas con rango de ley para inaplicarlas y preferir directamente los preceptos de la Constitución ha sido una prerrogativa de los jueces del Poder Judicial. No solamente ello, hemos escrito en el sentido de que, ni siquiera por virtud del precedente vinculante establecido por el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC era concebible el ejercicio del control difuso en sede arbitral.⁽⁵⁰⁾

Sin embargo, las cosas vienen cambiando. El propio Tribunal Constitucional que fue anunciando la posibilidad de que se aplicase el control difuso en sede administrativa, ha establecido –mediante precedente de observancia obligatoria en la sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC (Caso Ramón Salazar Yarlénque)– que corresponde que lo hagan los tribunales administrativos o los órganos colegiados que administren justicia administrativa a nivel nacional, bajo las siguientes reglas:

“50. Hechas estas precisiones conceptuales, el Tribunal considera que, sobre la base de lo expuesto, en el presente caso, las reglas de derecho que se desprenden directamente del caso pueden ser resumidas en los siguientes términos:

A) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante cuando se estime una demanda por violación o amenaza de un derecho fundamental, a consecuencia de la aplicación directa de una disposición por parte de la administración pública, no obstante ser manifiesta su contravención a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI

⁽⁵⁰⁾ Vid. SANTISTEVAN DE NORIEGA, “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, cit., p. 37.

del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), y que resulte, por ende, vulneratoria de los valores y principios constitucionales, así como de los derechos fundamentales de los administrados.

Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38., 51. y 138. de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

B) Regla procesal: El Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad jurídica para establecer, a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, un precedente vinculante, a consecuencia de la aplicación directa de una norma o cuando se impugnen determinados actos de la administración pública que resulten, a juicio del Tribunal Constitucional, contrarios a la Constitución y que afecten no solo al recurrente, sino también, por sus efectos generales, o por ser una práctica generalizada de la administración pública, a un grupo amplio de personas.

Regla sustancial: Todo cobro que se haya establecido al interior de un procedimiento administrativo, como condición o requisito previo a la impugnación de un acto de la propia administración pública, es contrario a los derechos constitucionales al debido proceso, de petición y de acceso a la tutela jurisdiccional y, por tanto, las normas que lo autorizan son nulas y no pueden exigirse a partir de la publicación de la presente sentencia”.

A ello ha añadido, vía absolució de un recurso de aclaración, lo que a continuación aparece:

«4. Que, si bien los funcionarios de la administración pública se encuentran sometidos al principio de legalidad, ello no es incompatible con lo que se ha señalado en el fundamento 50 de la sentencia N.º 3741-2004-AA/TC, esto es, que “(...) [t]odo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (...)”. Precisamente con respecto a este extremo de la sentencia mencionada, el Tribunal Constitucional estima necesario precisar que los tribunales administrativos u órganos colegiados a los que se hace referencia en dicho fundamento son aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados».

«7. Que el ejercicio del control difuso administrativo se realiza a pedido de parte; en este supuesto, los tribunales administrativos u órganos colegiados antes aludidos están facultados para evaluar la procedencia de la solicitud, con criterios objetivos y razonables, siempre que se trate de otorgar mayor protección constitucional a los derechos fundamentales de los administrados. En aquellos casos en los que adviertan que dichas solicitudes responden a fines manifiestamente obstruccionistas o ilegítimos, pueden establecerse e imponerse sanciones de acuerdo a ley. Excepcionalmente, el control difuso procede de oficio cuando se trate de la aplicación de una disposición que vaya en contra de la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional, de conformidad con el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; o cuando la aplicación de una disposición contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional establecido de acuerdo con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

8. Que los tribunales administrativos y los órganos colegiados de la administración pública que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional no pueden dejar de aplicar una ley o reglamento cuya constitucionalidad haya sido confirmada

en procesos constitucionales, ni tampoco aplicar a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en un caso concreto, los efectos jurídicos de una ley o reglamento que haya sido declarado inconstitucional en dichos procesos, de conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional».

¿Cabe entonces admitir que los árbitros ejerzan el control difuso? Dado el precedente vinculante establecido y el desarrollo de la doctrina nacional a la que a la iniciativa de Rivarola, se sumó Hundskopf Exebio y recientemente Landa Arroyo, es indudable que en situaciones como las descritas para los tribunales administrativos un tribunal arbitral podrá y deberá aplicar el control difuso. Nuevamente estamos ante un desarrollo de la práctica arbitral distante de los temas propiamente arbitrales que, por tratar asuntos disponibles y buscar la eficacia de una justicia célere, no suele entrar en disquisiciones constitucionales. Pero también es verdad que las partes, en el Perú, lo alegan y lo solicitan por lo que conforme a la evolución reciente de la interpretación constitucional debe reconocerse la facultad de los árbitros para aplicar, *mutatis mutandi*, reglas similares a las que el TC ha determinado para el ejercicio del control difuso en sede administrativa.

Este cambio, para quienes de partida fuimos reacios a admitir el control difuso en manos arbitrales, obliga sin duda a manejar el tema con prudencia y responsabilidad, como corresponde a quienes ejercen función arbitral por mandato de las partes que los escogen. Y supone, a nuestro juicio, que ello ha de regirse directamente por el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución y el artículo VI del CPCon. sin relación alguna con los dispositivos que al efecto ha previsto la LOPJ, consistente en una consulta previa a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, pues esta ley orgánica rige la conducta de los jueces y no de los árbitros.

6. CONCLUSIONES Y COMENTARIO FINAL

1. La conceptualización del arbitraje como *jurisdicción de excepción regida por la voluntad de las partes* que fue consagrada en el precedente vinculante establecido por el TC en la Sentencia recaída en

el Expediente N° 6167-2005 -PHC/TC, ha sido mantenida y enriquecida por las dos sentencias posteriores que este colegiado a dictado en materia arbitral, las recaídas en el Expediente N° 2557-2006-PA/TC (Caso Compañía de Exploraciones Algamarca), de fecha 30 de abril de 2006, y la recaída en los expedientes acumulados N°s 7149 y 6662-2006-PA/TC (Caso Minera Sulliden Shahuindo SAC y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A);

2. Sobre la base de dicha conceptualización –que le ha permitido al TC ubicar la *sede arbitral en el marco del principio de unidad de la jurisdicción previsto en el artículo 139.1 de la Carta Fundamental, así como en el del artículo 139.2 que le otorga el carácter de exclusividad*– el TC ha establecido –sin nombrarlo– un *sistema de inmunización del arbitraje* frente a interferencias exteriores mientras no se haya emitido el laudo arbitral, sea que éstas vengan de jueces del Poder Judicial o de autoridades de otra índole;
3. *Expresión de dicha inmunización* son las sentencias en las que el TC ha declarado *improcedente el “amparo contra toda decisión arbitral previa al laudo que ponga fin al arbitraje*. Considera el Tribunal que *la propia LGA contiene recursos impugnatorios para hacer valer el respeto a los derechos fundamentales en sede arbitral o eventualmente a través del control judicial ex post* previsto como resultado de los recursos de anulación o apelación al Poder Judicial que la ley franquea y que las partes utilizan en defensa de sus derechos, con mayor frecuencia en el caso del recurso de anulación;
4. *Para la procedencia de un amparo contra la actuación de los árbitros* –al que el TC se refiere como “amparo arbitral”– el TC, en las sentencias *in comento*, ha señalado que se requiere una doble residualidad o un doble requisito:
 - (i) *que se agoten previamente las vías impugnatorias contra el laudo arbitral que franquea la LGA (recurso de anulación y, cuando lo hayan pactado las partes, recurso de apelación al Poder Judicial); y, además,*
 - (ii) *que el pronunciamiento del Poder Judicial esté contenido en una resolución judicial firme.*

(iii) *Ello es así en vista de que el TC aplica al arbitraje las dos causales de improcedencia del amparo previstas en el artículo 5° del CPCon., a saber el agotamiento de la vía previa (inciso 4 del mencionado artículo) y, además, que se cuestione una resolución firme dictada con relación a un laudo arbitral con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva a que se contrae el artículo 4° del mencionado cuerpo de leyes;*

5. Lo anterior supone que, en rigor, *el TC no admite amparo contra ninguna resolución interlocutoria emitida en un proceso arbitral (efecto inmunizador del proceso durante todo el período previo al laudo), ni tampoco contra el propio laudo arbitral* pues exige el agotamiento de la vía previa y/o de la vía idónea, constituida ésta por los recursos impugnativos que la LGA franquea;
6. En lo sustancial del debido proceso, se debate constantemente sobre el contenido de este “derecho continente” en sede arbitral y sobre las diferencias que éste tiene con el debido proceso en sede judicial. Así, la legislación comparada consagra como contenido mínimo del debido proceso los principios de igualdad, contradicción y audiencia. Las sentencias del TC del Perú también admiten una posición moduladora del debido proceso en función de las características del arbitraje, siempre bajo los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que la interpretación constitucional exige. En este contexto, resulta especialmente relevante que se haya adelantado doctrinariamente que el contenido mínimo del debido proceso arbitral debe incorporar los siguientes elementos: (i) el acceso a la jurisdicción arbitral; (ii) el derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o un tribunal imparcial; (iii) el derecho a la igualdad sustancial del proceso; (iv) el derecho de defensa; (v) el derecho a probar; (vi) el derecho a una adecuada motivación de las resoluciones judiciales; y (vii) el derecho a la ejecución de los laudos arbitrales.
7. El TC ha concluido que *sólo es admisible el amparo contra una resolución judicial firme que se haya pronunciado como resultado de la vía impugnativa que haya elegido la parte o haya sido prevista en el contrato arbitral*. Esto deja sentados dos supuestos únicamente:

- (i) o cabe el amparo contra la resolución de la Sala Civil de la Corte Suprema que resuelve el recurso de apelación planteado contra la sentencia que absuelve el recurso de anulación o de apelación que haya planteado alguna de las partes;
 - (ii) o, en todo caso, si esta última es todavía objeto de recurso de casación, cabe el amparo únicamente frente a la decisión de la Sala Civil de la Corte Suprema que resuelva en última y definitiva instancia el recurso de casación que se constituye en resolución judicial firme conforme al artículo 4 del CPCon.
8. Lo resuelto por el Tribunal Constitucional –si bien fortalece la inmunización del arbitraje– puede tener efectos nefastos para la ejecución de los laudos arbitrales que –como se ha dejado señalado– constituye un elemento mínimo del debido proceso arbitral. En efecto, bajo los parámetros establecidos por el TC los laudos que fuesen impugnados ante el Poder Judicial tendrían que esperar para ser ejecutados no solamente la absolución del recurso de casación sino la resolución que tome un juez constitucional sobre la improcedencia del amparo (lo que es apelable y de ser desestimada ésta, objeto de recurso de agravio constitucional ante el TC) o la resolución sobre el fondo del amparo. Tal dilación, en términos de derechos disponibles, asuntos comerciales y de inversiones, así como en temas propios del arbitraje, resulta contraria a los objetivos buscados por una justicia privada en la que las partes tienen una participación decisiva y buscan la más rápida resolución del conflicto. Este punto específicamente merece una mayor elaboración conducente a propuestas legales que garanticen que los recursos impugnatorios contra el laudo no detienen su ejecución –salvo afianzamiento del vencido– para evitar el abuso del derecho proscrito por el artículo 103 de la Constitución y hacer cumplir el principio de interdicción de la arbitrariedad que, a nuestro juicio, es aplicable también a las relaciones *inter privatos*;
9. La cuestión de la recusación del tribunal en pleno por los mismos hechos resuelta en un proceso arbitral sobre la base del artículo 31 de la LGA (esto es por los propios árbitros “sin el voto del recusado”), de conformidad con las reglas del propio arbitraje y con la

práctica común del arbitraje en esta materia– no ha merecido un pronunciamiento de fondo del TC. En efecto este colegiado *ha declarado que es improcedente un amparo destinado a proteger el derecho a un juez imparcial con relación al tema, debido a que está en manos del peticionante y a su entera disposición el recurso de anulación* para que en sede judicial se resuelva si hubo o no violación al derecho al debido proceso. Este dilema, en sede arbitral, se puede traducir en una *manifiesta afectación del derecho de defensa que habilita el recurso de anulación* del laudo como lo prevén los artículos 61 y 73.2 de la LGA;

10. No obstante lo anterior, las sentencias del TC que se comentan en el presente artículo llaman la atención en cuando a *dos extremos sensibles* que, a nuestro juicio, van innecesariamente más allá de lo previsto en la LGA y de lo que enseña el Derecho Comparado:
 - a. En primer lugar, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 1567-2006-PA/TC el colegiado da a entender que *habría una excepción a la inmunización del arbitraje* que, repetimos, impide la intervención del Poder Judicial antes de que se haya emitido el laudo, consistente en un recurso de anulación, que procedería en contra de la decisión que tome un tribunal arbitral sobre su propia competencia en ejercicio del principio *kompetenz-kompetenz* cuya relevancia el TC ha ponderado en las tres sentencias en las que ha tratado temas arbitrales. En rigor, ello importaría una excepción a la inmunización del arbitraje que no admite sino el control judicial *ex post laudo*; pero además *significaría la creación de una causal de anulación de resolución arbitral (que no sea el laudo) que el TC se ha esmerado tanto en excluir.*
 - b. Lo grave es que *en la práctica puede llevar a erosionar el principio cardinal de kompetenz-kompetenz* pues toda decisión que tome un tribunal aplicándolo sería directamente recurrible ante el Poder Judicial. Y el efecto contrario que ello podría producir es que, en prevención de la recurrencia a destiempo al control judicial, los tribunales arbitrales van a tender a resolver todo cuestionamiento de su competencia con el laudo, lo que también puede ser perjudicial pues pro-

longaría los procesos y llevaría a agotar la etapa probatoria y provocar un laudo en circunstancias en que esto último no sería necesario; y

- c. En segundo lugar, en el caso de la *recusación en pleno del Tribunal* que ha sido resuelta por los árbitros al interior del arbitraje sin el voto del recusado, como lo exige la LGA en su artículo 31 y lo autorizan tanto las reglas del arbitraje como la flexibilidad y discrecionalidad que lo caracteriza, así como la costumbre y las prácticas arbitrales y las lecciones del Derecho Comparado, *la decisión del TC de derivar la resolución al Poder Judicial es la correcta*. En materia sustantiva se condice con las disposiciones sobre recusación de la Ley 23/2003 de España sobre arbitraje.
- d. *No es correcta, sin embargo*, la conclusión del Tribunal de que se trata de una laguna de la LGA, ni menos lo es la disposición que ha tomado el colegiado constitucional de *exigir que ello sea resuelto como “cuestión previa”* a la consideración que le va a merecer a los jueces del Poder Judicial el laudo, puesto que tampoco en las reglas arbitrales existe la institución de esta cuestión previa.
- e. Consideramos que *el TC ha debido simplemente derivar el tema a los jueces del PJ, sin referencia a cuestión previa alguna*, para que se resuelva a la luz de las reglas de absolución del recurso de anulación en sede judicial, que es donde finalmente está radicada la controversia jurídica sobre éste y los otros temas que han sido materia de dicho recurso.
- f. En este último contexto *serán los jueces del Poder Judicial los que determinen si ello da lugar o no a la anulación del laudo arbitral y si, por la causal de afectación de derecho de defensa prevista en el artículo 73.2 de dicho cuerpo de leyes el caso debe retornar a sede arbitral para que se resuelva sin el vicio que eventualmente pudiesen haber encontrado* estos jueces: o si, alternativamente, los jueces del Poder Judicial ingresan a ver la causal de anulación y resuelven la impugnación a la competencia del tribunal arbitral por ineficacia del convenio

arbitral que habría suscrito un gerente general sin supuestos suficientes poderes; y

10. Dadas nuevas interpretaciones ampliatorias de la facultad de ejercicio de *control difuso* de la constitucionalidad de las normas con rango de ley, para preferir la aplicación directa de los preceptos constitucionales, demandas del Tribunal Constitucional y los pronunciamientos de la doctrina nacional al respecto, es del caso sumarse a la corriente que admite que *los árbitros gozan también de la misma atribución que los tribunales administrativos y que los órganos colegiados de nivel nacional que aplican justicia administrativa*. A tal efecto, serían a nuestro juicio relevantes *mutatis mutandi* reglas que el TC ha establecido como precedente de observancia obligatoria en la Sentencia recaída en el Expediente N° 3741-2004-AA/TC, y en la aclaración que al efecto el colegiado constitucional ha emitido. ▲

 CARLOS RUSKA MAGUIÑA(*)

Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Por qué las partes pactan el arbitraje. 3. La partida de nacimiento del arbitraje: el convenio arbitral. 4. Cuidado con las cláusulas patológicas. 5. Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo busca advertir que la causa de algunos de los problemas que se presentan en el arbitraje tiene su origen en las denominadas “cláusulas patológicas”, es decir aquellas cláusulas arbitrales con contenido ambiguo, contradictorio o simplemente poco claro, que traen como consecuencia dificultades en la oportunidad en que, surgido el conflicto, alguna de las partes pretende iniciar el procedimiento arbitral. Para ello se analizan las razones por las que las partes pactan el arbitraje; se hace una breve referencia al convenio arbitral y sus elementos esenciales y; finalmente se presentan algunos supuestos de “cláusulas patológicas” mediante el análisis de un caso concreto.

2. POR QUÉ LAS PARTES PACTAN EL ARBITRAJE

Son varias las razones que llevan a las partes a pactar el arbitraje, una de ellas es sin lugar a dudas el no tener que acudir al Poder Judicial

(*) Presidente del Consejo Directivo de MARC PERU. Profesor del curso Conciliación, Mediación y Arbitraje en la Universidad de Ciencias Aplicadas - UPC.

a fin de resolver los conflictos que tienen o pudieran tener en el futuro, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, que es considerada por la Ley General de Arbitraje, en adelante la LGA, como materia arbitrable.⁽¹⁾ Su elección como mecanismo alternativo de solución de conflictos reviste importancia sobre todo en las operaciones de comercio internacional, en las que tal solución resulta impensable por una vía distinta al arbitraje, convirtiéndose a decir de Cantuarias y Aramburú en “(...) la vía inevitable por la que tienen que discurrir los conflictos que se generen del intercambio comercial internacional (...)”.⁽²⁾

Al pactar el arbitraje las partes quieren evitar los largos, impredecibles y costosos procesos seguidos ante el Poder Judicial, institución que se encuentra en estado de crisis permanente debido a razones por todos conocidas y respecto de las cuales hemos hecho muy poco hasta el momento para afrontarlas y solucionarlas, lo que ha llevado a dicho poder del Estado a convertirse en un verdadero sistema de formalización de la injusticia; esa parece ser al menos la percepción de la población, a decir de los resultados de la generalidad de las encuestas sobre el tema elaboradas en el Perú durante la última década.

(1) Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572. Artículo 1.- Disposición general.- *Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:*

1. *Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.*
2. *Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.*
3. *Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.*
4. *Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público*

(2) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando / ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas*, Edit. Fundación J. M. Bustamante, Lima, 1994, p. 61.

Las partes que pactan un arbitraje, porque así lo autoriza la ley⁽³⁾ y claro está, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, se sustraen de la jurisdicción ordinaria a cargo del Estado para someter sus diferencias a particulares que nada tienen que ver con el aparato de justicia estatal, quienes decidirán respecto a los eventuales conflictos que se sometan a su conocimiento.

El hecho de poder derivar la solución de las controversias a particulares hace posible que se elija como árbitros a personas expertas en los temas en conflicto que gocen además de reconocido prestigio moral, aunque ello no siempre ocurre por propia decisión de las partes y –por qué no decirlo– por la errada recomendación de algunos malos abogados, que en no pocos casos buscan al árbitro “amigo” más que al verdadero “experto”. Se debe tener en cuenta que las consecuencias de una errada designación del árbitro se verán reflejadas a lo largo del procedimiento arbitral y especialmente en el laudo. Al respecto, Mantilla Serrano señala “(...) las cualidades del árbitro y su experiencia influyen en la conducción del Arbitraje y, más importante aún, determinan la calidad del laudo”,⁽⁴⁾ en similar sentido se pronuncia Caivano al manifestar que, “(...) la elección de los árbitros es quizás el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia”.⁽⁵⁾

Por el contrario, cuando las partes acuden al Poder Judicial, por un lado no tienen la ventaja de escoger a quien será su juzgador y por otro, como quiera que el Juez estatal se encarga de resolver diversos temas en un juzgado que generalmente está colmado de expedientes, no tiene el tiempo necesario, ni muchas veces la preparación especializada

(3) Constitución Política del Perú, Artículo 139.- *Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.*

(4) MANTILLA SERRANO, Fernando, “La constitución del tribunal arbitral: cómo escoger al árbitro”, en: *El arbitraje comercial Internacional-Suplemento especial de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, París, 1995, p. 37.

(5) CAIVANO, Roque J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Edit. Ad-Hoc R.R.L., Buenos Aires, 1993, p. 162.

que el conflicto en discusión amerita para lograr una solución eficiente y eficaz. Al respecto, Cantuarias y Aramburú señalan: “No debemos olvidar el papel que juega la técnica y los adelantos en las transacciones comerciales, las cuales hacen imposible que los jueces ordinarios puedan apreciar cabalmente todos los detalles que en ciertos casos pueden resultar decisivos para una justa y equitativa solución”.⁽⁶⁾

Otra razón por la que se pacta el arbitraje, es porque éste se sitúa lejos de los ritualismos impuestos por los Códigos Procesales que contienen normas de obligatorio cumplimiento, ofreciendo a las partes, por el contrario, la posibilidad de establecer directamente su propio procedimiento o someterse a los procedimientos que tienen establecidos los diversos centros o instituciones arbitrales, que son menos formalistas que los impuestos por la justicia estatal y más flexibles, posibilitando su adecuación a la controversia en particular, cuidando siempre de no violar el debido proceso y el derecho de defensa, que constituyen garantías de la administración de justicia.

Finalmente, una razón no menos importante por la cual las partes acuden al arbitraje está relacionada con la confidencialidad. En efecto, mientras que en los procesos que se ventilan ante el Poder Judicial la regla general es la publicidad, por el contrario en el arbitraje prima la confidencialidad que resulta atractiva para las partes, pues como señala Montoya Alberti “(...) permite evitar que las diferencias se agudicen, así como conservar el buen nombre comercial”.⁽⁷⁾

La confidencialidad en el arbitraje, es una regla derivada de la costumbre más que de las leyes de arbitraje. Cabe señalar, a modo de ejemplo, que en la LGA no existe norma alguna que la regule; sin embargo, no debemos olvidar que la costumbre es fuente de derecho. El tema está regulado generalmente en los reglamentos de las instituciones arbitrales y resulta conveniente pactarlo dentro de las reglas que, en cada caso, las partes o los árbitros establezcan para llevar adelante los procedimientos de arbitraje *ad-hoc*, ello como es usual se plasmará en la denominada

(6) CANTUARIAS SALAVERRY/ARAMBURÚ YZAGA, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas*, cit, p. 55.

(7) MONTOYA ALBERTI, Ulises, *El arbitraje comercial*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 23.

Acta de Instalación del Tribunal Arbitral o Acta de Misión. No obstante, excepcionalmente y en casos debidamente justificados, se puede dejar sin efecto la regla general de la confidencialidad: un ejemplo cercano lo tenemos en la norma contenida en el artículo 53 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM,⁽⁸⁾ que autoriza al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado-Consucode a publicar los laudos arbitrales, ello en función a que están en disputa intereses del Estado.

3. LA PARTIDA DE NACIMIENTO DEL ARBITRAJE: EL CONVENIO ARBITRAL

El arbitraje se sustenta en la autonomía privada y su partida de nacimiento es el convenio arbitral, que no es otra cosa que un contrato, como bien señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze en una reciente publicación sobre la materia, “(...) el convenio arbitral (...) no es más que un contrato de arbitraje en toda regla, al que para variar, se le escamotea el nombre de contrato de arbitraje (...)”,⁽⁹⁾ igualmente el mexicano González de Cossío anota, “El acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje (...)”.⁽¹⁰⁾ Se trata de un contrato bilateral en la generalidad de los casos.

Para que el arbitraje tenga su partida de nacimiento, un requisito *sine qua non* es la concurrencia de dos elementos esenciales, el acuerdo de sometimiento a arbitraje y la determinación de la relación jurídica, contractual o no, respecto a la cual se referirá el arbitraje, según lo establecen los artículos 9 y 98 de la LGA.⁽¹¹⁾ Estos dos elementos constitu-

⁽⁸⁾ Artículo 53.- *Solución de controversias.*- (...) *El arbitraje y la conciliación a que se refiere la presente Ley se desarrollan en armonía con el principio de transparencia, pudiendo el CONSUCODE disponer la publicación de los laudos y actas de conciliación (...)*

⁽⁹⁾ CASTILLO FREYRE, Mario / VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, *Arbitraje: El juicio privado: La verdadera reforma de la Justicia*, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 71.

⁽¹⁰⁾ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 56.

⁽¹¹⁾ Artículo 9.- *Definición de convenio arbitral.*- *El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que haya surgido o puedan*

yen la esencia de todo convenio arbitral, si falta alguno de ellos no hay convenio arbitral.

Ahora bien, el convenio arbitral como lo llama nuestra LGA, debe constar por escrito bajo sanción de nulidad, pudiendo en principio adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o en un documento independiente,⁽¹²⁾ siendo más común el uso de la primera. Se advierte de la lectura del artículo 98 de la LGA que tratándose del arbitraje internacional, la ley no sanciona con nulidad la inobservancia de la forma prescrita para el convenio arbitral. Sobre el particular, nuestra LGA recoge lo señalado en la Ley Modelo UNCITRAL,⁽¹³⁾ teniéndose por cumplido el requisito de la “forma escrita” no sólo cuando está contenido en documento único suscrito por las partes del arbitraje sino, cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio mediante el cual quede constancia documental de la voluntad de éstas para someterse al arbitraje.

Igualmente, tratando siempre de hacer prevalecer la voluntad de las partes dentro del principio a favor del arbitraje que inspira nuestra LGA, se evidencia una flexibilidad como lo señala Vidal,⁽¹⁴⁾ al entender que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito a pesar de no

surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial(...); Artículo 98.- Definición y forma del convenio arbitral.- El convenio arbitral es un 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 (...). (cabe señalar que este artículo, referido al arbitraje internacional, no sanciona con nulidad la falta de forma escrita del convenio arbitral, como lo hace el artículo 9 referido al arbitraje nacional).

(12) Artículo 10.- Forma del convenio arbitral.- *El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (...); Artículo 98°.- Definición y forma del convenio arbitral.- (...) El convenio arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. El convenio arbitral deberá constar por escrito.*

(13) Ver artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL y Documento UNCITRAL A/CN.9/WG.II/118, correspondiente al 36 período de sesiones del grupo de trabajo II (Arbitraje y conciliación).

(14) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de derecho arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 55.

existir acuerdo previo, cuando por iniciativa de una de las partes se somete la controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes, entendiéndose que el asentimiento se produce cuando, notificada la parte o partes contrarias se apersonan al procedimiento arbitral sin manifestar su objeción al mismo.

Así las cosas, parece bastante sencillo elaborar una cláusula o convenio arbitral, incluso las partes podrían optar por una de las cláusulas que ofrecen las distintas instituciones arbitrales como lo señala González de Cossío,⁽¹⁵⁾ aunque ello requiere siempre de un adecuado análisis de la misma y del reglamento de la institución. Lamentablemente, en la práctica diaria del arbitraje uno se encuentra, de manera no poco frecuente, con cláusulas arbitrales de muy mala calidad que traerán como consecuencia generalmente una demora en el inicio del procedimiento arbitral y en algunos casos el tener previamente que acudir al Juez estatal, lo que con una buena redacción se hubiera podido evitar en beneficio de las partes que optaron por este mecanismo de resolución de conflictos, entre otras cosas, confiados en la rapidez con las que lograrían la solución a la diferencia que las separa.

Sobre el particular, Stephen R. Bond, Ex Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI señala, “(...) es evidente que varias de las dificultades que con mayor frecuencia complican y demoran el proceso arbitral y la posible ejecución del laudo pueden evitarse o reducirse gracias a una cláusula de arbitraje bien redactada”.⁽¹⁶⁾

La adecuada redacción de la cláusula arbitral resulta fundamental no sólo para el desarrollo del futuro procedimiento, sino para el del mismo arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos, cuya imagen se puede ver afectada por las malas experiencias de partes que no redactaron adecuadamente el acuerdo de arbitraje y que como consecuencia de ello, vieron dilata la solución a su conflicto. Por ello consideramos que quien se encargue de la redacción de la cláusula arbitral

(15) GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*, cit., p. 55.

(16) STEPHEN R. BOND, “Cómo redactar una cláusula arbitral”, en: *El arbitraje comercial internacional. Suplemento especial de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI*, París, 1995, p. 25.

debe ser necesariamente un entendido en la materia, no podemos dejar en manos inexpertas un asunto tan importante como el de la resolución de los conflictos por una vía distinta a la del litigio judicial.

La cláusula arbitral no debe ser más la cláusula del último minuto o como la llaman algunos la cláusula de “media noche” a la que sólo se le dedica el tiempo residual luego de haber negociado ampliamente el contrato principal y acordado sus estipulaciones. Para la redacción de la cláusula arbitral se deberá contar con el tiempo necesario a fin de analizar y reflexionar respecto de las distintas opciones que podemos utilizar, teniendo en consideración cada caso en particular y un especial cuidado sobre todo frente a los arbitrajes internacionales, en cuyo caso consideramos que resulta más conveniente la opción por el arbitraje institucional, en razón de las garantías que de éste representa para el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral. No hay que olvidar como señala Bond⁽¹⁷⁾ que “(...) cuanto mejor redactada esté la cláusula, menores serán las probabilidades de tener que recurrir a ella. Esto, debido a que una cláusula compromisoria cuya efectividad puede ser cuestionada goza de menor poder disuasivo frente a un contratante que contemple el incumplimiento de contrato”.

Es importante anotar que una buena cláusula arbitral no tiene porque tener una redacción muy extensa y alambicada, por el contrario las cláusulas extensas generalmente están llenas de problemas y pueden contener aspectos que en algunos casos resulten contradictorios. La cláusula arbitral debe ser redactada de manera sencilla y clara, evitando así las denominadas “cláusulas patológicas” de las que nos ocuparemos a continuación.

4. CUIDADO CON LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS

Entendemos por “cláusulas patológicas”, todas aquellas cláusulas arbitrales que han sido mal redactadas y que debido a ello su contenido resulta ambiguo, contradictorio o simplemente poco claro, presentando serios problemas en la oportunidad en que, surgido el conflicto, una de las partes pretende iniciar el procedimiento arbitral, lo que estamos

(17) *Ibidem*, p. 25.

seguros generará mayores costos y favorecerá en algunos casos actuaciones de mala fe. El término “cláusula patológica”, se debe a Frédéric Eisemann,⁽¹⁸⁾ también Ex Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI quien lo acuñó en el año de 1974 y a partir de ahí ha sido utilizado por la doctrina arbitral para referirse a las cláusulas defectuosas.

A nuestro entender, la existencia de una “cláusula patológica” importa necesariamente la de un convenio arbitral aunque, como está dicho, poco claro, ambigüo o contradictorio en relación con determinados aspectos, por lo que deberá tenerse en cuenta que si la cláusula adolece de alguno de los requisitos esenciales de todo convenio arbitral, es decir, el acuerdo de sometimiento a arbitraje y la determinación de la relación jurídica, contractual o no, respecto a la cual se referirá el arbitraje, no se trataría en realidad de una cláusula patológica, sino de un caso de inexistencia del convenio arbitral.

La patología de las cláusulas arbitrales es diversa y aunque no pretendemos hacer un listado cerrado de los distintos supuestos que se pueden presentar, consideramos conveniente referirnos a algunos que, sobre la base de nuestra práctica diaria en el arbitraje, hemos tenido oportunidad de apreciar de cerca; recordamos entonces que la siguiente relación es meramente enunciativa:

1. Cláusulas que refieren a la administración del arbitraje a cargo de una institución arbitral inexistente.
2. Cláusulas que refieren de manera equivocada a una institución arbitral.
3. Cláusulas que refieren a reglamentos arbitrales inexistentes.
4. Cláusulas que establezcan plazos extremadamente reducidos que resulten imposibles de cumplir.
5. Cláusulas que contengan un mecanismo inadecuado para la elección de los árbitros.

(18) EISEMANN Frédéric, “La clause D´ Arbitrage Pathologique”, en: *Comercial Arbitration-Essays in Memoriam Eugenio Minoli*, UTEC, Turin, 1974, p. 129.

6. Cláusulas que hayan designado al árbitro y que éste haya fallecido antes del inicio del procedimiento arbitral.

Al analizar las cláusulas arbitrales patológicas debemos tener en cuenta, cuál fue la real intención de las partes al celebrar el convenio arbitral y en los casos de duda, resolver siempre a favor del arbitraje. Claro está que ello sólo será posible, en la medida en que estemos frente a un verdadero contrato de arbitraje, es decir en la medida en que estén presentes los dos elementos esenciales del mismo.

A continuación, de manera ilustrativa presentamos una “cláusula patológica”. Se trata de una cláusula arbitral incluida en un documento en el que consta el contrato de obra para la edificación de un importante hotel en la ciudad de Lima, celebrado entre un consorcio de empresas constructoras y una empresa de turismo, ambas domiciliadas en Lima. La cláusula fue redactada en los siguientes términos:

“Todos los conflictos, desavenencias o controversias que se derivan de este contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, a cargo de árbitro único designado de común acuerdo por las partes. Las partes designan árbitro único al doctor Juan Pablo X y X. El arbitraje se llevará a cabo en la ciudad de Lima”.⁽¹⁹⁾

Como es usual al principio la relación entre las partes fue muy buena; transcurridos algunos meses comenzaron a surgir discrepancias que se agudizaron hasta tornarse en una situación insostenible. Es así que el consorcio constructor decide dar inicio al arbitraje y, cuando se preparaba a remitir una carta en tal sentido a la empresa propietaria de la obra, toma conocimiento que el honorable doctor Juan Pablo X y X había fallecido en un accidente de tránsito hace algunas semanas.

Ante tales circunstancias, el representante del consorcio consulta con su abogado ¿qué hacer? El abogado le dice que, a pesar del fallecimiento del árbitro designado la cláusula arbitral era válida y mantenía su plena vigencia; manifestándole igualmente que, para poder dar inicio

⁽¹⁹⁾ Debemos considerar que se trata de un arbitraje nacional y por cierto *ad-hoc*.

al procedimiento arbitral debía ponerse de acuerdo con la empresa propietaria de la obra y designar un nuevo árbitro o en su caso, pactar un procedimiento adecuado para la designación del mismo, pudiendo incluso facultar a una institución arbitral para que actúe como entidad nominadora. Finalmente, el abogado le indicó que de no lograrse el acuerdo, el consorcio debería acudir ante el Juez para que éste designe al árbitro en defecto de las partes, conforme a lo dispuesto por la LGA⁽²⁰⁾ y de acuerdo con el procedimiento establecido en la misma.⁽²¹⁾

⁽²⁰⁾ Artículo 21.- Libertad de procedimiento de nombramiento.- (...) *En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuara de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurridos diez (10) días desde la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el Juez (...)*

⁽²¹⁾ Artículo 23.- Nombramiento por el Juez.- *Es competente para la designación del o de los árbitros en los casos a que se refieren los Artículos 21 y 22, el Juez Especializado en lo Civil al que las partes se hubiesen sometido expresamente. En defecto de sumisión expresa, el del lugar donde debe realizarse el arbitraje si se hubiera previsto; a falta de ello y a elección del interesado, el del lugar de celebración del convenio arbitral o el del domicilio del emplazado, o el de cualquiera de ellos, si son varios.*

El Juez procederá a la designación de acuerdo al siguiente trámite:

1. *El interesado acompañará a su solicitud el o los documentos que contienen el convenio arbitral y propondrá los nombres de los árbitros en un número no inferior a siete (7).*
2. *El Juez citará a las partes a una audiencia única la cual deberá desarrollarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.*
3. *Si el emplazado no concurre a la audiencia, en el acto de la misma, el Juez resuelve designando al o a los árbitros, así como a uno o más suplentes, entre la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo. Sin embargo, el Juez si lo considera pertinente, podrá encargar a una institución arbitral debidamente constituida en el lugar de la sede de su competencia, para que realice libremente la designación dentro del plazo que determine, el cual no podrá exceder los diez (10) días hábiles. Vencido dicho plazo sin que la institución arbitral haya procedido con la designación, a pedido de parte, el Juez procederá dentro de tercero (3) día hábil a dictar resolución designando al o a los árbitros.*
4. *Si el emplazado concurre a la audiencia, en el acto de la misma, el Juez invitará a la parte emplazada para que proceda a designar al árbitro o árbitros que le corresponda. En caso el emplazado no designe al árbitro o a los árbitros que le corresponda, el Juez designará al árbitro o a los árbitros que correspondan de la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo, nombrando al mismo tiempo uno o más suplentes; o procederá a encargar tal designación a la institución arbitral de conformidad con el inciso 3) de este artículo.*

Como era de esperarse no se logró el acuerdo de designación del árbitro y por el contrario las relaciones entre las partes se deterioraron más. El gerente del consorcio constructor no podía creer que habiendo celebrado el convenio arbitral para no tener que ventilar su conflicto ante el Poder Judicial y resolverlo de manera rápida, se veía ahora en la necesidad de presentarse ante un Juez para iniciar un procedimiento de designación de árbitro.

En nuestro caso, si bien la cláusula arbitral era perfectamente válida porque reúne los dos elementos esenciales del convenio arbitral; se debió prever al momento de su redacción un adecuado mecanismo de elección del árbitro único, por tratarse de un arbitraje *ad-hoc* y nacional, de forma tal que ante cualquier supuesto en el que el árbitro no pudiera actuar, las partes tuvieran el camino expedito para la elección del árbitro sustituto, sin tener que recurrir para ello al juez. Debemos indicar asimismo que a nuestro criterio resulta inconveniente e innecesario designar al árbitro en la cláusula arbitral, a este respecto Lohmann señala, “(...) no es función del compromiso el nombramiento

En caso se hubiere pactado el nombramiento conjunto de el o los árbitros o su designación por un tercero que no cumplió con el encargo, el Juez invitará a las partes a ponerse de acuerdo en la designación. Caso contrario, el Juez invitará a la parte emplazada para que proponga los nombres de los árbitros en un número no inferior a siete (7), entre quienes conjuntamente con la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo procederá a la designación, debiendo ésta recaer principalmente en aquellos árbitros cuyos nombres estén presentes en ambas listas. En caso la parte emplazada se niegue a proponer la lista de árbitros, el Juez designará al árbitro o a los árbitros que correspondan, como a uno o más árbitros suplentes de la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo; o procederá a encargar tal designación a la institución arbitral de conformidad con el inciso 3) de este artículo.

5. *El Juez únicamente podrá rechazar la solicitud de designación de árbitros cuando considere por los documentos aportados que no consta manifiestamente la voluntad de las partes de acudir al arbitraje.*
6. *Para el nombramiento del o los árbitros, según corresponda, el Juez tomará en cuenta lo previsto en el convenio arbitral sobre las condiciones que deben reunir los árbitros.*
7. *Contra las decisiones del Juez no procede recurso impugnatorio alguno, sin perjuicio de lo indicado en el inciso siguiente.*
8. *La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo, sólo cuando se haya desestimado la solicitud de designación de árbitros. Contra lo resuelto por el superior no procede impugnación alguna.*

de los árbitros. Los árbitros solamente lo son desde que aceptan el encargo. El compromiso, cual todo contrato, no surte efecto respecto de terceros”.⁽²²⁾

Uno de los aspectos a tomar en cuenta al momento de redacción de la cláusula arbitral es sin duda el referido al procedimiento de designación de los árbitros, de forma tal que la posible actuación de mala fe de una de las partes, no pueda bloquear el adecuado y oportuno desarrollo del procedimiento arbitral que es lo que en definitiva hay que cuidar.

Si bien el procedimiento para la designación de los árbitros no es un elemento esencial que determine la existencia y validez de un convenio arbitral, en la práctica, resulta recomendable que las partes al momento de la negociación y redacción de la cláusula arbitral, establezcan un mecanismo ágil y sencillo para la designación de los árbitros, pues surgida la controversia las relaciones entre las partes suelen deteriorarse, como sucedió en el caso al que nos hemos referido, circunstancia que hace poco probable un acuerdo al respecto, con las consecuencias que de ello se deriva para el desarrollo del procedimiento arbitral y la pronta resolución del conflicto.

En nuestro país, el tema reviste particular importancia tratándose sobre todo del arbitraje nacional o doméstico y especialmente del *ad-hoc*, que en la actualidad y aunque no se pueda determinar el número de estos con exactitud, constituye la mayor parte de los arbitrajes en trámite; toda vez que si no existe acuerdo al respecto y no resulta posible aplicar el procedimiento supletorio referido en el artículo 21 de la LGA, por la inacción de la parte emplazada o por la falta de acuerdo entre los árbitros designados, tratándose de tribunales de tres o más árbitros, respecto a la elección del presidente; lo inevitable será que la parte afectada tenga que acudir para efectos de la designación, ante el Juez al que las partes se hubiesen sometido de manera expresa o a falta de sumisión expresa, al del lugar donde se llevará a cabo el procedimiento arbitral si ello se hubiere previsto; o a falta de ello y a su elección, el del lugar de celebración del convenio arbitral o del domicilio del emplazado, o al de

⁽²²⁾ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El Arbitraje*, Biblioteca para leer el Código Civil, (4ª. ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1993, Vol. V, p. 122.)

cualquiera de ellos si son varios, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 23 de la LGA.

Respecto al arbitraje internacional la LGA⁽²³⁾ establece un procedimiento supletorio de elección de árbitros a falta de acuerdo entre las partes, bastante más liberal, en virtud del cual la no designación dentro de los plazos establecidos en dicha norma, dará lugar a que esta se efectúe por una institución arbitral; recurriendo al Juez sólo cuando a pesar de haber llevado adelante el procedimiento supletorio antes referido, no haya sido posible la elección del árbitro, en cuyo caso se deberá seguir el procedimiento igualmente establecido en la LGA.⁽²⁴⁾ No enten-

(23) Artículo 102.- Norma supletoria de nombramiento de árbitros.- *A falta de acuerdo acerca del procedimiento de designación de árbitros, en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el Tribunal Arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los diez (10) días de recibido un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los diez (10) días contados desde su nombramiento, la designación será hecha por la institución arbitral que la parte interesada señale. La institución arbitral será cualquiera de las ubicadas en el lugar donde debe realizarse el Arbitraje, si se hubiere previsto, o cualquiera de las instituciones arbitrales ubicadas en Lima, a elección del interesado.*

En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurrido diez (10) días de la primera propuesta, el mismo se hará por la institución arbitral que señale cualquiera de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior.

A falta de designación del Presidente del Tribunal Arbitral, asumirá tal condición el árbitro designado por los miembros del Tribunal Arbitral.

(24) Artículo 103.- Designación de árbitros por el Juez.- *Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o los árbitros no pueden llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o un tercero, incluida una institución arbitral, no cumplan una función que se les confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar a la institución arbitral que ella señale de conformidad con el primer párrafo del artículo 102, que adopte la medida necesaria, a menos que en el convenio sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.*

En todos los supuestos indicados en el artículo 102 y primer párrafo de este artículo, si las partes lo han pactado expresamente, el nombramiento se hará a instancias del Juez Especializado en lo Civil al que las partes se hubiesen sometido expresamente. En defecto de sumisión expresa, al del lugar donde debe realizarse el arbitraje, si se hubiera previsto. A falta de ello, el Juez Especializado en lo Civil del distrito judicial de Lima. En todos estos supuestos es de aplicación el artículo 23.

demos porque la Ley no contempló la misma solución tratándose del arbitraje nacional.

Como lo hemos señalado, la falta de previsión en la oportunidad de la celebración del convenio arbitral del procedimiento de designación de árbitros, puede poner a las partes nuevamente en la esfera del Poder Judicial, que fue lo que estas quisieron evitar al pactar el arbitraje, viéndose obligada la parte afectada, a seguir ante un Juez, un procedimiento que nada tiene de jurisdiccional y que si bien en teoría no debe tomar mucho tiempo, en la práctica tiene una demora de aproximadamente ocho meses, plazo promedio de duración de un procedimiento arbitral, por lo que ante una mala redacción de la cláusula arbitral, como en nuestro caso, se tendrá que esperar ese tiempo adicional antes de poder dar inicio al Arbitraje, con los mayores costos que ello implica.

Sobre el particular, la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, para la revisión de la LGA, propuso la modificación de diversos artículos de la LGA, dentro de los que se encuentran los relativos al procedimiento de nombramiento de los árbitros, señalando en su exposición de motivos, “Los cambios se orientan a reforzar, el principio de autonomía privada y reducir la intervención judicial para evitar sobrecargar la actividad de los jueces ordinarios y conseguir una mayor celeridad en los arbitrajes”.⁽²⁵⁾ El proyecto de la comisión, en lo que respecta al nombramiento de los árbitros, propone la actuación de las Cámaras de Comercio en reemplazo del Juez, siempre en forma supletoria a la voluntad de las partes, que tendrán la posibilidad de pactar su propio procedimiento de elección de los árbitros.

Nosotros, reconociendo el importante rol que desempeñan las Cámaras de Comercio en nuestro país y la imperiosa necesidad de un

Al nombrar un árbitro, se deberá tener debidamente en cuenta las condiciones requeridas para el árbitro en el convenio arbitral y se tomarán las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En caso de árbitro único o del tercer árbitro, se tendrá en cuenta así mismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las de las partes.

(25) Proyecto de modificaciones parciales a la LGA del Perú, Exposición de Motivos, Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, publicada en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, pp. 720, 733-734.

cambio en el sistema supletorio de elección de los árbitros previsto en la actual LGA, saludamos la propuesta aunque consideramos que otorgar la exclusividad a las Cámaras de Comercio no resulta apropiado; más aún, la propuesta parece no haber tenido en cuenta que el artículo 6 de la actual LGA referido a las “Instituciones arbitrales”, cuya modificación no ha sido propuesta por la comisión, establece la posibilidad que estas tienen para encargarse de la organización y desarrollo del arbitraje, incluyendo dentro de sus facultades, la de “nombrar a los árbitros”, estableciendo ese mismo artículo como única exigencia que dichas instituciones se constituyan como personas jurídicas, dentro de las cuales se encuentran por cierto las Cámaras de Comercio, aunque no exclusivamente éstas. No entendemos la razón por la cual la comisión ha querido dar un tratamiento diferenciado al procedimiento supletorio de elección de los árbitros tratándose del arbitraje *ad-hoc*; permitiendo en el arbitraje institucional que las partes decidan libremente acudir a la institución arbitral de su preferencia.

5. CONCLUSIÓN

Cuando negocie y pacte un convenio o cláusula arbitral tenga mucho cuidado, asesórese por especialistas y procure evitar inconsistencias en su redacción que podrían dar lugar a “Cláusulas Patológicas”. De otro modo, puede terminar ante un Juez estatal sólo para la elección del árbitro, que fue entre otras razones lo que pretendió evitar al pactar el arbitraje. De preferencia opte por el arbitraje institucional o administrado, tómese el tiempo necesario para analizar los reglamentos y cláusulas-modelo propuestas y finalmente tome la decisión que mejor satisfaga sus intereses. ▲

 ROQUE J. CAIVANO(*)

Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Problemas relativos al alcance del acuerdo arbitral.* 2.1. *Multiplicidad de partes vinculadas en un único contrato.* 2.2. *Multiplicidad de contratos entre las mismas partes.* 2.3. *Multiplicidad de contratos entre partes también múltiples.* 3. *Problemas procesales.* 3.1. *Acumulación de acciones y consolidación de procesos judiciales.* 3.2. *Acumulación de acciones en arbitrajes con partes múltiples o contratos múltiples.* 3.2.1. *Acumulación objetiva de acciones entre las mismas partes vinculadas por un único contrato.* 3.2.2. *Acumulación objetiva o subjetiva de acciones, en caso de partes múltiples vinculadas por un solo contrato.* 3.2.3. *Acumulación objetiva de acciones en caso de dos partes vinculadas por varios contratos.* 3.2.4. *Acumulación objetiva y subjetiva de acciones en caso de varias partes vinculadas por varios contratos.* 3.2.5. *Requisitos comunes para la acumulación de acciones (conexidad y temporaneidad)* 3.3. *Acumulación de procesos arbitrales en trámite (consolidación)* 3.3.1. *La conexidad requerida para consolidar procesos arbitrales.* 3.3.2. *La oportunidad en que la consolidación debe plantearse.* 3.3.3. *La conformidad de las partes para consolidar arbitrajes.* 3.3.4. *Consolidación compulsiva autorizada por ley.* 3.3.5. *Quién decide la consolidación.* 3.4. *La formación del tribunal arbitral en casos con partes múltiples.* 4. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

Como cuestión preliminar, debe advertirse que, aunque por razones de simplificación todos los supuestos en que existe multiplicidad

(*) Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, Argentina.

suelen reunirse bajo la genérica denominación de “arbitraje multiparte” (*multiparty arbitration*), no siempre estamos, estrictamente, en presencia de un arbitraje con partes múltiples. En ocasiones hay, efectivamente, más de dos partes; pero en otros casos hay dos únicas partes, unidas por varias relaciones jurídicas. En el primer caso podemos hablar con propiedad de “arbitraje multiparte”; en el segundo, estaríamos más bien en presencia de “arbitrajes paralelos” o “arbitrajes múltiples”.⁽¹⁾ La multiplicidad de partes puede originarse tanto a consecuencia de una multiplicidad de contratos entre partes diferentes, como de un único contrato que vincule a más de dos partes. La multiplicidad de arbitrajes puede originarse aun entre dos únicas partes, si éstas están unidas a través de una multiplicidad de relaciones jurídicas que, aunque puedan estar relacionadas y ser concernientes a una única operación económica, surgen de contratos “independientes”.

Cuando en un conflicto hay varias partes involucradas, lo deseable es que pueda resolverse en el marco de un único procedimiento, por un mismo juez y sujeto a las mismas reglas. No sólo por el significativo ahorro de tiempo y recursos, sino porque esa es la única forma de evitar decisiones contradictorias sobre las mismas cuestiones.⁽²⁾ Similares razones de economía y seguridad jurídica justifican la conveniencia de unificar los procedimientos cuando, aun tratándose de un conflicto que involucra sólo a dos partes, éste se origina en –o proyecta consecuencias sobre– más de un contrato.

En los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aun entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se

(1) GRAVEL, Serge, “Multiparty arbitration and multiple arbitrations”, en: *ICC Bulletin*, Vol. 7, N° 2, 1996, pp. 45 y ss.

(2) Sin embargo, es posible –y frecuente– que alguna de las partes, por razones tácticas, prefiera mantener los procesos divididos. LEVEL, Patrice, “Joinder of proceedings, intervention and third parties, and additional claims and counterclaims”, en: *ICC Bulletin*, Vol. 7, N° 2, 1996, pp. 36 y ss.

presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de árbitros.⁽³⁾

En un trabajo anterior,⁽⁴⁾ hemos señalado que para determinar el alcance de la jurisdicción arbitral en un caso dado, es necesario efectuar un doble análisis sucesivo: en primer lugar, sobre la validez de la cláusula arbitral; en segundo lugar –y en caso afirmativo respecto de la anterior– sobre el alcance de esa estipulación. En ambos casos, el análisis debe hacerse tanto en el aspecto subjetivo como material. En otras palabras: para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser: (a) Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva); (b) Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva); (c) Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo); y (d) Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

Los dos primeros aspectos, referidos a la arbitrabilidad, carecen de relevancia a los fines de este trabajo. Las dudas que pueden presentarse como consecuencia de la multiplicidad de partes y/o de contratos

(3) “*The difficulties of multi-party arbitrations all result from a single cause. Arbitration has a contractual basis; only the common will of the contracting parties can entitle a person to bring a proceeding before an arbitral tribunal against another person and oblige that other person to appear before it. The greater the number of such persons, the greater the degree of care which should be taken to ensure that none of them is joined in the proceeding against its will.*” ICC COMMISSION ON INTERNATIONAL ARBITRATION, *Final Report on Multi-party Arbitrations*, París, 1994, (Working Group presidido por JEAN-LOUIS DELVOLVÉ).

(4) CAIVANO, Roque J., “Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Lima, 2006, pp. 107 y ss.

radican en el alcance del o de los acuerdos arbitrales. Según los casos, podrá objetarse que el acuerdo arbitral no es oponible a todos aquellos contra quienes pretende hacerse valer, o no cubre las cuestiones que se intentan someter a decisión de los árbitros. Desde luego, hay casos en que ambas objeciones se plantean en forma acumulativa, dada la existencia de partes múltiples unidas por contratos también múltiples.

Los problemas que plantea la multiplicidad de partes –aun en el más sencillo de los casos en que existe un solo contrato– son variados y de distinta naturaleza. Algunos se relacionan con aspectos de fondo y ponen en juego la interpretación del alcance subjetivo del acuerdo arbitral: ¿son todos los involucrados parte en el acuerdo arbitral? Otros son de índole mayormente procesal, y tienen que ver con la posibilidad de concentrar o acumular en un mismo arbitraje pretensiones dirigidas contra partes diferentes.

La multiplicidad de relaciones entre las mismas partes también plantea problemas. Estos pueden ser divididos entre aquellos que se relacionan con el alcance –en este caso objetivo– del acuerdo arbitral (¿son las cuestiones que se someten a arbitraje controversias surgidas de la/s relación/es jurídica/s para la/s que se convino el arbitraje?) y aquellos de índole procesal, relativos a la acumulación en un mismo arbitraje de pretensiones que si bien son controversias entre las mismas partes, provienen de relaciones jurídicas distintas. La limitación objetiva del acuerdo arbitral, que en principio sólo obliga a las partes a someter a arbitraje las cuestiones incluidas en el acuerdo arbitral, planteará problemas si algunos de esos contratos prevén cláusulas de arbitraje y otros no, pues en tal caso la acumulación de acciones que involucren aspectos de ambos contratos será compleja. Aun cuando todos esos contratos contengan cláusulas arbitrales, no siempre será posible acumular en un único proceso todas las reclamaciones.

Cuando ambos aspectos se reúnen en un único supuesto (partes múltiples y contratos también múltiples) los problemas se potencian, pues todas las combinaciones de planteos son posibles (cuestionamientos al alcance objetivo y subjetivo del acuerdo arbitral, y problemas procesales derivados de la acumulación subjetiva y objetiva de acciones o de procesos).

Intentaremos, en los párrafos siguientes, dar respuesta a los numerosos interrogantes que se plantean.

2. PROBLEMAS RELATIVOS AL ALCANCE DEL ACUERDO ARBITRAL

Analizaremos en este apartado los problemas que la pluralidad –de partes, de contratos o de ambas– presentan en materia arbitral. A fin de sistematizar el análisis, abordaremos separadamente cada uno de los posibles supuestos de pluralidad:

2.1. Multiplicidad de partes vinculadas en un único contrato

El caso más sencillo se da cuando existen partes múltiples, pero todas ellas han sido parte del mismo contrato que contiene la cláusula arbitral. Tal cosa sucede cuando estamos en presencia de un contrato (en el sentido de “instrumento”) que incluye varios contratos (en el sentido, más técnico, de “relaciones jurídicas”). Un ejemplo de ello suele darse cuando, en un instrumento destinado a establecer un contrato de locación o compraventa, se incluye un contrato de fianza, mediante una cláusula contenida en el mismo instrumento.

Se presenta aquí un problema de alcance subjetivo: ¿a quiénes obliga la cláusula arbitral contenida en el contrato?

La respuesta a ese interrogante dependerá de la redacción de la cláusula arbitral y de cómo ella se interprete. Si la cláusula ha sido redactada en términos amplios, de forma que no queden dudas acerca de la intención de comprender en ella a todos los firmantes del contrato (sea cual fuere la relación jurídica de la que cada uno era parte o la posición contractual que cada uno tenía), no debería haber mayores dificultades para considerar que todos ellos han consentido el sometimiento a arbitraje y que éste ha sido pactado para todas las relaciones jurídicas que ese instrumento contenga. Por el contrario, una cláusula arbitral concebida –o interpretada– en términos demasiado estrictos, podría llevar a considerar que alguno de los que suscribió el instrumento en el que consta el contrato no es parte del acuerdo arbitral y que éste ha sido estipulado únicamente entre algunos de ellos. La duda, en otras palabras, puede presentarse si se interpreta que las partes del acuerdo arbitral

–en definitiva, un contrato dentro de otro contrato, por su carácter separable–⁽⁵⁾ no son todos los otorgantes del contrato general que la contiene, sino sólo algunos de ellos.

El caso “BASF” ilustra esta última situación. En términos resumidos, se trataba de contratos de compraventa de granos con cláusula de arbitraje de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires. En cada uno de ellos, BASF Argentina S.A. [BASF], había vendido granos a un determinado comprador, actuando a la firma Capdevielle, Kay y Cía. S.A. [Capdevielle] como corredor intermediario y como mandatario de BASF para percibir el precio que pagaría el comprador. Alegando que Capdevielle había cobrado el precio pero no había rendido cuentas ni girado a BASF el dinero percibido por su cuenta, BASF demandó a Capdevielle ante la Cámara Arbitral. Capdevielle planteó una cuestión de competencia por vía de inhibitoria ante un juzgado comercial, argumentando que la cláusula arbitral contenida en los contratos no le era oponible, toda vez que estaba prevista para los conflictos que surgieran entre “las partes”, y que debía entenderse por tales a vendedor y comprador y no a Capdevielle, que intervino en ellos como corredor y eventualmente como mandatario de BASF. El juez de primera instancia en lo comercial se declaró competente y dirigió a la Cámara Arbitral un oficio para que ésta se inhibiera de conocer la demanda promovida por BASF y remitiera las actuaciones al Juzgado. La Cámara Arbitral se declaró competente y rechazó la inhibitoria, bajo el argumento principal de que la cláusula arbitral contenida en cada uno de los contratos –firmados por BASF, por Capdevielle y por el respectivo comprador– obligaba a todos los firmantes (incluido Capdevielle). El conflicto de competencia entre la Cámara Arbitral y el juez comercial fue remitido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, órgano que, conforme a la ley

(5) FOUCHARD, Philippe, *L'Arbitrage comercial internacional*, ed. Dalloz, París, 1965, Vol. II, p. 67. Entre la mucha bibliografía sobre la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral puede verse: ADAMS, Samuel, “Separability of arbitration clauses. Some awkward questions about the law on contracts, conflict of laws and the Administration of Justice”, en: *Arbitration and Dispute Resolution Law Journal*, N° 36, 2000; RAU, Alan Scott, “Everything you really need to know about ‘separability’ in seventeen simple propositions”, en: *The American Review of International Arbitration*, N° 14, 2003, pp. 1 y ss; GRIGERA NAÓN, Horacio A., “La autonomía del acuerdo arbitral”, en: *Rev. La Ley*, 1989-D-1107.

argentina, es el encargado de dirimir ese conflicto de competencia. La Corte, finalmente, atribuyó la competencia para conocer de la demanda promovida por Basf a la justicia comercial, considerando que “si bien el corredor ha intervenido en la celebración de los contratos de compraventa en calidad de representante de la actora [BASF], la cláusula compromisoria, contenida en los boletos de compraventa, claramente está referida a la intervención del órgano arbitral para la solución de diferendos que surjan entre vendedor y comprador, pero no entre el corredor y su comitente enajenante, los que discrepan en torno al resultado de la gestión del primero y la debida rendición de cuentas sobre los supuestos importes recibidos de los compradores”. Añadió luego que “cualquiera sea la figura jurídica que relacione a las partes de la acción –cuenta corriente mercantil, cuenta de gestión simple, mandato, gestión de corretaje o comisión– lo que es indudablemente cierto, es que la discusión gira en torno a la relación del demandado [Capdevielle] con la actora [BASF], y la cláusula compromisoria inserta en el contrato, sólo obliga a las partes que realizan la compraventa de cereales, pero no puede relacionarse con la relación jurídica particular establecida entre el vendedor y su mandatario, gestor, comisionista o corredor. Por ello, esta causa de cobro de pesos iniciada por el vendedor contra su agente corredor para obtener la condena al pago de las sumas no rendidas al mandante, debe tramitarse por ante el Tribunal Nacional en lo Comercial requirente, quien resulta competente por razón de la materia y el territorio”.⁽⁶⁾

Para evitar que –en contratos de los que nazcan varias relaciones jurídicas que involucren a diferentes partes– se interprete que el arbitraje ha sido pactado sólo entre las partes del contrato principal y que el pacto no es extensivo a firmantes que son parte de otro contrato con-

⁽⁶⁾ CSJN, 11/05/ 2004, *in re* Basf Argentina S.A. c. Capdevielle Kay y Cía. S.A., Competencia N° 1651. XXXIX, Rev. Fallos 327: 1450. Del dictamen del Procurador Fiscal, que la Corte hizo suyo. En un caso similar, planteado ante la Cámara Arbitral de Cereales de Rosario, la cuestión de competencia fue planteada por vía de declinatoria. El tribunal arbitral se declaró competente y dictó un laudo condenando a Capdevielle a pagar a Basf las sumas que había cobrado por su cuenta de los diferentes compradores. Planteado el recurso de nulidad, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario anuló el laudo, con argumentos similares a los utilizados por la Corte. CApel.CyC Rosario, Sala 2ª, 8/07/2004, *in re* Basf Argentina S.A. c. Capdevielle, Kay y Cía. SACIFM, inédito.

tenido en el mismo instrumento, es recomendable cuidar la redacción de la cláusula. Es preciso escribirla en términos que no dejen dudas sobre la intención de abarcar a todos los otorgantes del acto y a todas las relaciones jurídicas que nazcan de él. De hecho, luego del caso “BASF”, la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales –como usualmente interviene en conflictos que involucran situaciones de esta naturaleza, con corredores o fiadores “incorporados” al mismo contrato– ha sugerido la adopción de una nueva cláusula modelo: “Todos los firmantes acuerdan que todas las divergencias, cuestiones o reclamaciones que surjan de o que se relacionen con cualquiera de las relaciones jurídicas que se derivan de este contrato y entre cualesquiera de ellos, serán resueltas en forma definitiva por la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires”.⁽⁷⁾

2.2. Multiplicidad de contratos entre las mismas partes

Este supuesto plantea problemas en orden al alcance objetivo del acuerdo arbitral, especialmente si alguno de esos varios contratos que las partes han celebrado no tiene cláusula arbitral. En relaciones jurídicas de cierta complejidad –y especialmente si esos contratos se refieren a un único “negocio” o a negocios que tengan alguna vinculación entre sí– es posible que, cuando surja un conflicto entre ellas, no sea tan fácil de identificar de cuál de todas las relaciones jurídicas surge ese conflicto.

El trasfondo del caso “Reef” es un ilustrativo ejemplo de ello.⁽⁸⁾

Reef Exploration Inc. [Reef] había adquirido las acciones de una sociedad argentina denominada Hinton Argentina S.A., quien –junto con otras sociedades– era adjudicataria de un permiso de exploración de hidrocarburos en un área de Salta y Jujuy, en el norte argentino. Luego, Hinton Argentina S.A. cambió su denominación por Reef Argentina S.A. Esta última convino con Compañía General de Combustibles S.A. [CGC] la cesión de una parte de los derechos inherentes al

(7) La cláusula modelo, los Reglamentos y toda otra información sobre esta entidad puede verse en su página web: www.cabcbue.com.ar.

(8) CNCom., Sala D, 5/11/2002, *in re* Reef Exploration Inc. c. Compañía General de Combustibles S.A., Rev. Jurisprudencia Argentina 2003-III-97.

mencionado permiso de exploración y, además, las mismas partes firmaron un contrato por el cual regularon la actividad de exploración del área de referencia. Para desarrollar el yacimiento, que excedía la capacidad financiera de las contratantes, las partes procuraron obtener la participación de otras compañías en el proyecto. En ese contexto, y habiendo fracasado la búsqueda de nuevos inversores, CGC ofreció a Reef adquirirle la totalidad de las acciones de las que era titular en Reef Argentina S.A. Este contrato finalmente se llevó a cabo, adquiriendo en consecuencia CGC las acciones que Reef tenía en Reef Argentina S.A., que luego transfirió esas mismas acciones a Shell C.A.P.S.A., por una suma mayor. El contrato de compraventa de acciones celebrado entre CGC y Reef contenía una cláusula arbitral, sometiéndose las partes al arbitraje administrado por la American Arbitration Association, con sede en Dallas, Estado de Texas, EE.UU. Esa cláusula dio lugar a un proceso arbitral que Reef inició, con base en que CGC había tergiversado u omitido numerosos hechos relevantes relativos a la actividad de Reef Argentina S.A. y a los potenciales interesados en las acciones de la sociedad. CGC objetó la jurisdicción del tribunal arbitral argumentando que los hechos fundantes del reclamo arbitral instaurado por Reef no estaban referidos al contrato de compraventa de las acciones de Reef Argentina S.A. —que contenía la cláusula arbitral— sino que se derivaban de los contratos anteriores (cesión de los derechos del permiso de exploración y regulación de la actividad de exploración) que no tenían cláusula arbitral alguna.

El tribunal arbitral se declaró competente y dictó un laudo haciendo lugar al reclamo de Reef. En oportunidad de solicitarse su reconocimiento ante los tribunales argentinos CGC se opuso, con fundamento en la incompetencia del tribunal arbitral.⁽⁹⁾ En primera instancia

⁽⁹⁾ Debe recordarse que la incompetencia del tribunal arbitral es una causal que autoriza al juez del *exequátur* a denegar el reconocimiento que se le pide. Las Convenciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros de Nueva York de 1958 y Panamá de 1975 prevén que podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución del laudo si la parte contra quien se intenta prueba que el laudo se refiere a un diferendo no previsto en el acuerdo arbitral (artículos V.1.c) y 5.1.c), respectivamente). De modo similar, la legislación interna argentina dispone que de su lado, prevé que para ser ejecutable, un laudo extranjero debe haber emanado “del tribunal competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional” (CPCCN, artículo 517 inciso 1, aplicable por remisión del artículo 519).

se acogió la defensa de CGC, sentencia luego revocada por la Cámara de Apelaciones, que admitió el *exequátur*. Aun reconociendo que los antecedentes fácticos que originaron el juicio arbitral fueron anteriores a la celebración del contrato de compraventa de acciones, la Cámara Comercial juzgó finalmente que esos hechos formaron parte de las tratativas preliminares que lo tuvieron como corolario y que, si este acuerdo no hubiera sido concertado, no habría existido ningún reclamo arbitral promovido por Reef desde que –en ese caso– no se habrían producido los daños y perjuicios invocados por ésta. Al considerar, en consecuencia, que se trataba de hechos que dieron lugar a la celebración del contrato y que, por ende, resultaban directamente vinculados al mismo, se resolvió que la base fáctica del proceso arbitral resultó subsumida en la cláusula compromisoria, tal como había sostenido el tribunal arbitral. En otras palabras, se juzgó que existía una vinculación directa e inmediata entre los hechos que dieron lugar al proceso arbitral y la celebración del contrato de compraventa de acciones, por lo que concluyó que el tribunal arbitral había sido competente para conocer en el caso.

La manera más eficaz de prevenir este tipo de situaciones –que derivan en largas discusiones y costosos pleitos judiciales– es uniformar las cláusulas de selección del foro de los distintos contratos que vinculen a las partes, de modo que, surgido un conflicto de alguno de ellos, no pueda objetarse la vía arbitral argumentando que en realidad ese conflicto surge de otro acuerdo. Si todos los contratos tienen cláusula de arbitraje, no podrá pretenderse su derivación a sede judicial. Claro que ello solo no garantiza que todas las reclamaciones puedan ser tramitadas en un mismo y único juicio arbitral (para lo cual será necesario adoptar algunas precauciones adicionales, como se explicará *infra* al tratar la acumulación de acciones y de procesos). Pero al menos evita el riesgo de que una parte del conflicto se judicialice. En definitiva, si ambos contratos contienen cláusulas arbitrales y no es posible acumular todas las controversias en un solo proceso, deberán tramitarse procesos separados, aunque ambos serán arbitrales.

2.3. Multiplicidad de contratos entre partes también múltiples

Los problemas relativos al alcance del acuerdo arbitral en estos casos son ciertamente más complejos, porque la multiplicidad tanto de

partes como de contratos hace probable que se levanten cuestionamientos a la jurisdicción arbitral. Estos cuestionamientos pueden estar basados en la inexistencia de un acuerdo arbitral que vincule a todas ellas (alcance subjetivo), en la inexistencia de un acuerdo arbitral que cubra las controversias que pretenden llevarse a arbitraje (alcance objetivo), o en una combinación de ambos.

La cuestión del alcance del acuerdo arbitral a no-signatarios ha sido ya analizada en otro trabajo, al que remitimos.⁽¹⁰⁾ La relativa al alcance objetivo del acuerdo arbitral no difiere sustancialmente de las analizadas en los párrafos precedentes, aunque la multiplicidad de contratos y partes potencia las posibilidades de cuestionamientos, dadas todas las posibles combinaciones.

3. PROBLEMAS PROCESALES

Además de los problemas vinculados al alcance del acuerdo arbitral tratados *supra*, la pluralidad de partes o la pluralidad de contratos (aun entre las mismas partes) apareja también inconvenientes de naturaleza procesal. ¿Pueden acumularse en un mismo juicio arbitral pretensiones contra varias partes que participaron en una única transacción económica pero a través de varios contratos?; ¿puede un tribunal arbitral llamado a resolver una cuestión litigiosa que surge principalmente de un contrato, decidir cuestiones surgidas de otros contratos?; si existen procedimientos arbitrales separados, ¿pueden ellos consolidarse en uno solo?; en su caso, ¿en qué condiciones?; si no pueden ser consolidados, ¿cómo puede evitarse los inconvenientes derivados de tener procesos paralelos?; habiendo varias partes demandantes o varias partes demandadas, ¿cómo se constituye el tribunal arbitral?

Estas situaciones, que –como veremos– encuentran solución en los procesos judiciales, son fuente de problemas en el arbitraje, habida cuenta de su origen consensual y de las limitaciones que tiene la jurisdicción de los árbitros (en principio, a las partes y a las materias com-

(10) CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, en: *Revista Lima Arbitration*, editada por el Círculo Peruano de Arbitraje, N° 1, 2006, disponible en: <http://www.limaarbitration.net/>.

prendidas en el acuerdo arbitral).(11) Puede ser que el acuerdo arbitral no cubra todas las acciones que pueden nacer de los hechos que motivan el conflicto, o que no sea oponible a –o invocable por– todas las partes involucradas. Pero, aun cuando hubiera convenios arbitrales que alcanzaren a todas las personas involucradas y comprensivos de todas las cuestiones que pretenden acumularse, la consolidación podría alterar las condiciones en que las partes acordaron ir al arbitraje, si se tratase de acuerdos arbitrales diferentes.

Para ordenar su tratamiento, agruparemos los problemas procesales en dos categorías principales: i) aquellos relativos a la integración procesal, y ii) aquellos relativos a la integración del tribunal arbitral. Trataremos cada uno de estos supuestos, recordando –con carácter previo y a los fines comparativos– cómo funciona la acumulación de acciones o los procesos con partes múltiples en el marco de los procedimientos judiciales.

3.1. Acumulación de acciones y consolidación de procesos judiciales

En los procesos tramitados ante los tribunales judiciales es posible, bajo ciertas condiciones, que una parte acumule –en un solo juicio– varias acciones contra la misma contraparte o que varias partes litiguen en forma conjunta, sea como demandantes o como demandados (situación que, inclusive, en ciertos casos es forzoso). También es posible que un tercero se haga parte voluntariamente en un proceso judicial al que no ha sido llamado, o que alguna de las partes pretenda traer forzosamente al proceso a un tercero. Finalmente, los códigos procesales suelen contener normas destinadas a regular la posible acumulación de procesos.

(11) Se ha dicho que el arbitraje nunca podrá proveer, para este tipo de disputas, de soluciones compatibles con las que pueden encontrarse en los tribunales judiciales. *“Arbitration will never provide solutions to disputes involving more than two parties compatible to those available in the courts. It is impossible to put arbitrators completely on a par with judges, notably because one of the main characteristics of arbitration, besides its consensual aspect (which should not be overestimated), is that the parties are entitled to choose the arbitrators, directly or indirectly”*. DERAÏNS, Yves, “The limits of the arbitration agreement in contracts involving more than two parties”, en: *Complex arbitrations. Perspectives on their procedural implications*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, p. 33.

En materia de acciones, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina [CPCCN] prevé tanto la acumulación objetiva como la subjetiva.⁽¹²⁾ El artículo 87 del CPCCN dispone que pueden acumularse varias acciones contra una misma parte, siempre que: (a) La acumulación se pida antes de la notificación de la demanda; y (b) Las acciones no sean excluyentes entre sí, correspondan a la competencia del mismo juez y puedan sustanciarse por los mismos trámites. Los artículos siguientes contemplan los supuestos de acumulación subjetiva (litisconsorcios, tanto facultativos como obligatorios). En relación con el litisconsorcio facultativo, la norma establece que varias partes podrán demandar o ser demandadas en un mismo proceso, cuando las acciones sean conexas por el título, por el objeto, o por ambos elementos a la vez (artículo 88). Respecto del litisconsorcio necesario, el Código preceptúa que, cuando la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes, éstas habrán de demandar o ser demandadas en un mismo proceso, pudiendo el juez –de oficio o a solicitud de cualquiera de las partes– ordenar la integración de la litis (artículo 89).

A continuación, el Código regula los supuestos de intervención de terceros. Conforme el artículo 90, aunque no haya sido demandada o citada, puede intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, cualquier persona que acredite sumariamente alguna de las siguientes circunstancias: (a) Que la sentencia pudiere afectar su interés propio; o (b) Que hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio según las normas del derecho sustancial. Si el supuesto encuadrara en la primera situación, la actuación del interviniente será accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyare, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviese prohibido a ésta; en el caso de la segunda, el interviniente actuará como litisconsorte de la parte principal y tendrá sus mismas facultades procesales. Para ello, deberá efectuar la petición por escrito y con los requisitos de la demanda, resolviendo el juez previa sustanciación (artículo 92). En ciertos casos, la intervención de terceros es obligada: el demandante (en el escrito de demanda) y el demandado (dentro del

(12) Aunque circunscribiremos nuestra referencia al derecho argentino, las soluciones no difieren sustancialmente en el derecho comparado. Como se ha señalado, “*se podría afirmar que todas las legislaciones y doctrinas admiten la existencia de varias personas en la situación de demandante o demandado, o en ambas calidades*”. PARRA QUIJANO, Jairo, *La intervención de terceros en el proceso civil*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 31.

plazo para oponer excepciones previas o para contestar la demanda) podrán solicitar la citación de aquél a cuyo respecto consideraren que la controversia es común (artículo 94). Naturalmente, una vez admitida la intervención del tercero, o su citación, la sentencia que se dicte lo alcanzará como a los litigantes principales (artículo 96).

Con relación a la acumulación de procesos, el CPCCN dispone, como principio general, que tal acumulación será posible bajo las mismas condiciones en que hubiese sido posible la acumulación de acciones, exigiéndose –además– que los procesos cuya acumulación se intente estén tramitando en la misma instancia judicial, que el juez sea competente para entender en ambos, que puedan sustanciarse por los mismos trámites y que la acumulación no implique demoras en los procesos. Si la acumulación es posible, ella se hará sobre el expediente en el que primero se hubiese notificado la demanda, salvo que los jueces intervinientes en los procesos tuvieran distinta competencia por razón del monto, en cuyo caso se hará sobre el de mayor cuantía (artículo 189), y podrá decidirse de oficio o a petición de parte, hasta el momento de quedar el expediente en estado de dictar sentencia (artículo 190). El incidente de acumulación puede plantearse tanto ante el juez que debe conocer en definitiva como ante el que debe remitir el expediente, previéndose en cada caso el trámite procesal que deberá imprimir al pedido. En cualquier caso, si el juez requerido no accediere a la acumulación, deberá elevar el expediente a la Cámara de Apelaciones, que resolverá sin sustanciación alguna sobre su procedencia (artículo 192). En caso de ser admitida, los procesos acumulados se sustanciarán y fallarán conjuntamente, aunque se da al juez la posibilidad –si el trámite conjunto resultare dificultoso– de disponer que cada proceso se sustancie por separado, dictando una sola sentencia (artículo 194).

3.2. Acumulación de acciones en arbitrajes con partes múltiples o contratos múltiples

Aunque no deja de tener algunas desventajas,⁽¹³⁾ poderosas razones militan en favor de la acumulación de acciones en un mismo

(13) En ocasiones, esta puede ser una estrategia que permita a una de las partes forzar a otra a llegar a un acuerdo antes de embarcarse en un complejo y costoso proceso entre partes

proceso.⁽¹⁴⁾ Por un lado, se favorece la más eficaz administración de la solución de las controversias, al ser el mismo tribunal el que decide la totalidad de ellas en un único juicio. Por el otro, ello permite una sustancial reducción de tiempo y costos, al evitarse la duplicación de actuaciones procesales y de pruebas. Finalmente, también se evita el dictado de decisiones contradictorias o inconsistentes, resultado que podría darse si los casos tramitaran separadamente.⁽¹⁵⁾

Asumiendo que, en un caso con multiplicidad de partes o de contratos, una de las partes puede estar estratégicamente interesada en acumular todas las acciones en un solo proceso arbitral, analizaremos las condiciones en que tal cosa es posible, en cada uno de los diferentes supuestos que podrían presentarse.

3.2.1. Acumulación objetiva de acciones entre las mismas partes vinculadas por un único contrato

Existiendo sólo dos partes unidas por un único contrato, la acumulación objetiva de pretensiones es posible, tanto para el demandante como para el demandado. En la medida que las cuestiones controvertidas que se pretendan someter a decisión de los árbitros

múltiples. La presencia de terceras partes hace asimismo problemático el manejo de información confidencial. TEN CATE, Irene M., “Multi-party and Multi-contract arbitrations: Procedural mechanisms and interpretation of arbitration agreements under U.S. Law”, en: *American Review of International Arbitration*, N° 15, 2004, pp. 133 y ss. Asimismo, se ha señalado que de ello puede resultar una injusta distribución de los costos del proceso. GAILLARD, Emmanuel, “The consolidation of arbitral proceedings and court proceedings”, en: *Complex arbitrations. Perspectives on their procedural implications*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, p. 37.

(14) “[Consolidation] may be the only adequate means of achieving the ultimate goals of arbitration: fair, efficient and economical commercial justice”. STIPANOWICH, Thomas J., “Arbitration and the multiparty dispute: The search for workable solutions”, en: *Iowa Law Review*, Vol. 72, 1987, pp. 473 y ss.

(15) “[T]here is a danger in having two separate arbitrations in a case like this. You might get inconsistent findings if there were two separate arbitrators (...). It is most undesirable that there should be inconsistent findings by two separate arbitrators on virtually the self-same question, such as causation. It is very desirable that everything should be done to avoid such a circumstance”. Del voto de Lord Denning, English Court of Appeal, 1982, in re Abu Dhabi Gas Liquefaction Co Ltd v. Eastern Bechtel Corp [1982] 2 Lloyd’s Rep 425, 427, IX Yearbook Commercial Arbitration, 1984, pp. 448 y ss.

surjan de la misma relación jurídica, y que el arbitraje haya sido estipulado para todas las controversias que surjan con relación a ella, el demandante podrá acumular en su demanda todas las reclamaciones que tenga contra el demandado y el demandado podrá, al reconvenir, incluir como pretensiones todas las reclamaciones que tenga contra el demandante.

3.2.2. *Acumulación objetiva o subjetiva de acciones, en caso de partes múltiples vinculadas por un solo contrato*

Salvados los problemas relativos al alcance del acuerdo arbitral a los que nos hemos referida *supra* (en 2.1), si se trata de una multiplicidad de partes que son signatarias del mismo contrato, no habrá mayormente problemas en orden a la integración del proceso arbitral ya que todos son signatarios de la misma y única cláusula arbitral: en principio, cualquiera de las partes en el proceso (demandante o demandada) puede pedir en sus escritos postulatorios (demanda y reconvencción, respectivamente) la inclusión al proceso de otras partes del contrato.⁽¹⁶⁾ Si el acuerdo arbitral es claramente oponible a todas las partes y cubre incuestionablemente las cuestiones litigiosas que se someten a decisión del tribunal arbitral (es decir, si no hay problemas relativos al alcance del acuerdo arbitral), es perfectamente posible integrar la litis con cualquiera de ellos, a pedido de cualquiera de ellos, y acumular en un mismo proceso todas las pretensiones que se encuentren comprendidas dentro de aquellas para las cuales se pactó el arbitraje.⁽¹⁷⁾

Este supuesto, empero, suscita algunas complicaciones respecto de la composición del tribunal arbitral. Si –como es usual– las partes

⁽¹⁶⁾ La Corte Internacional de la CCI, que tradicionalmente ha considerado que sólo el demandante tiene la posibilidad de requerir la comparecencia al proceso de otras partes, ha recientemente morigerado ese principio, admitiendo que también pueda hacerlo el demandado, siempre que el tercero sea también firmante del acuerdo arbitral y el demandado introduzca reclamos contra ese tercero conjuntamente con los reclamos que articule contra el demandante. WHITESELL, Anne Marie/SILVA ROMERO, Eduardo, “Multiparty and multicontract arbitration: recent ICC experience”, en: *Complex arbitrations. Perspectives on their procedural implications*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003, p. 11.

⁽¹⁷⁾ DE BOISSÉSON, Matthieu, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 2ª ed., GLN Joly, París, 1990, p. 534.

tienen derecho a designar o proponer un árbitro, en caso de existir más de un demandante o más de un demandado, habrá que ver de qué modo se constituye el tribunal si los varios demandantes o demandados no se pusieran de acuerdo en la designación de un único árbitro común. Este tema será objeto de análisis más adelante, en (3.4).

3.2.3. Acumulación objetiva de acciones en caso de dos partes vinculadas por varios contratos

En caso de existir dos únicas partes, pero vinculadas a través de varios contratos, la acumulación objetiva de pretensiones es posible, aunque no está exenta de dificultades. La respuesta dependerá, sustancialmente, de la homogeneidad de las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos que unen a las partes. Ciertamente, si alguno de ellos no contiene cláusula arbitral alguna, el problema será “de fondo”, ya que las pretensiones o reclamaciones que se relacionen con el contrato que carece de cláusula arbitral, estarán en principio sometidas a los tribunales judiciales que correspondan y excluidas de la competencia de cualquier árbitro, habilitando a la contraparte a articular defensas de falta de jurisdicción de los árbitros. Pero aun si todos los contratos contienen alguna cláusula arbitral, la acumulación pretendida por alguna de las partes podrá ser objetada por la otra si estas cláusulas son diferentes, en tanto la pretensión de llevar a un único arbitraje cuestiones que han sido sometidas a distintos regímenes arbitrales alteraría las condiciones pactadas.

El punto que, en este sentido, ofrece inconvenientes es discernir cuándo las cláusulas arbitrales se consideran “diferentes”. Pocas dudas cabrán, por ejemplo, si una de ellas prevé arbitraje de derecho y la otra arbitraje de equidad.⁽¹⁸⁾ Pero habrá supuestos en que, aun sin ser literalmente idénticas, las cláusulas no sean necesariamente incompatibles. Creemos que la solución habrá de adoptarse, caso por caso, tomando en consideración aquellos aspectos del arbitraje que puedan estimarse esenciales. En principio, podrían calificarse como “esencial” a la entidad

(18) Sobre las diferencias entre uno y otro régimen, remitimos a AGUILAR, Fernando y CAIVANO, Roque J., “Notas sobre el arbitraje de equidad o de amigables compondores”, en: *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 13/09/2006.

encargada de administrar el arbitraje, pues ello supone someterse a procedimientos diferentes, con regímenes de designación de árbitros y costos también diversos. También serían susceptibles de considerarse esenciales los pactos relativos al derecho de fondo aplicable,⁽¹⁹⁾ o la sede del arbitraje,⁽²⁰⁾ en tanto se refieren a aspectos sustanciales del acuerdo arbitral. También se ha juzgado sustancial lo relativo a la cantidad de árbitros que habrán de intervenir en cada caso.⁽²¹⁾

Si las cláusulas contenidas en los varios contratos que vinculan a las partes son idénticas –o, al menos, compatibles– el problema se centrará mayormente en la oportunidad procesal para intentar la acumulación de las acciones en un solo juicio, tema del que nos ocuparemos en el punto (3.2.5).

3.2.4. Acumulación objetiva y subjetiva de acciones en caso de varias partes vinculadas por varios contratos

Esta es la hipótesis que mayores dificultades presenta, pues las complicaciones analizadas en los párrafos precedentes se juntan, siendo técnicamente posible cualquier combinación. Para que una demanda arbitral única contra varios demandados sea posible, deben darse los requisitos enunciados: los diferentes instrumentos contractuales

(19) Con todo, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI admitió la consolidación en un solo arbitraje de dos casos, a pesar de que contenían diferentes leyes aplicables al fondo de la cuestión. WHITESELL/SILVA ROMERO, “Multiparty and multicontract arbitration: recent ICC experience”, cit., p. 15.

(20) Así se resolvió no admitir la consolidación en un caso administrado por la CCI, en razón de que en una de las cláusulas arbitrales las partes habían designado a París y en la otra a Ginebra como sede del arbitraje. WHITESELL/SILVA ROMERO, “Multiparty and multicontract arbitration: recent ICC experience”, cit., p. 15. Debe recordarse que la elección de la sede del arbitraje proyecta importantes consecuencias: usualmente el acuerdo arbitral se rige, en cuanto a sus condiciones de validez, por el derecho de la sede, y los tribunales judiciales de la sede son los competentes para brindar el auxilio jurisdiccional antes o durante el proceso arbitral y para revisar la validez del laudo. Sobre la importancia de la sede puede verse, JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá, “Notas sobre la CCI, París, Latinoamérica y la sede del arbitraje”, en: *Revista Abogados (Colegio Público de Abogados de la Capital Federal)*, N° 78, 2004.

(21) Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Six, 2005, *in re* Gregory Parker v. Wendy P. McCaw et al., 2nd Civil N° B167028.

que vinculan a las partes deben contener acuerdos arbitrales compatibles, que comprendan a todas las partes que se intentan traer al proceso y a todas las materias que se incluyan en el reclamo. Además, debe tratarse de contratos que instrumenten la misma relación jurídica (con el alcance que explicaremos en 3.3.1) o de relaciones jurídicas relacionadas de tal modo que se justifique la tramitación conjunta de todas las reclamaciones en un único proceso. Por cierto, esta última circunstancia deberá ser acreditada por quien acumula las acciones (sea el demandante en la demanda, sea el demandado en la reconvencción), demostrando la necesidad o conveniencia de incluir pretensiones contra diferentes partes y/o nacidas de diferentes contratos.

Si, en cambio, alguno de los contratos involucrados no contiene cláusula arbitral, la cuestión se torna compleja pues, en principio, en ausencia de un acuerdo arbitral que cubra todas las controversias y que sea oponible a todas las partes, la acumulación de todas las pretensiones en un solo proceso arbitral será prácticamente imposible, salvo que todas las partes consientan la jurisdicción arbitral.

3.2.5. Requisitos comunes para la acumulación de acciones (conexidad y temporaneidad)

Hemos visto que, de no existir cuestionamientos al alcance (objetivo o subjetivo) del o los acuerdos arbitrales y, en su caso, siendo éstos compatibles, la acumulación de pretensiones es, en principio, posible. Pero, en cualquiera de los supuestos analizados, existen otras dos condiciones para que la acumulación de acciones sea procedente: debe tratarse de cuestiones conexas y ser planteada en el momento procesal oportuno.

Sobre la necesaria conexidad que debe existir entre las acciones cuya acumulación se intenta *ab initio*, remitimos a lo que se dirá más adelante (en 3.3.1) respecto de la conexidad exigida para consolidar procesos arbitrales en trámite, dado que se aplican los mismos principios. Anticipamos aquí que no es posible en el arbitraje –como tampoco lo es en los procesos judiciales– acumular acciones respecto de controversias que no guardan una relación de conexidad –objetiva o subjetiva– tal que justifique su tratamiento conjunto. No cualquier acción es acumulable. Debe existir un vínculo entre ellas, de suficiente entidad como para

hacer necesaria o conveniente su acumulación,⁽²²⁾ circunstancias esas cuya prueba pesa sobre quien lo intenta.

Sobre la oportunidad para intentar la acumulación de acciones, corresponde precisar un poco más el concepto. El supuesto que menos problemas presenta es aquel en que la acumulación es pretendida por el demandante en la demanda o por el demandado en la contestación de demanda o en la reconvencción. Ahora bien: si el demandante no incluyó las varias pretensiones contra el mismo demandado en la demanda (o el demandado no lo hizo al reconvenir), o si el demandante no incluyó entre los destinatarios de su acción a todos aquellos que se proponía demandar (o el demandado omitió hacerlo al reconvenir): ¿pueden hacerlo con posterioridad? Si la respuesta fuese negativa, ello implicará que las nuevas pretensiones deberán tramitar en un juicio arbitral independiente. Si la respuesta fuese afirmativa, cabe preguntarse ¿hasta qué momento procesal pueden hacerlo?

La respuesta a estos interrogantes dependerá, sustancialmente, de las reglas específicas que las partes pudieran haber acordado o de las reglas de procedimiento a las que se hubiesen sometido.

A modo de ejemplo, el Reglamento de la CCI regula la acumulación subsiguiente de nuevas reclamaciones entre las mismas partes y en el mismo proceso, en los siguientes términos. El artículo 19, que lleva por título “Nuevas demandas”, dispone: “Una vez firmada el Acta de Misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconvenccionales, que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del Tribunal Arbitral el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes”.

Esta disposición, leída *a contrario sensu*, permite inferir que, como cuestión de principio, el demandante puede incluir en el mismo proceso nuevas pretensiones –adicionales o diferentes de las planteadas en la

(22) A modo de ejemplo, el CPCCN exige, para que proceda la acumulación de acciones judiciales, que ellas sean conexas por el título, por el objeto, o por ambos elementos a la vez.

demanda— contra el mismo demandado (y el demandado puede hacer lo propio con relación a aquellas que hubiese planteado en la reconvencción) hasta la firma del Acta de Misión y, aún posteriormente, siempre que los árbitros lo autoricen. En otras palabras, aunque la acumulación objetiva de acciones entre las mismas partes y surgidas de la misma relación jurídica no se haya hecho en las primeras presentaciones de las partes, es posible hacerlo posteriormente, siempre que no se haya firmado o aprobado el Acta de Misión. Luego de este acto, las nuevas pretensiones requerirán la expresa autorización del tribunal arbitral. Nada dice el Reglamento acerca de si las nuevas pretensiones procesalmente acumulables son únicamente aquellas nacidas del mismo contrato o si pueden también referirse a controversias nacidas de otros contratos, aunque esta última hipótesis pareciera ser admisible, a condición de que, aunque proveniente de diferentes instrumentos, se refieran a la misma relación jurídica.

En términos similares, las Reglas de Arbitraje Comercial de la American Arbitration Association disponen que, luego de presentada la demanda o la reconvencción, las partes pueden hacer nuevas reclamaciones o modificar las efectuadas originalmente, dando conocimiento a la contraparte, que tendrá 15 días para responderlas. Sin embargo, una vez que los árbitros fueron designados, no se podrán modificar ni ampliar las reclamaciones, salvo que los árbitros lo autoricen.⁽²³⁾

3.3. Acumulación de procesos arbitrales en trámite (consolidación)

Hemos analizado en el punto 3.2. precedente la situación que se presenta cuando, en la primera oportunidad procesal, demandante o demandado pretenden acumular varias acciones en un mismo proceso.

⁽²³⁾ American Arbitration Association Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures (Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes): “R-6. *Changes of Claim: After filing of a claim, if either party desires to make any new or different claim or counterclaim, it shall be made in writing and filed with the AAA. The party asserting such a claim or counterclaim shall provide a copy to the other party, who shall have 15 days from the date of such transmission within which to file an answering statement with the AAA. After the arbitrator is appointed, however, no new or different claim may be submitted except with the arbitrator’s consent.*”

Nos proponemos ahora analizar una situación que, si bien tiene muchos puntos de contacto con esa, es diferenciable y plantea problemas de otra naturaleza. Nos referimos al caso en que esa acumulación involucra la necesidad de unificar procesos ya en trámite. Esto es lo que comúnmente se denomina consolidación de arbitrajes o de procedimientos (*joinder* o *consolidation*, en el derecho anglosajón).

Anticipamos aquí que la consolidación de procesos sólo es posible bajo ciertas condiciones. Una primera –y obvia– condición es que las controversias deben tener una conexidad tal que justifique la acumulación de todas ellas en un mismo proceso. Una segunda –no menos obvia en materia de arbitraje– es que debe existir alguna norma de la que derive la posibilidad de acumular los procesos, norma que tanto puede ser una estipulación entre las partes –incluyendo una norma reglamentaria a la que se hayan sometido– como una disposición legal. De esta norma (se insiste, convencional –que incluye las reglamentarias a que las partes se hubiesen sometido– o legal) derivará usualmente quién tiene atribuciones para decidir la consolidación y bajo qué condiciones ella es posible.

3.3.1. La conexidad requerida para consolidar procesos arbitrales

Así como no es posible acumular acciones respecto de controversias que no guardan una relación de conexidad que justifique su tratamiento conjunto, tampoco es posible consolidar procesos cuyas pretensiones carezcan de esa conexidad. Dos procesos son consolidables cuando entre ambos existe una relación tal que justifique su tratamiento conjunto en uno solo, circunstancia cuya prueba recae sobre quien lo intenta.

Sobre este punto, el Reglamento de la CCI admite la acumulación subsiguiente de acciones y la consolidación de procesos arbitrales, siempre que se trate de las mismas partes, sea temporáneamente pedida por una de ellas y las cuestiones se refieran a la “misma relación jurídica”. Este último aspecto –que es el que nos ocupa en esta parte– ha sido interpretado como comprensivo no sólo del supuesto en que exista un único contrato, sino también cuando se trate del “mismo negocio”, aun cuando haya sido instrumentado en diferentes contratos. Específicamente se ha considerado que el requisito se satisface cuando las partes están vinculadas por un contrato “marco” y varios contratos adicionales, o cuando se trata de contratos relacionados entre sí o de contratos

consecutivos destinados a reglar diferentes aspectos de la misma operación comercial o económica.

Un caso reciente permite ilustrar esta idea.⁽²⁴⁾ Una parte [demandante] presentó, el mismo día, dos solicitudes de arbitraje ante la CCI contra un mismo demandado. Los casos se referían a dos contratos de subalquiler de dos diferentes locales en un aeropuerto. El demandado pidió, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 4.6 del Reglamento, la consolidación de ambos arbitrajes, fundando su pedido en que las partes eran las mismas, que el Acta de Misión no había sido firmada y que los co-árbitros propuestos por las partes eran los mismos. Con relación al origen de las pretensiones, sostuvo que las dos solicitudes de arbitraje se basaban en relaciones jurídicas “gemelas”, que las pruebas eran prácticamente las mismas, y que los contratos contenían cláusulas arbitrales idénticas. Asimismo, las pretensiones eran absolutamente conexas, toda vez que se pretendía de los árbitros que decidieron si el demandado debía pagar un único alquiler por ambos locales o uno por cada uno de ellos. Adicionalmente, existía evidencia documental, proveniente del contratante original de ambos contratos (que luego cedió su posición a la demandante), que indicaba que el alquiler había sido siempre calculado sobre la base de la cantidad total de pasajeros que transitaran la terminal aérea. El demandante se opuso a la consolidación, argumentando, entre otras cosas, que no existía una única relación jurídica sino dos contratos, uno referido a un local y el otro a un local diferente. La Corte, en uso de las atribuciones reglamentarias, ordenó la consolidación, por considerar que, aunque instrumentada en diferentes contratos y referidos al alquiler de dos locales distintos, se trataba de la misma relación jurídica.

Esta decisión es consistente con los precedentes de la CCI sobre la materia. En los casos N° 11579 y 11580, la Corte consolidó dos arbitrajes que involucraban dos contratos distintos, aunque con un mismo propósito comercial y relacionados con la misma transacción económica. En los casos N° 11441 y 11442, por el contrario, decidió no consolidar los procesos, al encontrar que la relación entre ambos contratos era sólo aparente, pues se referían a proyectos diferentes, que fueron ejecutados

(24) Decisión de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI en los casos N° 13208 y 13207.

en distintos tiempos y que contenían cláusulas arbitrales también diversas.⁽²⁵⁾ En general, el criterio que se sigue es el de analizar la realidad de la transacción que subyace en los casos a consolidar, interpretando de manera amplia el concepto de “relación jurídica” no en el estricto sentido de “contrato”, sino en el más amplio de “transacción económica” (*single economic transaction*), comprensivo de una posible multiplicidad de contratos interrelacionados.

El mismo razonamiento puede verse en la decisión del tribunal arbitral en el caso “Pertamina”.⁽²⁶⁾ El tribunal consideró apropiado tramitar en un único proceso pretensiones entre las partes relacionadas con dos contratos diferentes, interpretando que, bajo las circunstancias del caso, los contratos estaban integrados de tal modo que no existían dos contratos independientes sino la ejecución de un único proyecto, a punto que sustanciar dos procesos sería artificial: las cláusulas arbitrales contenidas en ambos eran prácticamente idénticas y la base de la disputa era la discrepancia sobre las consecuencias de una norma estatal que había suspendido –a causa de una crisis financiera– la ejecución de un proyecto. Adicionalmente, hizo notar el tribunal los beneficios prácticos de consolidar ambos procesos: la eliminación del riesgo de decisiones contradictorias y la sustancial reducción de costos, trascendente en el caso por la crisis que afectaba al Estado propietario de la demandada.⁽²⁷⁾

(25) En general, la Corte optó por no consolidar arbitrajes cuando las cláusulas arbitrales contenidas en los distintos contratos no eran homogéneas (casos N° 10323 y 10172). Sin embargo, no se requiere que las cláusulas sean idénticas, bastando que no sean incompatibles en aspectos sustanciales (casos N° 11761 y 11903).

(26) Laudo preliminar de octubre de 1999, del tribunal arbitral integrado por Piero Bernardini, Ahmed El-Kosheri e Yves Derains. Este laudo puede verse citado en el fallo de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito: US Court Of Appeals for the Fifth Circuit, 23/03/2004, *in re* Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al, N° 02-20042 & 03-20602, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

(27) *“In such circumstances, the conclusion of this Arbitral Tribunal is that [claimant]’s single action should be admitted, provided it is appropriate. The Arbitral Tribunal has not the slightest doubt in this respect. Due to the integration of the two contracts and the fact that the Presidential Decrees, the consequences of which are at the origin of the dispute, affected both of them, the initiation of two separate arbitrations would be artificial and would generate the risk of contradictory decisions. Moreover, it would increase the costs of all the parties involved, an element of special weight in the light of difficulties faced by the Indonesian economy, to which counsel for [defendant] legitimately drew the Arbitral Tribunal’s*

Asimismo, en apoyo de esta idea, autorizada doctrina ha puesto de manifiesto que, para juzgar si la relación jurídica es la misma o diferente, no puede pasarse por alto el contexto económico y comercial que subyace por debajo de específicos instrumentos contractuales, debiendo verificarse si las obligaciones que surgen de ambos son recíprocas, tienen un origen común, la misma fuente y responden a una operación económica única, procurando desentrañar la intención común de las partes al momento de contratar, examinando las prácticas contractuales y los hechos de las partes. Esta idea es ejemplificada a través del caso de contratos sucesivos que contribuyen a la ejecución de la misma operación económica.⁽²⁸⁾

3.3.2. *La oportunidad en que la consolidación debe plantearse*

Si existen dos procesos arbitrales relacionados: ¿hasta cuándo puede pedirse su consolidación en uno solo?

La respuesta no es unívoca y dependerá fundamentalmente de varias circunstancias: de lo que las partes hayan pactado, de las reglas de procedimiento a las que se hubiesen sometido o de la legislación procesal aplicable al arbitraje.

Remitiéndonos nuevamente, a modo de ejemplo, al Reglamento de la CCI, advertimos que prevé la posibilidad de consolidar procesos diferentes, siempre que se trate de las mismas partes y de la misma relación jurídica (aunque ésta esté reglada en varios contratos) y establece la oportunidad procesal en que esa petición es audible. El artículo 4.6 del Reglamento de la CCI prevé que: “*Cuando una parte presente una demanda relativa a una relación jurídica respecto de la cual ya existe un proceso arbitral regido por el Reglamento y pendiente entre las mismas*

attention”. Del Laudo preliminar de octubre de 1999, del tribunal arbitral integrado por Piero Bernardini, Ahmed El-Kosheri e Yves Derains, citado en el fallo de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito: US Court Of Appeals for the Fifth Circuit, 23/03/2004, *in re* Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al, N° 02-20042 & 03-20602, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

(28) LÉBOULANGER, Philippe, “Multi-Contract Arbitration”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, N° 4, 1996, pp. 43 y ss.

partes, la Corte puede, a solicitud de cualquiera de ellas, acumular la demanda al proceso arbitral pendiente, siempre y cuando el Acta de Misión no haya sido firmada o aprobada por la Corte. Una vez el Acta de Misión haya sido firmada o aprobada por la Corte, la acumulación sólo procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19”.

En buen romance, esta disposición reglamentaria faculta, bajo ciertas circunstancias, a la Corte Internacional de Arbitraje –no al tribunal arbitral– a decidir la consolidación de procesos. En el aspecto temporal aquí analizado, el Reglamento utiliza el mismo parámetro que en el supuesto de acumulación de acciones ya referido: la consolidación puede pedirse siempre que no se haya firmado o aprobado el Acta de Misión y –excepcionalmente y sujeto a la conformidad del tribunal arbitral– aun con posterioridad.

3.3.3. La conformidad de las partes para consolidar arbitrajes

Las dos condiciones antedichas (conexidad y temporaneidad), con ser necesarias, no son suficientes para consolidar procesos arbitrales. Es preciso, además, que exista conformidad de las partes o una norma legal que autorice la consolidación.

En cuanto a la conformidad de las partes, no necesita ser *ex-post*, ni tampoco expresa.⁽²⁹⁾ Puede darse en forma anticipada –ora en forma directa, ora por remisión a un reglamento arbitral que autorice la consolidación– y aun surgir en forma tácita del conjunto de las estipulaciones convencionales.

Aunque raro en la práctica,⁽³⁰⁾ el más sencillo de los supuestos es aquel en que alguna de las partes pide la consolidación de varios arbitrajes

(29) Como ha dicho la Corte de Casación francesa, debe constatarse exista un acuerdo expreso entre las partes o una voluntad inequívoca de hacerlo. Cour de cassation, Sala Civil 2ª, 16/03/2000, *in re* M. Sechet et autres c. Société ITM entreprises, N° 97-19.102, Bulletin d’information de la Cour de cassation, N° 515, 2000, sumario N° 660.

(30) Imaginemos el caso del dueño de una obra que, alegando fallas en la construcción, demanda por daños y perjuicios a su contratista principal, quien, a su vez, pretende incorporar al mismo proceso arbitral al subcontratista que ejecutó esa parte de la obra. El dueño de la obra (demandante) podría acceder si tuviese dudas sobre la solvencia económica del contratista principal y el subcontratista fuese solvente.

(sea entre las mismas partes, sea que en alguno de ellos es parte un tercero) y ese pedido es consentido –expresa o tácitamente– por todos los interesados. En este caso, habría una conformidad concreta y ceñida al caso.

Sin embargo, como es obvio, no se puede contar con que –llegado ese momento– todas las partes involucradas prestarán la conformidad requerida. Más bien al contrario, por razones estratégicas es altamente probable que la consolidación sea resistida por alguna de ellas.⁽³¹⁾ De allí que, en casos de relaciones jurídicas emparentadas –entre dos partes o, más aún, cuando varias están implicadas– convendrá prever con anticipación esta hipótesis, mediante la conformidad anticipada de todas ellas. Esta conformidad *ex-ante* puede darse en forma directa o indirecta. La primera refiere al supuesto en que la cláusula arbitral o cualquier otra estipulación –que sea oponible a todos los interesados– incluye expresas disposiciones que permitan la consolidación. La segunda se verifica a través del sometimiento de todas las partes a un reglamento que contemple de manera explícita la posibilidad de consolidar arbitrajes entre las mismas partes o con partes múltiples.

La primera modalidad, aunque más deseable, no es sencilla, dado que ello requiere que las partes anticipen el problema previendo la posibilidad de que sea necesario consolidar arbitrajes relacionados. Y si se trata de varios contratos que involucran a diferentes partes, esta previsión debe ser hecha en todos ellos. No basta que la cláusula arbitral de un contrato permita la consolidación, sino que es necesario que las cláusulas de todos los contratos relacionados lo autoricen.⁽³²⁾

A modo de ejemplo de la segunda modalidad, la conformidad expresa de las partes por vía de las disposiciones reglamentarias a las que se sometieron, surge de algunos reglamentos de arbitraje.

⁽³¹⁾ Siguiendo con el ejemplo de la nota anterior, de no darse la hipótesis que allí se plantea, difícilmente el dueño de la obra tendrá interés en litigar con un tercero con quien él no contrató, en un proceso más complejo –y más caro– que el que tendría sólo con su contratista. Es probable que el mismo contratista no quiera ventilar sus relaciones con el subcontratista frente al dueño de la obra, y es igualmente probable que el subcontratista carezca de interés en involucrarse en un proceso del que también participe el dueño de la obra.

⁽³²⁾ LEW, Julian D.M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLL, Stefan M., *Comparative international commercial arbitration*, ed. Kluwer, La Haya, 2003, p. 393.

El artículo 2 de las Reglas de Arbitraje de la Society of Maritime Arbitrators prevé expresamente que, al someterse a él, las partes aceptan consolidar procedimientos arbitrales relativos a disputas contractuales con otras partes, que involucren cuestiones de hecho o de derecho comunes o que surjan de la misma transacción o de una serie de transacciones relacionadas, siempre que en todas ellas se estipule la cláusula arbitral de esta entidad. En tal caso, salvo que las partes acuerden designar un árbitro único, el caso será resuelto por un panel de tres árbitros designados de común acuerdo o por el tribunal judicial competente.⁽³³⁾

También el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional –adoptado en forma conjunta por las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Ticino, Vaud y Zurich, en reemplazo de las normas reglamentarias que cada una de dichas entidades tenía– prevé, en su artículo 4, varias soluciones para el caso de consolidación de procesos o de intervención de terceros. En relación con la consolidación, dispone que cuando se presente una solicitud de arbitraje que implique a partes ya involucradas en otro procedimiento arbitral pendiente y regido por el mismo Reglamento, las Cámaras, previa consulta a todas las partes implicadas y al Comité especial, decidirán si este nuevo caso ha de ser remitido al tribunal arbitral constituido para procedimiento arbitral ya iniciado. Del mismo modo se procederá cuando se presente una solicitud de arbitraje entre partes distintas a las que se hallen participando en un procedimiento arbitral. Para decidir, las Cámaras tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluyendo el vínculo entre los dos procesos y la etapa procesal en que se halle el procedimiento pendiente. Cuando se haya decidido remitir el nuevo caso a un tribunal arbitral ya constituido, se presume que las partes en el nuevo caso renuncian al derecho que les corresponde de nombrar un árbitro. Respecto de la intervención de terceros, el Reglamento establece que si, en un procedimiento arbitral ya iniciado, se requiere la intervención de un tercero (sea a pedido de

⁽³³⁾ “Section 2. Consolidation. The parties agree to consolidate proceedings relating to contract disputes with other parties which involve common questions of fact or law and/or arise in substantial part from the same maritime transactions or series of related transactions, provided all contracts incorporate SMA Rules. Unless all parties agree to a sole Arbitrator, consolidated disputes are to be heard by a maximum of three Arbitrators to be appointed as agreed by all parties or, failing such agreement, as ordered by the Court”.

este tercero o a solicitud de alguna de las partes), el tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso que considere pertinentes.⁽³⁴⁾

El Reglamento del CEPANI (Belgian Center for Arbitration and Mediation) contiene también una regla expresa en tal sentido. El artículo 12 del Reglamento de Arbitraje dispone que cuando varios contratos conteniendo la cláusula arbitral del CEPANI den lugar a controversias estrechamente relacionadas o indivisibles, el Comité de Designación o el Presidente están facultados para ordenar la consolidación de los procedimientos. Esta decisión podrá ser adoptada a pedido de las partes, del tribunal arbitral o aun de oficio, previa audiencia a las partes y, si fuese el caso, a los árbitros ya designados. En caso de admitirse, se designará el tribunal arbitral que conocerá del proceso consolidado, pudiendo incrementarse el número de árbitros hasta cinco. La consolidación no puede ordenarse si ya se hubiese dictado un laudo preliminar o un laudo sobre la admisibilidad o los méritos de la controversia.⁽³⁵⁾

⁽³⁴⁾ Swiss Rules of International Arbitration (Swiss Rules), article 4: “*Consolidation of arbitral proceedings (joinder), participation of third parties. (1). Where a Notice of Arbitration is submitted between parties already involved in other arbitral proceedings pending under these Rules, the Chambers may decide, after consulting with the parties to all proceedings and the Special Committee, that the new case shall be referred to the arbitral tribunal already constituted for the existing proceedings. The Chambers may proceed likewise where a Notice of Arbitration is submitted between parties that are not identical to the parties in the existing arbitral proceedings. When rendering their decision, the Chambers shall take into account all circumstances, including the links between the two cases and the progress already made in the existing proceedings. Where the Chambers decide to refer the new case to the existing arbitral tribunal, the parties to the new case shall be deemed to have waived their right to designate an arbitrator. (2). Where a third party requests to participate in arbitral proceedings already pending under these Rules or where a party to arbitral proceedings under these Rules intends to cause a third party to participate in the arbitration, the arbitral tribunal shall decide on such request, after consulting with all parties, taking into account all circumstances it deems relevant and applicable*”.

⁽³⁵⁾ CEPANI Arbitration Rules, article 12: “*When several contracts containing a CEPANI arbitration clause give rise to disputes that are closely related or indivisible, the Appointments Committee or the Chairman is empowered to order the joinder of the arbitration proceedings. This decision shall be taken either at the request of the Arbitral Tribunal, or, prior to any other issue, at the request of the parties or of the most diligent party, or upon CEPANI’s own motion. Where the request is granted, the Appointments Committee or the Chairman shall appoint the Arbitral Tribunal that shall decide on the disputes that have been joined.*”

El Reglamento de la CCI, como se vio, no admite la posibilidad de consolidar procesos cuando existan más de dos partes, limitando esta posibilidad al caso en que se trate de las mismas partes.

Algunos opinan que las disposiciones reglamentarias que otorgan a los árbitros amplias facultades para dirigir el procedimiento “de la forma que estimen apropiada”,⁽³⁶⁾ bastarían para considerar que las partes consintieron la posibilidad de que los árbitros dispongan la consolidación de procesos.⁽³⁷⁾ Sin embargo, no nos parece que tal inferencia pueda hacerse de manera directa con ese solo fundamento. Una norma como esa podrá servir como un elemento adicional, que deberá ser ponderado conjuntamente con otras circunstancias del caso. Así fue interpretado en el caso “Pertamina”, en el que la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los EE.UU. consideró la adopción del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL como una manifestación “permissiva” de las partes, elemento que tomó en cuenta como uno más de los varios factores de convicción para convalidar la consolidación dispuesta por el tribunal arbitral.⁽³⁸⁾

Aun en ausencia de una autorización expresa, puede interpretarse que las partes prestaron conformidad anticipada para consolidar arbitrajes si se verifican ciertos supuestos de hecho que permitan inferir esa voluntad. Aunque dependerá sustancialmente de los antecedentes y de

If necessary, it shall increase the number of arbitrators to a maximum of five. The Appointments Committee or the Chairman shall take its decision after having summoned the parties, and, if need be, the arbitrators who have already been appointed. They may not order the joinder of disputes in which an interim award or an award on admissibility or on the merits of the claim has already been rendered”.

(36) Tal es, por ejemplo, el caso del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, cuyo artículo 15.1 establece: “Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos”. [énfasis añadido]

(37) El tema puede verse desarrollado *in extenso* en DORE, Isaac I., *Theory and practice of multiparty commercial arbitration, with special reference to the UNCITRAL framework*, ed. Graham & Trotman/ Martinus Nihoff, Londres, 1990.

(38) US Court Of Appeals for the Fifth Circuit, 23/03/2004, *in re* Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al, N° 02-20042 & 03-20602, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

la interpretación del conjunto de los acuerdos entre las partes, esta conformidad puede presumirse si los contratos en cuestión contienen cláusulas arbitrales idénticas.⁽³⁹⁾ En sentido opuesto, en general se entiende que no existe tal manifestación de voluntad si los contratos tienen cláusulas arbitrales, pero diferentes (difieren la institución que administra, la ley aplicable, el número de árbitros, la sede del arbitraje, etc.) o si alguno de los contratos no contiene cláusula arbitral.

En el caso “Connecticut General Life Insurance”,⁽⁴⁰⁾ que involucraba varias partes unidas por un único contrato, la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los EE.UU. resolvió que, no siendo claro si las partes consintieron o no la consolidación en forma anticipada, la duda debía resolverse en favor de la consolidación. La cuestión surgió de un contrato de reaseguro entre dos grupos de compañías: siete aseguradoras habían contratado con tres reaseguradoras el reaseguro de ciertas pólizas. El contrato –que contenía una cláusula arbitral– fue negociado, en representación de las aseguradoras, por Unicover Managers Inc., que actuó como “gerente” de todas ellas. A consecuencia de lo estipulado, dos de los reaseguradores iniciaron un arbitraje contra Unicover y las aseguradoras. Cuatro de éstas iniciaron a su vez sendos procesos arbitrales contra las demandantes, cada una de ellas pidiendo un arbitraje separado entre cada una de ellas y las demandantes. Diversas acciones judiciales fueron planteadas, algunas por las aseguradoras pidiendo que los procesos se mantuvieran separados y otras por las reaseguradoras pidiendo la consolidación de todos los procesos en uno solo. La Corte de Apelaciones de Distrito denegó el pedido de las reaseguradoras y ordenó, como lo habían solicitado las aseguradoras, que los procesos arbitrales se mantengan separados. La Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, revocando la decisión del tribunal *a quo*, consideró que los tribunales no pueden ordenar la consolidación

⁽³⁹⁾ COHEN, Daniel, “Arbitraje et groupes de contrats”, en: *Revue de l’arbitrage*, N° 4, 1997, p. 483, con cita del laudo CCI N° 5989 del año 1989. En contra, NICKLISCH, Fritz, “Multi-party arbitration and dispute resolution in major industrial projects”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 11, 1994, p. 71

⁽⁴⁰⁾ US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 27/04/2000, *in re Connecticut General Life Insurance Co. et al v. Sun Life Assurance Company of Canada et al*, Docket 99-4085, 210 F.3d 771 (7th Cir. 2000).

de procesos arbitrales sin el consentimiento de las partes, pero sí tienen atribuciones para interpretar la cláusula arbitral en procura de determinar si la consolidación está permitida o prohibida.⁽⁴¹⁾ Analizando la cláusula contenida en el contrato que dio nacimiento a las controversias, la Corte interpretó que ella no permitía ni prohibía la consolidación, aunque el término “disputa” contenido en la cláusula no excluía la posibilidad de que en ella se vieran involucradas más de dos partes. En ese contexto, y luego de analizar los términos literales de la cláusula sin hallar una solución concluyente, la Corte razonó que no es necesario que la cláusula sea clara e inequívoca en el sentido de permitir la consolidación, pues la lógica indica que, en términos generales, las partes habrían preferido resolver sus conflictos de un modo eficiente.⁽⁴²⁾ La inexistencia de elementos que permitieran inferir una intención de vedar la consolidación, sumada a la conveniencia práctica de reunir todos los procesos en uno, convenció finalmente a la Corte de ordenar su consolidación.

A modo de guía general para interpretar si las estipulaciones de las partes son permisivas de la consolidación de múltiples procesos (interpretación que, como se dijo, debe ser hecha caso por caso) pueden señalarse los principales factores a considerar.⁽⁴³⁾ El lenguaje de las cláus-

(41) “[T]he court has no power to order such consolidation if the parties’ contract does not authorize it. But in deciding whether the contract does authorize it the court may resort to the usual methods of contract interpretation, just as courts do in interpreting other provisions in an arbitration clause”. US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 27/04/2000, *in re Connecticut General Life Insurance Co.*, citado.

(42) “[W]e cannot see any reason why, in interpreting the arbitration clause for purposes of deciding whether to order consolidation, the court should place its thumb on the scale, insisting that it be ‘clear’, rather than merely more likely than not, that the parties intended consolidation. It is not as if consolidation of arbitration proceedings were somehow disfavored; quite the contrary, the same considerations of adjudicative economy that argue in favor of consolidating closely related court cases argue for consolidating closely related arbitrations (...) We cannot say that these textual inferences are conclusive in favor of consolidation, but they support it, as do practical considerations, which are relevant to disambiguating a contract, because parties to a contract generally aim at obtaining sensible results in a sensible way”. US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 27/04/2000, *in re Connecticut General Life Insurance Co.*, citado.

(43) Seguimos, en este punto, a TEN CATE, “Multi-party and Multi-contract arbitrations (...)”, cit., pp. 154 y ss.

sulas contenidas en los acuerdos suscriptos por las partes pueden dar, a través de su redacción, indicios ciertos de la intención de las partes de autorizar o vedar una eventual consolidación. No menos importante es el examen de la relación entre las partes y las circunstancias en las que celebraron el contrato: ello permitirá determinar si, entre las controversias cuya acumulación se pretende, existe una conexidad suficiente que justifique o que haga viable la consolidación,⁽⁴⁴⁾ lo que a su vez depende de la interrelación que haya entre los contratos.⁽⁴⁵⁾ El propósito del acuerdo arbitral y la eficacia tenida en vista por las partes al convenir el sometimiento a arbitraje son aspectos igualmente importantes a la hora de desentrañar la voluntad común respecto de la consolidación: si del acuerdo arbitral se infiere que la rapidez y la economía de costos fueron objetivos tenidos en mira al convenir el arbitraje, es legítimo inferir de allí una implícita conformidad para consolidar arbitrajes; la inferencia contraria puede surgir de advertir que, respecto de la designación de los árbitros, la cláusula ha sido concebida en términos tan detallados que demuestre la importancia que tenía para ellas la posibilidad de elegir árbitros en forma directa.⁽⁴⁶⁾ Estas interpretaciones, ciertamente, deben hacerse sobre la base del principio de la buena fe y la igualdad de las

(44) En este sentido, es más fácil encontrar conexidades cuando se trata de múltiples contratos en una relación compleja (como los contratos de *joint venture*) que en caso de cadenas de contratos provenientes de una relación horizontal (como los que se dan en el comercio de *commodities* o de seguros). En el primer caso, es posible encontrar que algunas de las partes son signatarias de más de un contrato a la vez; en el segundo, la relación instrumental es de una sola parte con otra única.

(45) Debe recordarse que, para considerar que existe una sola relación jurídica, generalmente se hace prevalecer el aspecto económico y jurídico en sentido sustancial, antes que el puramente formal de su instrumentación. Se entiende que existe un “grupo de contratos” cuando estamos en presencia de contratos que, aunque formalmente independientes, son parte de una misma transacción u operación. “*It is important to take into account the commercial reality of the operation, because sometimes the parties’ reciprocal synallagmatic obligations arise not from a single contract, but from different contracts. It should be checked whether the obligations undertaken under the different agreements are reciprocal, having a common origin, identical sources and an operational unit*”. LEBOULANGER, Philippe, “Multi-Contract Arbitration”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, N° 4, 1996, pp. 43 y ss.

(46) Ello porque, como se verá *infra*, los arbitrajes con más de dos partes suelen plantear importantes dificultades en la constitución del tribunal arbitral.

partes: por un lado, las oposiciones basadas en criterios meramente dilatorios u obstruccionistas no pueden ser convalidadas; por el otro, debe cuidarse que la consolidación no provoque una situación de notoria desventaja respecto de alguna de las partes.⁽⁴⁷⁾ Finalmente, no puede dejar de analizarse lo pactado por las partes en relación con la designación de los árbitros, ni las consecuencias de consolidar los procesos en relación con la constitución del tribunal arbitral.

3.3.4. Consolidación compulsiva autorizada por ley

Fuera de los casos en que expresa o implícitamente las partes consintieron tramitar las diferentes pretensiones en un solo juicio arbitral, la acumulación de acciones o la consolidación de procesos arbitrales, puede provenir de fuente legal-judicial. En algunos países la legislación contempla expresamente la situación y permite a los jueces estatales consolidar varios arbitrajes en uno solo, aun en ausencia de un consentimiento de las partes.⁽⁴⁸⁾

La Ley holandesa de arbitraje prevé que, salvo pacto en contrario, en caso de haberse iniciado dos procesos arbitrales en Holanda por cuestiones relacionadas entre sí, cualquiera de las partes puede pedir al Presidente de la Corte de Distrito de Amsterdam que ordene la consolidación de los procesos, decisión que el juez adoptará luego de oír a todas las partes y a los árbitros. Si se ordena la consolidación total las partes pueden convenir la designación de uno o más árbitros y las reglas de procedimiento que se aplicarán al proceso consolidado. En caso de falta de acuerdo entre ellas, el juez resolverá estas cuestiones y determinará

(47) Ejemplo de lo primero puede verse en el trasfondo del caso “Pertamina”, donde la oposición de una de las partes no parecía tener un sustento real. Lo segundo puede advertirse en el caso “Connecticut General Life”, donde –por el razonamiento *a contrario*– la Corte puntualizó las notorias desventajas prácticas que se derivarían de mantener los procesos separados.

(48) Sobre el tema, en general, puede verse, APONTE, Juliska M., “Compulsory consolidation of international arbitral proceedings: effects on pacta sunt servanda and the general arbitral process”, en: *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol. 2, N° 1, 1994, pp. 223 y ss; HOELLERING, Michael F., “Consolidated arbitration: Will it result in increased efficiency or an affront to party autonomy?”, en: CARBONNEAU, Thomas E./JAEggi, Jeanette A. (eds.), *American Arbitration Association Handbook on commercial arbitration*, ed. American Arbitration Association y Jurisnet, Nueva York, 2006.

los honorarios de los árbitros que hubiesen cesado en su misión a causa de la consolidación. Si la consolidación es parcial, el juez decidirá qué controversias han de consolidarse, resolviendo igualmente las eventuales divergencias entre las partes acerca de la designación de los árbitros y los procedimientos a ser aplicados en el arbitraje consolidado. En este caso, todos los procesos involucrados se suspenden y, una vez dictado el laudo por el tribunal designado para intervenir en el proceso consolidado, deberá comunicarlo a los tribunales arbitrales que intervienen en los no-consolidados, quienes podrán entonces continuar con los procedimientos y deberán resolver en armonía con lo decidido en el laudo del proceso consolidado. En ambos casos (haya sido la consolidación total o parcial) el laudo dictado por el tribunal arbitral quedará sujeto a apelación ante un segundo tribunal arbitral si todas las partes involucradas en el proceso consolidado lo hubiesen acordado.⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁹⁾ Netherlands Arbitration Act (Code of Civil Procedure, Book Four), article 1046: “(1). *If arbitral proceedings have been commenced before an arbitral tribunal in the Netherlands concerning a subject matter which is connected with the subject matter of arbitral proceedings commenced before another arbitral tribunal in the Netherlands, any of the parties may, unless the parties have agreed otherwise, request the President of the District Court in Amsterdam to order a consolidation of the proceedings.* (2). *The President may wholly or partially grant or refuse the request, after he has given all parties and the arbitrators an opportunity to be heard. His decision shall be communicated in writing to all parties and the arbitral tribunals involved.* (3). *If the President orders consolidation in full, the parties shall in consultation with each other appoint one arbitrator or an uneven number of arbitrators and determine the procedural rules which shall apply to the consolidated proceedings. If, within the period of time prescribed by the President, the parties have not reached agreement on the above, the President shall, at the request of any party, appoint the arbitrator or arbitrators and, if necessary, determine the procedural rules which shall apply to the consolidated proceedings. The President shall determine the remuneration for the work already carried out by the arbitrators whose mandate is terminated by reason of the full consolidation.* (4). *If the President orders partial consolidation, he shall decide which disputes shall be consolidated. The President shall, if the parties fail to agree within the period of time prescribed by him, at the request of any party, appoint the arbitrator or arbitrators and determine which rules shall apply to the consolidated proceedings. In this event the arbitral tribunals before which arbitrations have already been commenced shall suspend those arbitrations. The award of the arbitral tribunal appointed for the consolidated arbitration shall be communicated in writing to the other arbitral tribunals involved. Upon receipt of this award, these arbitral tribunals shall continue the arbitrations commenced before them and decide in accordance with the award rendered in the consolidated proceedings.* (5). *The provisions of article 1027(4) shall apply accordingly in the cases mentioned in paragraphs (3) and (4) above.* (6). *An award rendered under paragraphs (3) and (4) above shall be subject to appeal to a second arbitral tribunal if*

La legislación de arbitraje de Hong Kong faculta al juez a ordenar la consolidación de arbitrajes cuando existan cuestiones de hecho o de derecho comunes, cuando las pretensiones articuladas en los procesos se refieran a la misma transacción o transacciones, o cuando existan otras razones que lo justifiquen. Con razonable flexibilidad, la norma permite al juez no sólo ordenar su consolidación, sino que los casos sean tramitados y resueltos en forma conjunta, o uno inmediatamente después del otro, o la suspensión de uno de ellos hasta tanto el otro sea resuelto. En caso de ordenarse la consolidación, el tribunal será designado por el juez, debiendo nombrar al escogido por las partes si todas ellas lo acuerdan. En cualquier caso, quedan sin efecto las designaciones que se hubiesen hecho con anterioridad.⁽⁵⁰⁾

Conforme la legislación procesal civil norteamericana, los jueces pueden ordenar la consolidación de procesos que involucren pretensiones

and to the extent that all parties involved in the consolidated proceedings have agreed upon such an appeal”.

⁽⁵⁰⁾ Section 6.B., Arbitration Ordinance (Cap. 341): “(1) Where in relation to two or more arbitration proceedings it appears to the Court: (a) that some common question of law or fact arises in both or all of them, or (b) that the rights to relief claimed therein are in respect of or arise out of the same transaction or series of transactions, or (c) that for some other reason it is desirable to make an order under this section, the Court may order those arbitration proceedings to be consolidated on such terms as it thinks just or may order them to be heard at the same time, or one immediately after another, or may order any of them to be stayed until after the determination of any other of them. (2) Where the Court orders arbitration proceedings to be consolidated under subsection (1) and all parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of arbitrator or umpire for those proceedings the same shall be appointed by the Court but if all parties cannot agree the Court shall have power to appoint an arbitrator or umpire for those proceedings. (3) Where the Court makes an appointment under subsection (2) of an arbitrator or umpire for consolidated arbitration proceedings, any appointment of any other arbitrator or umpire that has been made for any of the arbitration proceedings forming part of the consolidation shall for all purposes cease to have effect on and from the appointment under subsection (2)”.

Aunque algunos han puntualizado que esta norma sólo se aplicaría a casos de arbitraje doméstico (COLLINS, Michael G.: “Privacy and confidentiality in arbitration proceedings”, en: *Texas International Law Journal*, Vol. 30, N° 1, 1995, p. 126), otros autores opinan que puede igualmente aplicarse a casos de arbitraje internacional, si las partes acordaron someterse a esas reglas (STRONG, S. I., “Intervention and joinder as of right in international arbitration: an infringement of individual contract rights or a proper equitable measure?”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 31, 1998, pp. 915 y ss).

relativas a una cuestión común de hecho o de derecho, con el propósito de evitar costos y demoras innecesarias.⁽⁵¹⁾ Esta norma se ha considerado aplicable al arbitraje toda vez que las mismas Reglas prevén que sus normas se aplicarán en casos de arbitraje cuando las normas específicas nada prevean en contrario.⁽⁵²⁾ Al no existir en la Ley Federal de Arbitraje (*Federal Arbitration Act*) ninguna norma relativa a la consolidación de arbitrajes, algunos tribunales asumieron que estaban autorizados a ordenarla por aplicación del citado artículo 42.a) de estas Reglas,⁽⁵³⁾ aunque han interpretado con carácter estricto las situaciones de hecho en que esta solución se justifica o debe ser admitida.⁽⁵⁴⁾ Algunos otros tribunales razonaron que, aunque la legislación procesal judicial no se aplica en casos relativos a arbitraje, nada impide tomar en consideración esos mismos principios para resolver esta cuestión en ausencia de una norma específica.⁽⁵⁵⁾ Otros, en cambio, han interpretado que como la

(51) Federal Rules of Civil Procedure, Rule 42: “(a) Consolidation. When actions involving a common question of law or fact are pending before the court, it may order a joint hearing or trial of any or all the matters in issue in the actions; it may order all the actions consolidated; and it may make such orders concerning proceedings therein as may tend to avoid unnecessary costs or delay”.

(52) Federal Rules of Civil Procedure, Rule 81(a)3: “In proceedings under Title 9, U.S.C., relating to arbitration, or under the Act of May 20, 1926, ch 347, § 9 (44 Stat 585), U.S.C., Title 45, § 159, relating to boards of arbitration of railway labor disputes, these rules apply only to the extent that matters of procedure are not provided for in those statutes”.

(53) El *leading case* en la materia es el resuelto por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en 1975: US Court of Appeal for the Second Circuit, 1975, *in re* Compania Espanola de Petroleos v. Nereus Shipping, 527 F.2d 966,973 (2d Cir. 1975), en el que se ordenó la consolidación de arbitrajes entre tres partes unidas por una misma cláusula arbitral que no contemplaba esa posibilidad, designándose cinco árbitros.

(54) Así se resolvió que no correspondía consolidar arbitrajes cuando los acuerdos establecían el sometimiento a arbitraje administrado por diferentes instituciones (y sujeto a reglamentos diferentes), toda vez que la consolidación implicaría imponer un foro arbitral distinto sin consentimiento de las partes, lo que equivaldría a “reescribir” el acuerdo arbitral. Court of Appeal for the Second Circuit, 1963, *in re* Stewart Tenants Corp. v. Diesel Const. Co., 229 N.Y.S.2d 204, 206 (1963).

(55) “While this Court recognizes that the standards applied to the consolidation of civil actions do not apply to arbitration proceedings, the underlying reasoning behind consolidation may in fact apply to certain arbitration situations. While Rhode Island law is silent on the issue of consolidation of arbitration, other jurisdictions have applied the same standard used in the consolidation of civil actions to the consolidation of arbitration cases. A court must first determine whether the pending proceedings involve a common party and common

Ley Federal autoriza a los jueces a ordenar el sometimiento a arbitraje “en los términos del convenio arbitral”, la falta de acuerdo entre las partes sobre el punto impide consolidar diferentes procesos,⁽⁵⁶⁾ aunque ello implique consagrar una ineficiencia,⁽⁵⁷⁾ pues la ley no tiene como

issues of fact or law. After reaching this threshold, the court has broad discretion in weighing the costs and benefits of consolidation to decide whether that procedure is appropriate”.

Sobre esa línea de razonamiento legal, consideró que en el caso era apropiado porque las pretensiones de las partes se originaban en los mismos hechos y estaban interrelacionadas de tal forma que involucraban cuestiones de derecho comunes. State of Rhode Island and Providence Plantations Superior Court, 23/04/2002, *in re* Northeast Concrete Products v. United States Fidelity and Guaranty Company, and H.V. Collins Company v. Union Station Plaza Associates LP, P.M. N° 99-6377.

- (56) En lo que muchos señalan como el comienzo de una nueva tendencia jurisprudencial, la Corte de Apelaciones de Noveno Circuito negó a una de las partes el pedido para consolidar dos arbitrajes en uno solo constituido por cinco árbitros, ante la oposición de las otras partes, que preferían mantener con la demandante procedimientos separados. Consideró que el artículo 42(a) de la legislación procesal no era aplicable y que la única cuestión a considerar era si las partes habían acordado la posibilidad de consolidar los procesos arbitrales, situación que no se daba en el caso. US Court of Appeal for the Ninth Circuit, 1984, *in re* Weyerhaeuser Co. v. Western Seas Shipping Co., 743 F.2d 635, 637 (9th Cir. 1984).

La misma Corte de Apelaciones del Segundo Circuito –que había sido la que consagró el precedente “Compañía Española de Petróleos v. Nereus”– modificó luego su postura y revocó la sentencia de la Corte de Distrito que había ordenado la consolidación de dos arbitrajes en una disputa que involucraba dos contratos, aunque éstos estuviesen íntimamente relacionados, bajo el argumento de que no podía hacerlo en ausencia de una clara voluntad de las partes. “*The district court cannot consolidate arbitration agreements arising from separate agreements to arbitrate, absent the parties’ agreement to allow such consolidation*”. US Court of Appeal for the Second Circuit, 1993, *in re* Government of the United Kingdom v. Boeing Co., 998 F.2d 68, 70 (2d Cir. 1993). Reafirmando su cambio de opinión dijo allí la Corte: “*To the extent our decision in Nereus is based on the Federal Rules of Civil Procedure and the ‘liberal purposes’ of the Federal Arbitration Act, we hold that it is no longer good law*”.

En similar sentido puede verse, Court of Appeal for the Southern District of New York, 1993, *in re* Coastal Shipping, Ltd. v. Southern Petroleum Tankers Ltd., 812 F. Supp. 396, 402 (S.D.N.Y. 1993); *idem*, 6/09/2001, in the matter of the arbitration between Clarendon National Insurance Co. and John Hancock Life Insurance Co., N° 00 Civ. 9222, (LMM), 2001 U.S. Dist. LEXIS 13736.

- (57) “*Because the [Federal Arbitration] Act was designed to overrule the historical refusal of the judiciary to enforce agreements to arbitrate, it follows that a court is not permitted to interfere with private arbitration agreements in order to impose its own view of speed*

propósito asegurar la rápida solución de los conflictos sino la eficacia del acuerdo arbitral.⁽⁵⁸⁾ En algún caso, inclusive, aunque se denegó la consolidación pretendida por una parte, se buscó una solución práctica: se ordenó que los dos tribunales arbitrales continuaran funcionando separadamente, pero tomaran las audiencias de prueba en forma conjunta y que uno de ellos emitiera el laudo en primer término.⁽⁵⁹⁾

and economy. This is the case even where the result would be the possibly inefficient maintenance of separate proceedings. Accordingly (...) a district court is without power to consolidate arbitration proceedings, over the objection of a party to the arbitration agreement, when the agreement is silent regarding consolidation". US Court of Appeal for the Sixth Circuit, 1991, *in re* American Centennial Ins. Co. v. National Casualty Co., 951 F.2d 107 (6th Cir.1991).

(58) *"The general rule in the Second Circuit with respect to consolidation is that the FAA does not empower the district court to consolidate arbitrations, absent language in the parties' contract authorizing such consolidation. In coming to this general rule, the Second Circuit has relied on a number of Supreme Court decisions which concluded that the purpose of the FAA is not to expedite resolution of claims, but rather, to enforce private agreements. Thus, if consolidation is not explicitly authorized in the contract signed by the parties, a district court cannot subsequently authorize it".* Court of Appeal of the Southern District of New York, 2001, in the matter of the arbitrations between Clarendon National Ins. Co. and John Hancock Life Ins. Co., 2001 U.S. Dist. 13736 (S.D.N.Y.).

(59) El caso involucraba a Jamaica Commodity Trading Co. Ltd. [JCT], una corporación perteneciente al gobierno de Jamaica, a Connell Rice & Sugar Co. Inc. [Connell] y a L&L Marine Service Inc. [L&L], ambas empresas norteamericanas. JCT había celebrado con Connell un contrato para la compra de arroz, que contenía una cláusula de arbitraje administrado por la American Arbitration Association [AAA]. A su vez, JCT celebró un contrato de fletamento con L&L para transportar el arroz desde los Estados Unidos a Jamaica, que contenía una cláusula de arbitraje administrado por la Society of Maritime Arbitrators [SMA]. Debido a demoras en la carga del arroz, L&L intentó reclamar los costos de JCT, quien, a su turno, procuró ser indemnizado por Connell. Los tribunales judiciales ordenaron la celebración de audiencias conjuntas de los paneles arbitrales. El panel de la SMA dictó un laudo condenando a JCT a pagar los costos de las demoras y, posteriormente, el panel de la AAA condenó a Connell a pagar a JCT una suma casi idéntica. JCT pidió la confirmación del laudo dictado por el panel de la AAA, mientras que Connell pidió su nulidad, argumentando que el laudo violaba el orden público, toda vez que el tribunal arbitral había estado condicionado por el laudo dictado por el panel de la SMA. Este planteo fue finalmente desestimado, pues la Corte encontró que el laudo tenía fundamento suficiente, independiente del otro, y que no se había limitado a "endosar" lo resuelto por el panel de la SMA. Court of Appeal of the Southern District of New York, 2/07/1991, *in re* Jamaica Commodity Trading Co. v. Connell Rice & Sugar Co., N° 87 Civ. 6369, 1991 US Dist. Lexis 8976.

El Código de Procedimientos Civiles de California expresamente permite a los tribunales ordenar, a pedido de parte, la consolidación de arbitrajes cuando existan acuerdos o procedimientos arbitrales separados entre las mismas partes o cuando una de las partes de un proceso arbitral sea parte en otro proceso con una tercera parte, siempre que las controversias surjan de la misma transacción o de una serie relacionada de transacciones y las cuestiones de hecho o de derecho sean comunes y generen la posibilidad de soluciones contradictorias. La existencia de cláusulas arbitrales diferentes o inconsistentes no es óbice para ordenar la consolidación, debiendo en tal caso el tribunal judicial disponer sobre el particular y determinar las condiciones en que procederá el arbitraje consolidado. La norma, sin embargo, dispone que los tribunales podrán discrecionalmente denegar total o parcialmente la consolidación.⁽⁶⁰⁾ Esta última regla ha sido aplicada en un caso para denegar la consolidación cuando ella, lejos de permitir lograr el objetivo de hacer

⁽⁶⁰⁾ California Code of Civil Procedure, Section 1281.3: *“A party to an arbitration agreement may petition the court to consolidate separate arbitration proceedings, and the court may order consolidation of separate arbitration proceedings when: (1) Separate arbitration agreements or proceedings exist between the same parties; or one party is a party to a separate arbitration agreement or proceeding with a third party; and (2) The disputes arise from the same transactions or series of related transactions; and (3) There is common issue or issues of law or fact creating the possibility of conflicting rulings by more than one arbitrator or panel of arbitrators.*

If all of the applicable arbitration agreements name the same arbitrator, arbitration panel, or arbitration tribunal, the court, if it orders consolidation, shall order all matters to be heard before the arbitrator, panel, or tribunal agreed to by the parties. If the applicable arbitration agreements name separate arbitrators, panels, or tribunals, the court, if it orders consolidation, shall, in the absence of an agreed method of selection by all parties to the consolidated arbitration, appoint an arbitrator in accord with the procedures set forth in Section 1281.6.

In the event that the arbitration agreements in consolidated proceedings contain inconsistent provisions, the court shall resolve such conflicts and determine the rights and duties of the various parties to achieve substantial justice under all the circumstances.

The court may exercise its discretion under this section to deny consolidation of separate arbitration proceedings or to consolidate separate arbitration proceedings only as to certain issues, leaving other issues to be resolved in separate proceedings.

This section shall not be applicable to an agreement to arbitrate disputes as to the professional negligence of a health care provider made pursuant to Section 1295”.

justicia de manera sustancial, implicaría alterar los derechos contractuales de las partes.⁽⁶¹⁾

En sentido contrario, la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996 sólo prevé la posibilidad de que un tribunal arbitral ordene la consolidación de procesos arbitrales o la realización de audiencias conjuntas si las partes lo hubiesen acordado.⁽⁶²⁾ No obstante que, al redactar la ley, hubo algunas propuestas para incluir una norma que permitiese a los árbitros o a los tribunales judiciales ordenar la consolidación de arbitrajes, esta idea fue finalmente desechada, por considerar que esa solución podría contravenir la intención de las partes de tener su propio tribunal para sus propias disputas. Ello sólo sería posible si las partes así lo acordaran.⁽⁶³⁾

Aunque inspiradas en el loable propósito de reducir costos, simplificar los procedimientos y evitar soluciones contradictorias, las normas que autorizan la consolidación compulsiva pueden merecer

(61) En el caso, la Corte de Apelaciones de California interpretó que tal alteración se produciría si se ordenara consolidar dos arbitrajes, uno pactado para ser resuelto por un árbitro único y el otro por un panel de tres árbitros, ante un tribunal unipersonal; ya que en las circunstancias del caso, el derecho a ser oído por un tribunal plural era un derecho sustancial de las partes que no podía ser alterado. “*Court-ordered consolidation does not achieve substantial justice under the circumstances if it substantially alters a party’s contractual rights, or it results in unfair prejudice (...) Under circumstances here, the right to a three-arbitrator panel is a substantial contractual right*”. Court of Appeal of the State of California, Second Appellate District, Division Six, 2005, *in re* Gregory Parker v. Wendy P. McCaw et al., 2nd Civil N° B167028.

(62) Arbitration Act, 1996, Section 35: “(1) *The parties are free to agree, (a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or (b) that concurrent hearings shall be held, on such terms as may be agreed. (2) Unless the parties agree to confer such power on the tribunal, the tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings*”.

(63) “*In our view it would amount to a negation of the principle of party autonomy to give the tribunal or the Court power to order consolidation or concurrent hearings. Indeed it would to our minds go far towards frustrating the agreement of the parties to have their own tribunal for their own disputes. Further difficulties could well arise, such as the disclosure of documents from one arbitration to another. Accordingly we would be opposed to giving the tribunal or the Court this power. However, if the parties agree to invest the tribunal with such a power, then we would have no objection*”. DEPARTMENTAL ADVISORY COMMITTEE ON ARBITRATION LAW, *Report on the Arbitration Bill*, febrero de 1996, parágrafo 180.

objecciones. Algunos cuestionan su consistencia teórica, al entender que de ese modo se pierde de vista el carácter privado y contractual del arbitraje y se lo asimila a un procedimiento cuasi-judicial.⁽⁶⁴⁾ Otros puntualizan que de ese modo se frustra la intención común de las partes de someterse a arbitraje sólo con relación a su co-contratante y de hacerlo en determinadas condiciones procedimentales.⁽⁶⁵⁾ También se señala que las normas que habilitan la consolidación por orden judicial contradicen la moderna tendencia en el arbitraje comercial internacional, que respeta la primacía de la voluntad de las partes.⁽⁶⁶⁾

Inclusive, se ha considerado que tal solución podría aparejar dificultades a la hora de ejecutar el laudo así dictado, toda vez que la Convención de Nueva York permite oponerse al reconocimiento de un laudo extranjero si “la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en

(64) “On a theoretical and philosophical level, the power of courts forcing consolidation in large measure depends on whether arbitration is viewed as strictly a matter of private contract between the parties or whether it has a quasi-judicial character giving courts broad and implicit powers over its functions”. FRICK, Joachim G., *Arbitration and complex international contracts: with special emphasis on the determination of the applicable substantive law and on the adaptation of contracts to changed circumstances*, Kluwer, La Haya, 2001, p. 237.

(65) “When arbitration proceedings are consolidated by court order at least two contractual intentions may be frustrated: the intent of a contracting party to arbitrate only with his co-contractant, and the intent to respect an agreed arbitration procedure and most particularly a procedure for the appointment of arbitrators. In view of the nature of arbitration as a contractual institution, the issue is whether the effect of the law of the place of arbitration, when it permits such consolidation, overcomes the lack of contractual intent on the grounds that the contractors must be deemed to have contracted in knowledge of, and subject to, provisions of such law”. CRAIG, William Laurence, “Report to the Working Group on multi-party arbitration set up by ICC”, citado por JARVIN, Sigvard, “Issues relating to consolidation”, en: *Multi-party arbitration*, ICC, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1991, p. 202.

(66) JARVIN, Sigvard: “Issues relating to consolidation”, en: *Multi-party arbitration*, ICC, Dossier of the Institute of International Business Law and Practice, 1991, p. 203. De la misma opinión es STIPPL, para quien la intervención de los tribunales judiciales en la constitución del tribunal arbitral es siempre problemática y debe darse absoluta preeminencia a la voluntad de las partes, aun por sobre los argumentos de eficiencia en que usualmente se apoya la consolidación compulsiva. STIPPL, Christopher, “International multi-party arbitration: the role of party autonomy”, en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 7, 1996, pp. 47 y ss.

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” (artículo V.1.d).⁽⁶⁷⁾ En contra, se ha argumentado que si la consolidación es ordenada por un tribunal judicial, la composición del tribunal no puede reputarse contraria al acuerdo arbitral;⁽⁶⁸⁾ y que la cláusula arbitral puede ser interpretada como aplicable únicamente a un proceso entre dos únicas partes, no aplicándose cuando intervienen más de dos partes, por tratarse de un supuesto no previsto.⁽⁶⁹⁾

Lo resuelto por la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito en el caso “Pertamina”,⁽⁷⁰⁾ aunque finalmente admitió la ejecución del laudo, es útil para ilustrar las dificultades que venimos analizando.

En noviembre de 1994, Karaha Bodas Company L.L.C. [Karaha], una sociedad constituida en las Islas Caimán, y Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara [Pertamina], una empresa de propiedad del gobierno de Indonesia, celebraron dos contratos para construir una planta y producir energía geotermal en Indonesia: un contrato de operaciones conjuntas (“*Joint Operation Contract*” [JOC]), mediante el cual Karaha adquiriría el derecho a realizar exploraciones en el territorio de Indonesia, y un contrato de venta de energía (“*Energy Sales Contract*” [ESC]), mediante el cual Pertamina compraría la electricidad producida por Karaha y la vendería a Pt. PLN Persero [PLN], una compañía eléctrica perteneciente al gobierno de Indonesia. Ambos contratos contenían cláusulas arbitrales casi idénticas, sometiéndose las partes a arbi-

(67) BERGER, Klaus Peter, *International economic arbitration*, Kluwer, La Haya, 1993, pp. 304-305.

(68) “[T]he composition of the arbitral authority or the arbitral procedure should not be contrary to the parties’ agreement if consolidated arbitration has been commanded by a court”. AUSTMANN, Andreas, “Commercial multi-party arbitration: a case-by-case approach”, en: *American Review of International Arbitration*, Vol. 1, 1990, p. 355.

(69) Este argumento se refuerza si las partes eligieron como sede del arbitraje un lugar cuya legislación admite la consolidación mediante orden judicial, toda vez que esa ley debe considerarse como formando parte del acuerdo arbitral. VAN DEN BERG, Albert J., “Consolidated arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention”, en: *Arbitration International*, Vol. 2, 1986, pp. 367-368.

(70) US Court Of Appeals for the Fifth Circuit, 23/03/2004, *in re* Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al, N° 02-20042 & 03-20602, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

traje con sede en Ginebra, con aplicación de las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL. En septiembre de 1997, el gobierno de Indonesia suspendió temporalmente el proyecto debido a la crisis financiera, suspensión que se convirtió en definitiva en enero de 1998. En abril de 1998, Karaha inició el procedimiento arbitral y designó coárbitro al Prof. Piero Bernardini. Pertamina no designó árbitro en el plazo estipulado en las cláusulas, por lo que, en aplicación de lo allí convenido, el Secretario General del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI)⁽⁷¹⁾ designó al Dr. Ahmed El-Kosheri como coárbitro. En los términos pactados, los dos coárbitros designaron al Dr. Yves Derains como Presidente del Tribunal. El Tribunal resolvió consolidar en un solo proceso las pretensiones deducidas por Karaha, relativas a los dos contratos. Las objeciones planteadas por Pertamina fueron oportunamente rechazadas por el Tribunal en un laudo preliminar. En el laudo final, el Tribunal condenó a las demandadas al pago de los daños derivados de la ruptura de los contratos.

En una de las numerosas derivaciones judiciales de este caso, Karaha solicitó el reconocimiento del laudo ante los tribunales norteamericanos, instancia en la que Pertamina se opuso argumentando, entre otras razones, que el tribunal arbitral había sido constituido en violación al acuerdo arbitral contenido en el ESC, que le daba la posibilidad de elegir un árbitro conjuntamente con Karaha en los conflictos que se plantearan contra PLN. Sobre este punto, el tribunal arbitral había interpretado que como, en el caso, los intereses de Pertamina y PLN eran coincidentes, y opuestos a los de Karaha, cuando a consecuencia del ESC hubiera un conflicto entre Karaha y Pertamina, la designación conjunta carecía de sentido y debían aplicarse las reglas supletorias previstas en el Reglamento de UNCITRAL para la designación de árbitros. La Corte de Distrito desestimó las defensas de Pertamina y admitió el reconocimiento solicitado por Karaha. La Corte de Apelaciones de Quinto Circuito confirmó esta decisión. Sostuvo que la cláusula arbitral contemplaba los conflictos que pudieran producirse, al amparo del ESC, entre Karaha y Pertamina y que, de admitirse el argumento de Pertamina, esta parte podría haber bloqueado el arbi-

(71) ICSID por sus siglas en inglés: International Center for Settlement of Investment Disputes.

traje con solo negarse a designar un árbitro, lo que habría hecho ilusoria la cláusula arbitral. Hizo notar también que Pertamina no había objetado temporáneamente la designación del Prof. Bernardini ni había designado árbitro ante el requerimiento que le fuera formulado para ello, omisión que impedía su actual cuestionamiento a la forma en que había quedado integrado el tribunal.⁽⁷²⁾

3.3.5. *Quién decide la consolidación*

Una duda adicional se presenta en punto a quién debe decidir la consolidación. En ausencia de una expresa disposición legal o de una estipulación entre las partes, siendo necesario interpretar si el acuerdo permite o prohíbe la consolidación: ¿es esta una cuestión que pueden resolver los árbitros o debe ser sometida a un tribunal judicial? La respuesta a este interrogante depende, también, de las normas convencionales, reglamentarias o legales aplicables al caso.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. en el caso “Green Tree v. Bazzle”,⁽⁷³⁾ ha sido interpretada en el sentido de

⁽⁷²⁾ “By its terms, the arbitration clause covers a dispute between Karaha and Pertamina arising under the ESC, as well as a dispute in which the interests of Karaha and Pertamina are aligned. If the ESC required Karaha and Pertamina jointly to select an arbitrator for disputes in which Karaha and Pertamina were opposed, as Pertamina contends, Pertamina could effectively block arbitration under the ESC simply by refusing to agree with Karaha to the selection of an arbitrator. Such an interpretation would make the ESC arbitration clause illusory. In addition, Pertamina had numerous opportunities early in the proceedings to object to Karaha’s selection of Professor Bernardini as an arbitrator and to nominate its own arbitrator. Pertamina did not challenge the composition of the arbitral panel until after the entire panel had been selected and seated. Pertamina’s failure timely to object to Professor Bernardini’s selection and to nominate its own arbitrator was, as the district court noted, a strategic decision that Pertamina should not now be able to assert as a defense to enforcing the Award. Pertamina has failed to meet its burden of showing that the Tribunal was improperly constituted. The Tribunal reasonably interpreted the ESC’s arbitration provisions and reasonably applied the UNCITRAL arbitration rules. Despite numerous opportunities, Pertamina failed to challenge the Tribunal’s composition until after the arbitrators were selected. The procedural infirmities Pertamina alleges do not provide grounds for denying enforcement of the Award”. US Court Of Appeals for the Fifth Circuit, 23/03/2004, *in re* Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara et al, N° 02-20042 & 03-20602, 364 F.3d 274 (5th Cir. 2004).

⁽⁷³⁾ US Supreme Court, 23/06/2003, *in re* Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, N° 02-634 (2003).

atribuir tal decisión a los árbitros.⁽⁷⁴⁾ En lo que aquí interesa destacar, se trataba de varios contratos de préstamo celebrados entre Green Tree Financial Corp. [Green Tree] y sus clientes, que derivaron en conflictos resueltos en procesos consolidados bajo las reglas de las acciones de clase (“*class actions*”). La Suprema Corte de Carolina del Sur había resuelto que la falta de prohibición expresa en los contratos debía ser interpretada como admitiendo la posibilidad de tramitar los reclamos en forma conjunta. La Corte Suprema, analizando el tenor de las cláusulas arbitrales contenidas en los contratos, juzgó que ellas no eran claras en consagrar, a favor de Green Tree, el derecho a elegir un árbitro para cada uno de los conflictos que tuviera con cada uno de sus clientes y que la decisión de si las cláusulas permitían o prohibían las acciones de clase en el arbitraje correspondía a los árbitros y no a los jueces, máxime que es el tribunal arbitral quien debe resolver cualquier duda relativa a la arbitrabilidad de las cuestiones que se le someten. La decisión sobre qué clase de procedimiento arbitral pactaron las partes es una cuestión de interpretación contractual y de procedimiento que corresponde a los árbitros.⁽⁷⁵⁾

Un problema interesante se plantea cuando se han iniciado diferentes procesos arbitrales: ¿cuál de los tribunales debe decidir la consolidación?

La Ley de Arbitraje Internacional de Australia ofrece una solución específica. La norma sienta, como principio general, que cualquiera de las partes puede pedir la consolidación de procesos arbitrales en

(74) “Green Tree v. Bazzle makes it clear that the parties are presumed to have agreed to leave the determination of whether their agreement permits joinder or consolidation to arbitral tribunals rather than to courts”. TEN CATE, “Multi-party and Multi-contract arbitrations (...)”, cit., p. 148.

(75) “*The question here –whether the contracts forbid class arbitration– does not fall into the limited circumstances where courts assume that the parties intended courts, not arbitrators, to decide a particular arbitration-related matter. It concerns neither the validity of the arbitration clause nor its applicability to the underlying dispute between the parties. The question is not whether the parties wanted a judge or an arbitrator to decide whether they agreed to arbitrate a matter. Rather, the relevant question here is what kind of arbitration proceeding the parties agreed to. That question does not concern a state statute or judicial procedures. It concerns contract interpretation and arbitration procedures. Arbitrators are well situated to answer that question.*”. US Supreme Court, 23/06/2003, *in re* Green Tree Financial Corp. v. Bazzle, citado.

los que se discutan cuestiones –de hecho o de derecho– comunes, que surjan de una única transacción o de una serie de transacciones relacionadas, o que por alguna otra razón –que debe especificarse– resulta conveniente consolidar. Luego prevé la situación en análisis: si dos o más tribunales arbitrales están entendiendo en los procesos relacionados, el tribunal que recibe la solicitud debe comunicarla a todos los demás y todos ellos deben, tan pronto como sea posible, resolver el pedido en forma conjunta. Si admiten la consolidación, el tribunal que entenderá en el proceso consolidado será designado, en los términos previstos en los artículos 10 y 11 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL,⁽⁷⁶⁾ de entre los miembros de los tribunales ya constituidos. En caso contrario, o si no les es posible adoptar una decisión sobre el punto, los procesos continuarán como si no hubiese existido solicitud de consolidación. Naturalmente, la norma aclara que ello no impide que las partes acuerden voluntariamente la consolidación, ni que adopten de común acuerdo las decisiones necesarias para implementarla.⁽⁷⁷⁾

(76) Conforme la ley australiana, el texto de la Ley Modelo de UNCITRAL es ley vigente en Australia. International Arbitration Act 1974, Section 16.

(77) International Arbitration Act 1974, Section 24: “*Consolidation of arbitral proceedings.* (1) *A party to arbitral proceedings before an arbitral tribunal may apply to the tribunal for an order under this section in relation to those proceedings and other arbitral proceedings (whether before that tribunal or another tribunal or other tribunals) on the ground that: (a) A common question of law or fact arises in all those proceedings; (b) The rights to relief claimed in all those proceedings are in respect of, or arise out of, the same transaction or series of transactions; or (c) For some other reason specified in the application, it is desirable that an order be made under this section.* (2) *The following orders may be made under this section in relation to two or more arbitral proceedings: (a) That the proceedings be consolidated on terms specified in the order; (b) That the proceedings be heard at the same time or in a sequence specified in the order; (c) That any of the proceedings be stayed pending the determination of any other of the proceedings.* (3) *Where an application has been made under subsection (1) in relation to two or more arbitral proceedings (in this section called the related proceedings), the following provisions have effect.* (4) *If all the related proceedings are being heard by the same tribunal, the tribunal may make such order under this section as it thinks fit in relation to those proceedings and, if such an order is made, the proceedings shall be dealt with in accordance with the order.* (5) *If two or more arbitral tribunals are hearing the related proceedings: (a) The tribunal that received the application shall communicate the substance of the application to the other tribunals concerned; and (b) The tribunals shall, as soon as practicable, deliberate jointly on the application.* (6) *Where the tribunals agree, after deliberation on the application, that a particular order under this section should be made in relation to the related proceedings: (a) The tribunals shall jointly make the order;*

Desde la teoría, se propician algunas otras soluciones.

Una regla posible para resolver la cuestión es atribuir la facultad de decidir sobre la consolidación al tribunal arbitral que se haya constituido primero. Esta solución, empero, abre la posibilidad de especulaciones de las partes, que pueden demorar la designación de árbitros en un caso para, de ese modo, decidir indirectamente cuál de los tribunales queda constituido en primer término. Adicionalmente, esta solución deja en manos de un tribunal arbitral una decisión de la que se derivan beneficios directos para sí mismo: la consolidación usualmente conlleva un incremento de la cuantía del proceso para el arbitraje consolidado –lo que usualmente conlleva también mayores honorarios para los árbitros– y la desaparición del otro tribunal, que de ese modo quedaría sin funciones. En otras palabras: el primer tribunal tendría en sus manos la posibilidad de “absorber” otros casos, con el consiguiente beneficio propio y perjuicio para los árbitros del otro tribunal.

Otra variante podría ser la de derivar la decisión acerca de la consolidación a un tercero imparcial, por ejemplo, un árbitro distinto de los que componen los tribunales ya constituidos, quien decidiría únicamente si existen razones que autoricen y justifiquen la consolidación.⁽⁷⁸⁾

3.4. La formación del tribunal arbitral en casos con partes múltiples

Como se anticipó, uno de los problemas procesales que plantea la participación de múltiples en un proceso arbitral es la formación del tribunal arbitral (problema que se verifica en cualquier caso de acumulación subjetiva, sea que se intente en la demanda o en la reconvencción,

(b) The related proceedings shall be dealt with in accordance with the order; and (c) If the order is that the related proceedings be consolidated, the arbitrator or arbitrators for the purposes of the consolidated proceedings shall be appointed, in accordance with Articles 10 and 11 of the Model Law, from the members of the tribunals. (7) If the tribunals are unable to make an order under subsection (6), the related proceedings shall proceed as if no application has been made under subsection (1). (8) This section does not prevent the parties to related proceedings from agreeing to consolidate them and taking such steps as are necessary to effect that consolidation”.

⁽⁷⁸⁾ TEN CATE, “Multi-party and Multi-contract arbitrations (...)”, cit., p. 150.

sea que se intente en forma ulterior en el mismo proceso, sea que se trate de procesos arbitrales diferentes que se intentan acumular).

Como se sabe, una de las más extendidas formas de integración del tribunal arbitral consiste en el derecho que tiene cada una de las partes de designar o proponer un árbitro, siendo el tercero, en ausencia de un acuerdo directo entre ellas, elegido por algún otro método indirecto (por los dos árbitros designados por las partes, por una autoridad nominadora o eventualmente por un juez). Cuando en un mismo proceso intervienen varios demandantes o varios demandados: ¿cómo se ejerce el derecho a designar un árbitro por cada “parte”?

Naturalmente, si todas las partes que componen cada “bloque” (demandante o demandada) concuerdan en la designación de un árbitro común, ningún problema existirá. Sin embargo, puede suceder –y es frecuente que suceda– que no exista acuerdo entre ellas: algunas veces por la existencia de intereses contrapuestos entre las partes dentro de cada “bloque”, otras por razones estratégicas. ¿Cómo se integra el tribunal en este supuesto?

Originariamente se interpretaba que por la circunstancia de que un “bloque” estuviese integrado por más de una parte con eventuales intereses antagónicos, la parte única que componía el otro “bloque” no perdía el derecho a designar o proponer un árbitro y que, ante la falta de acuerdo entre quienes formaban la contraparte, el árbitro que ellas hubiesen debido designar habría de ser nombrado en la forma supletoria que correspondiese según el tipo de arbitraje pactado (por la autoridad nominadora o por el juez, en su caso).

La tendencia actual, producto de lo resuelto por la Corte de Casación francesa en el caso “Dutco”,⁽⁷⁹⁾ es la opuesta.

En 1981, BKMI Industriean Lagen GmbH [BKMI] y Raysut Cement Corporation [Raysut] celebraron un contrato para la construcción de una planta industrial “llave en mano” en Oman. Para implementar el contrato, se formó un consorcio entre BKMI, Siemens AG [Siemens] y Dutco Construction Co. [Dutco], en el que BKMI actuaría como líder y respondería frente a Raysut, Dutco actuaría como empresa cons-

⁽⁷⁹⁾ Cour de cassation, sala Civil 1^a, 7/01/1992, *in re* BKMI v. Dutco, en: *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 470.

tructora y Siemens llevaría adelante las tareas de ingeniería. El contrato (“*consortium agreement*”) incluía una cláusula de arbitraje administrado por la CCI, estipulándose que París sería la sede y que el tribunal arbitral estaría compuesto por tres árbitros. En 1985, la planta fue concluida y entregada, sin que hubiera conflictos entre BKMI y Raysut. Sin embargo, en 1986 Dutco inició un arbitraje contra BKMI y Siemens invocando incumplimientos al contrato y reclamando el pago de ciertas sumas de dinero de cada una de las demandadas. Aunque los hechos imputados a cada uno de los co-demandados eran diferentes, y no se había invocado la responsabilidad solidaria de ellas, la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI mantuvo el proceso unificado, pese a las protestas de las demandadas que pretendían que se separara en dos diferentes procesos. Dutco propuso un árbitro y la Secretaría de la Corte de la CCI invitó a BKMI y Siemens a designar un árbitro común. Inicialmente las demandadas se negaron a designar árbitro, argumentando que existían intereses opuestos entre ellas. Ante la advertencia de la CCI de que en caso de falta de acuerdo, el árbitro que ellas debían designar sería nombrado por la Corte, las demandadas finalmente eligieron un árbitro “bajo protesta”, haciendo reserva de la violación al acuerdo arbitral que ello implicaba. La CCI designó al árbitro tercero y el tribunal así formado dictó un laudo preliminar afirmando la validez de su propia constitución, bajo el argumento de que el derecho de las partes a elegir árbitros, aunque fundamental, no es absoluto y está sujeto a excepciones. Sostuvo que la constitución del tribunal en la forma que se hizo no implicaba una violación a la igualdad de las partes y que el orden público no se veía afectado.

BKMI y Siemens plantearon la nulidad del laudo ante los tribunales de París, invocando la irregular constitución del tribunal arbitral como causal de violación al orden público. La Corte de Apelaciones de París, en 1989, rechazó el recurso y confirmó la validez del laudo. Sostuvo que las partes habían consentido anticipadamente que ambas demandadas debían designar un único árbitro, al pactar un arbitraje con tres árbitros, sometido al Reglamento que, por entonces, preveía esa solución, especialmente cuando por la estructura del contrato era previsible que pudiera surgir una controversia involucrando más de dos partes.

La Corte de Casación revocó esa decisión, basándose sustancialmente en que la igualdad de las partes es un principio que interesa

al orden público. Aunque no expresamente contemplado en la legislación francesa, este principio está consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos y, como tal, forma parte del orden público internacional y se aplica a cualquier procedimiento, independientemente de la ley aplicable. Interpretó que el acuerdo contractual mediante el cual las demandadas habían aceptado esa forma de integración del tribunal no era válido, porque no se puede renunciar anticipadamente a un principio que forma parte del orden público, pudiendo renunciarlo únicamente una vez que el conflicto haya surgido.⁽⁸⁰⁾

Esta decisión pone sobre el tapete la necesidad de que se respete la igualdad de las partes en la constitución del tribunal, como condición de validez del laudo mismo. A partir de allí, básicamente dos soluciones son posibles para garantizar ese derecho: o bien todas las partes conservan igual derecho a proponer árbitros, o ninguna de ellas lo tiene.⁽⁸¹⁾

Un ejemplo de la primera solución es la adoptada por la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso *Compañía Española de Petróleos S.A. v. Nereus Shipping S.A.*⁽⁸²⁾ Allí, la participación igualitaria de las partes en la conformación del tribunal se logró aumentando la cantidad de árbitros a cinco, de modo que cada una de las partes pudiera

(80) *“Attendu que pour rejeter les recours en annulation formés par les sociétés BKMI et Siemens contre la sentence, l’arrêt attaqué retient que la clause compromissoire intégrée dans l’accord liant les trois sociétés exprime sans ambiguïté la volonté commune des parties à un même contrat de soumettre à trois arbitres tous les différends résultant de leur accord, d’où il se déduit nécessairement de la nature multipartite du contrat lui-même, avec l’éventualité prévisible de différends opposant trois partenaires, que les parties ont admis la possibilité d’un tribunal unique composé de trois arbitres pour statuer sur un litige opposant les trois parties, avec les aménagements découlant d’une telle situation; qu’en statuant ainsi, la Cour d’appel a violé les textes susvisés [pourquoi] le principe de l’égalité des parties dans la désignation des arbitres est d’ordre public; on ne peut y renoncer qu’après la naissance du litige”*. Cour de cassation, sala Civil 1^a, 7/07/1992, *in re* BKMI v. Dutco, citado.

(81) Una salida “intermedia” consiste en pedir a las partes que propongan varios árbitros y reservarse la autoridad nominadora la atribución de designar a los árbitros de entre los propuestos. CHIU, Julie C., “Consolidation of arbitral proceedings and international commercial arbitration”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 7, N° 2, 1990, pp. 53 y ss.

(82) US Court of Appeal for the Second Circuit, 1975, *in re* *Compania Espanola de Petroleos v. Nereus Shipping*, 527 F.2d 966,973 (2d Cir. 1975).

designar uno. Luego de ordenar la consolidación de los procesos, la Corte dispuso que cada una de las tres partes involucradas designara un árbitro y éstos, a su vez, nombraran dos árbitros adicionales, reservando la competencia de la Corte de Distrito para suplir cualquier falta de acuerdo entre las partes o entre los árbitros. Esta solución fue juzgada como positiva, al mantener el derecho de todas las partes de elegir árbitros, aunque no es aplicable a casos que involucren más de tres partes.⁽⁸³⁾

La segunda, en cambio, ha sido la que han adoptado mayoritariamente las instituciones arbitrales: a falta de acuerdo, todos los árbitros son designados por la autoridad nominadora. Esta solución, aunque mantiene la igualdad de las partes, lo hace a costa de principios esenciales del arbitraje, en tanto cercena el derecho de las partes de intervenir en la designación de los árbitros, derecho considerado una de las ventajas más apreciadas por las partes al pactar el arbitraje,⁽⁸⁴⁾ sino la razón misma por la que lo convienen.⁽⁸⁵⁾ De ese modo, si, por ejemplo, las varias demandadas carecen del derecho a designar un árbitro (por ser varias y no lograr un acuerdo sobre un árbitro común), también carecerá de ese derecho la parte demandante.⁽⁸⁶⁾

Precisamente a raíz del caso “Dutco”, la CCI modificó su reglamento, previendo actualmente que cuando haya pluralidad de partes demandantes o demandadas, en caso de falta de designación conjunta o de otro acuerdo entre las partes sobre el modo de constituir el tribunal,

(83) TEN CATE, “Multi-party and Multi-contract arbitrations: Procedural mechanisms and interpretation of arbitration agreements under U.S. Law”, en: *American Review of International Arbitration*, N° 15, 2004, pp. 133 y ss.

(84) “[I]n a complex international context, one of the major reasons to resort to arbitration is the possibility of influencing the constitution of the tribunal by nominating one of the arbitrators”. FRICK, *Arbitration and complex international contracts (...)*, cit., p. 233.

(85) “Le choix des arbitres intuitu personae fait partie de ce que l’on pourrait appeler l’essence de l’arbitrage”. CORNU, Gérard, “Le juge-arbitre”, en: *Revue de l’arbitrage*, 1980, p. 412.

(86) Ese es, en rigor, el exacto sentido del fallo e la Corte de Casación francesa en el caso “Dutco”. La Corte no dijo que el derecho a nombrar árbitro es absoluto, sino que todas las partes deben estar en un mismo pie de igualdad en el proceso de constitución del tribunal arbitral. JARROSSON, Charles, “L’interprétation de la clause d’arbitrage multipartite. La référence au principe d’ordre public de l’égalité des parties. La portée de l’affaire Dutco”, en: *Journal du Droit International*, Clunet, 1992, pp. 728 y ss.

todos los árbitros serán designados por la Corte Internacional de Arbitraje⁽⁸⁷⁾ El Reglamento vigente a partir de 1998, en su artículo 10 dispone: “(1). Si hay varias partes demandantes o demandadas, y la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, los demandantes, conjuntamente, y los demandados, conjuntamente, deberán designar un árbitro para confirmación según lo previsto en el artículo 9. (2). A falta de dicha designación conjunta y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el Tribunal Arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo 9”. La norma, como se ve, brinda a todas las partes la posibilidad de mantener su derecho a elegir árbitros, aunque condiciona ese derecho a que logren un acuerdo en el modo de designarlos, imponiendo la designación directa por la Corte sólo en caso de que tal acuerdo no se obtenga.⁽⁸⁸⁾

En similar sentido –aunque en términos más explícitos– el artículo 8 de las Reglas de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA) dispone: “8.1. Aunque el convenio arbitral autorice a cada una de las partes a designar un árbitro, cuando las partes litigantes sean más de dos y no exista acuerdo por escrito entre ellas para constituirse en dos partes distintas –la demandante y la demandada, respectivamente– en el arbitraje, la Corte de la LCIA constituirá el Tribunal Arbitral nombrando sus miembros e ignorando las designaciones de cualquier parte. 8.2. En estas circunstancias, el convenio arbitral será considerado para todos los efectos, como un acuerdo por escrito de las partes, delegando en la Corte de la LCIA el nombramiento del Tribunal Arbitral”.

El artículo 11 de las Reglas de Arbitraje de la American Arbitration Association dispone igualmente que, salvo acuerdo en

(87) Ver SCHWARTZ, Eric A., “Multi-party arbitration and the ICC - In the wake of Dutco”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 10, N° 3, 1993, pp. 5 y ss.

(88) Comentarios a este Reglamento pueden verse en BLESSING, Marc, “La procédure d’arbitrage selon le nouveau règlement de la CCI. Analyse des changements”, en: *ICC Bulletin*, Vol. 8, N° 2, 1997, p. 19.

contrario, cuando haya dos o más demandantes o dos o más demandados, la institución podrá designar a todos los árbitros.⁽⁸⁹⁾ El Reglamento de Arbitraje Internacional de esta entidad –vigente a partir del 15 de Septiembre de 2005– en su versión en español, establece: “A menos que las partes acuerden otra cosa, si la notificación del arbitraje menciona a dos o más demandantes o a dos o más demandados, no más allá de los 45 días de iniciado el arbitraje, el administrador nombrará a todos los árbitros” (artículo 6.5).

En materia legislativa, esta solución ha sido adoptada por la nueva Ley de Arbitraje española (Nº 60/2003), cuyo artículo 15.2 dispone: “Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas: (a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes. (b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes. (c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes”.⁽⁹⁰⁾

⁽⁸⁹⁾ American Arbitration Association, Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures, article 11: “(c) *Unless the parties agree otherwise when there are two or more claimants or two or more respondents, the AAA may appoint all the arbitrators*”.

⁽⁹⁰⁾ Un análisis de esta ley puede verse en MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005.

4. CONCLUSIÓN

Se sabe que el arbitraje es un subproducto de la autonomía de la voluntad de las partes.⁽⁹¹⁾ Aunque también tiene elementos que permiten asimilar ciertos aspectos a un proceso judicial,⁽⁹²⁾ su origen consensual impone ciertas limitaciones a la jurisdicción que los árbitros obtienen. Además de las limitaciones que la ley impone, sustrayendo determinadas materias del ámbito de los derechos disponibles y reservándolas en exclusividad a la competencia de los jueces, están las que las propias partes impusieron, al pactar el arbitraje para resolver determinadas controversias y no otras. El acuerdo arbitral no produce efectos universales ni *erga omnes*. Sólo obliga a recurrir al arbitraje a determinadas personas y respecto de determinadas cuestiones. Este carácter contractual del arbitraje, al mismo tiempo que le da sentido y justificación, suele crear dificultades a la hora de su aplicación práctica. Los supuestos analizados en este trabajo dan cuenta de algunas de ellas. Ello, empero, no significa que el arbitraje no resulte apropiado para tales situaciones.

La multiplicidad de partes y/o de contratos es un fenómeno relativamente frecuente en determinadas áreas de negocios. Un ejemplo de ello es el campo de la construcción, donde usualmente es posible encontrar un contrato principal entre el dueño de la obra y el contratista principal a quien encomienda los trabajos, y varios contratos mediante los cuales este último subcontrata distintas partes de la obra en diferentes empresas especializadas. En términos similares puede mencionarse el ámbito del derecho marítimo, donde es frecuente la subcontratación en la operación del transporte de mercaderías, o las denominadas

(91) "Arbitration is a creature of contract". US Court of Appeal for the Fifth Circuit, 27/09/1995, *in re* Gateway Technologies Inc. v. MCI Telecommunications Corp., N° 93-1101 y 94-10787. "El arbitraje nace como una genuina manifestación de la autonomía de la voluntad". CREMADES, Bernardo M., "El convenio arbitral", en: *Rev. La Ley España*, 4/04/2003.

(92) "Arbitration is a creature of mixed parentage in that it combines elements of the nature of the judicial process, in that one person decides a dispute between others, with classic elements of private agreement for the appointment of an arbitrator creates a contract between him and the parties". DHARMANANDA, Kanaga/KIAT, Sim Kwan, "The great bind: joinder of issue and parties in arbitration proceedings", en: *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 16, N° 2, 2001, pp. 43 y ss.

“cadenas de contratos”, comunes en el comercio de *commodities* donde, a partir de un contrato de compraventa entre un vendedor de materias primas y su comprador, el producto va luego pasando a través de sucesivas intermediaciones. Curiosamente (o no tanto) esas áreas son campo especialmente propicio para el arbitraje.

Reputada doctrina ha dicho que las dificultades que surgen de arbitrajes con partes múltiples o de relaciones múltiples no deben exagerarse, ya que, en la práctica, la mayoría de estos casos se resuelven satisfactoriamente.⁽⁹³⁾ Siendo ello cierto, no lo es menos que un trabajo que pretenda analizar este tema debe mostrar descarnadamente los problemas, de modo de advertir a los colegas y permitirles adoptar los recaudos necesarios para evitarlos. La mayoría de los problemas aquí planteados tienen solución. Pero esa solución, en buena medida, depende de que las partes hayan previsto los problemas y actuado en consecuencia, sea cuidando algunos aspectos de la redacción del acuerdo arbitral, sea revisando diligentemente las reglas institucionales a las que se someten. Es destacable, en este último sentido, el significativo papel que están jugando las instituciones, adaptando sus reglas para lidiar con estas situaciones, en la búsqueda de soluciones creativas y flexibles.⁽⁹⁴⁾

De modo que, sin exagerar ni minimizar los problemas que la multiplicidad de partes o de relaciones jurídicas plantea en el arbitraje, hay que tomar debida nota de ellos a fin de procurar darles la solución que mejor se compadezca con la necesidad de eficiencia en la resolución de los conflictos pero que, al mismo tiempo, respete la naturaleza y la razón de ser del arbitraje. ▲

⁽⁹³⁾ HANOTIAU, Bernard, *Complex arbitrations*, Kluwer, La Haya, 2005, p. 104.

⁽⁹⁴⁾ *All that is required is a greater degree of flexibility and creativity, bearing in mind that in every case, the will of the parties still remains, in the absence of divergent case law in the state of the seat or of specific legislation, the single most important element, beyond the possible economic unicity of the contractual structure*. HANOTIAU, Bernard, “Complex multicontract-multiparty arbitrations”, en: *Arbitration International*, Vol. 14, N° 4, 1998, pp. 369 y ss.

✍ ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA(*)
CARLOS PANIAGUA GUEVARA(**)

Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Contexto: el Estado y el arbitraje. 3. El arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento: su tratamiento respecto de los contratos de obras públicas y de los adicionales de obra. 4. ¿Existe razonabilidad técnica y jurídica para considerar materia no arbitrable a los adicionales de obra superiores al 10%? 5. ¿Qué ocurre con la obra, cuando los adicionales superan el 10% del valor originalmente previsto, y se requiere la intervención de la CGR? 6. Las obras adicionales ejecutadas sin aprobación previa y el enriquecimiento sin causa. 7. A manera de conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo pretende brindar al lector una apreciación, tanto legal como técnica, de algunos aspectos vinculados a la ejecución de los contratos de obras públicas, y específicamente, al tratamiento que tienen en nuestra legislación, los presupuestos adicionales superiores a un límite porcentual establecido. Así, se realiza un análisis crítico de la incorporación de un porcentaje preestablecido para determinar las obras adicionales que requieren aprobación previa de la Contraloría General

(*) Profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Lima. Socia del Estudio Eche copar, Abogados.

(**) Ingeniero Civil. Socio de PCONSA.

de la República, así como de haber considerado este tema como materia no arbitrable, formulándose algunas propuestas en el ánimo de colaborar a un tratamiento más eficiente y justo en materia de obras públicas.

2. CONTEXTO: EL ESTADO Y EL ARBITRAJE

- a. Un primer aspecto que nos suscita una reflexión preliminar, es por qué en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio, que las controversias derivadas de los contratos de ejecución de obras públicas, sean resueltas a través de un arbitraje –mecanismo esencialmente privado–, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales (entiéndase, el Poder Judicial), vía “originaria”, prevista en la Constitución Política del Estado para estos efectos.

Lo indicado tiene mayor sentido, si consideramos que detrás de la solución de conflictos derivados de la ejecución de un contrato de obra pública, se encuentra la realización de un interés eminentemente público, mientras que en el arbitraje, el carácter privado y particular constituye su esencia, su razón de ser.⁽¹⁾

- b. No es el propósito de este ensayo, descifrar la “naturaleza jurídica” de las cosas, pero sí llamar la atención respecto a la necesaria aplicación del “sentido de realidad”, en lo que respecta a la relación entre la eficiencia, corrección y fluidez en las relaciones económicas y comerciales del Estado, y los mecanismos de solución de las controversias que inevitablemente se susciten en ellas.

En efecto, el Estado no sólo participa en la economía de manera directa a través de la celebración de contratos, comportándose en

(1) Refiriéndose a este tema, BULLARD señala: “El encuentro aparece, entonces, como uno “*contra natura*”, en el que las cosas son puestas al revés y la soberanía del Estado y sus potestades públicas, quedan sometidas a un sistema privado de solución de controversias. Entramos, así, a un mundo en el que lo público queda sometido a lo privado, uno donde la soberanía privada somete a la soberanía pública, con todo lo que ello pueda significar.” BULLARD, Alfredo, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Lima, 2006, p. 157.

igualdad de condiciones que los particulares,⁽²⁾ sino que además, quiere fomentar que su contratación sea la más eficiente; para ello, necesita crear condiciones propicias para que terceros, particulares o no, quieran vincularse con el Estado, invirtiendo, abasteciendo de bienes y de servicios, e implementando infraestructura, en las mejores condiciones posibles en el mercado; en síntesis, creando desarrollo. Ardua tarea.

Así, el Estado tiene que crear el “ambiente propicio”, que le permita generar confianza en los potenciales contratantes. Uno de los aspectos centrales para ello, es asegurarles que de surgir conflictos en sus relaciones jurídicas y económicas, éstos serán solucionados de manera: imparcial, pronta, adecuada, y que lo que se resuelva, será respetado y cumplido, incluso por él, es decir, que se someterá a la decisión de un tercero, despojándose de su “*ius imperium*”, y actuando como un privado más.⁽³⁾

- c. Sin embargo, ¿esto implicaba inexorablemente que las controversias suscitadas en las relaciones contractuales con el Estado no podrían ser resueltas por el Poder Judicial? En nuestra opinión, evidentemente, no. Esto significaba que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les

(2) No debemos olvidar que, en muchos casos, en el ánimo de lograr mecanismos de contratación eficientes, podemos afirmar que el Estado –de alguna manera– ha “renunciado” al ejercicio de potestades que le son soberanas, como por ejemplo, a través de la celebración de convenios de estabilidad jurídica, con los que se otorga al contratante la “garantía” de que mientras su relación contractual esté vigente, no variarán las reglas existentes al momento de la celebración del contrato que los vincula, y que –se entiende– sirvieron para que el contratante evaluara y decidiera si invertía o no en nuestro país.

(3) “*El problema que estamos reseñando se hace aún más complejo en aquellas áreas en las que el Estado interactúa contractualmente con los particulares. Cuando el Estado compra o vende o concede un servicio para que un particular lo explote, la tentación de usar su otra cara, la distinta a la del contratante, es decir, la dibujada con el pincel del ius imperium, se exagera y la experiencia histórica así lo demuestra. El Estado es el único contratante que puede cambiar las propias reglas que acordó con su primera cara usando su segunda cara.*” BULLARD, “Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos”, cit., p. 163.

permita resolver de manera pronta.⁽⁴⁾ En síntesis, que era imprescindible realizar una verdadera y comprometida Reforma, lo que indudablemente tenía un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero.

- d. En términos prácticos, el Estado optó por lo urgente, lo inmediato. La necesidad de desarrollo económico no podía esperar, y terminó aceptando sus propias limitaciones, relegando esta necesidad de Reforma, y admitiendo que el arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional.

Nos parece pertinente indicar que, en nuestra opinión, esta “confiabilidad” a la que hacemos referencia, no se vincula con el hecho de que en el Poder Judicial, la entidad contratante es el Estado, y que por ello, pueda actuar como “Juez y parte”,⁽⁵⁾ admitir esta tesis nos llevaría a sostener que el órgano jurisdiccional jamás podría conocer, por ejemplo, de los procesos contencioso administrativos, ni de los de amparo o de los de hábeas corpus,

(4) Así, por ejemplo, TRAYTER, haciendo una reflexión sobre lo que denomina la “crisis de la justicia administrativa”, según la cual las controversias debían ser resueltas previamente por la autoridad administrativa y sólo en un segundo momento, por el Poder Judicial, a través del proceso contencioso administrativo, señala: “*Es de todos conocido el momento de crisis que atraviese la justicia administrativa. Desde el punto de vista del ciudadano, el proceso contencioso-administrativo se desarrolla de forma lenta, concluye con una sentencia no siempre bien fundada y, aún reconociéndose el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1. CE), esa resolución, en muchas ocasiones o bien resulta de imposible ejecución o bien carece de interés alguno pues las circunstancias personales y reales han variado de tal modo que nada tienen que ver con el origen del litigio*”. TRAYTER, Juan Manuel, “El arbitraje de derecho administrativo”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 143, Madrid, 1997, p. 75.

(5) Así, un sector autorizado de la doctrina nacional, afirma que con el Arbitraje se garantiza la democratización con base en una “simetría arbitral” que asegura el principio universal de igualdad que debe prevalecer entre las partes, y que resulta indispensable para lograr soluciones que se encuentren en plena armonía con el sistema jurídico, con el interés económico subyacente al contrato respectivo, con su respectiva finalidad dentro del Derecho Público y con la finalidad de resolver la controversia dentro del Derecho Arbitral. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz, “Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en el marco normativo sobre contrataciones y adquisiciones del Estado: El arbitraje de derecho administrativo”, en: *Revista Jurídica del Perú*, año LIII, N° 51, Lima, 2003, p. 228.

donde el Estado es precisamente una de las partes, lo que resulta contrario a un principio elemental de separación de poderes y de Estado de Derecho.⁽⁶⁾ La opción por el sistema arbitral obedece a la constatación de que el arbitraje tiene ventajas de las cuales nuestro sistema judicial aún no goza,⁽⁷⁾ y que le permiten un mejor conocimiento del conflicto, y emitir una decisión en términos comparativos, mucho más breves, lo que resulta acorde con la “racionalidad económica” de las relaciones que se encuentran detrás del conflicto.

- e. De esta manera, se ha dado origen al denominado “arbitraje administrativo”,⁽⁸⁾ que implica la creación de una nueva forma de relacionarse entre el Estado (entiéndase, la Administración Pública) y los ciudadanos, por la que ambos se someten a una auto-

(6) Al referirse LATORRE, de manera acertada, a la ineficiencia del mecanismo de solución de controversias que existía antes de la vigencia de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, le otorga una causa que no compartimos. Así señala: “Como en todos los ámbitos donde se requiere solucionar conflictos que alteran el orden y la estabilidad social, la solución administrativa y luego contencioso administrativa que se dio en la normatividad anterior a los conflictos surgidos en la ejecución de los contratos en los que es parte el Estado generó una serie de sinsabores y descontento en los administrados, pues una de las partes (el Estado) era al mismo tiempo juez y parte, con lo que no se tenía la necesaria neutralidad que permita una mejor gestión del conflicto.” LATORRE BOZA, Derek, “El arbitraje en las contrataciones públicas”, en: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, 2003, Chabaneix & Asociados, Abogados, www.servilex.com.pe/Arbitraje/colaboraciones/arbi-contrata-publicas.html.

(7) Tal es el caso de la flexibilidad del procedimiento, la competencia y especialización de los juzgadores, la capacidad para restringir los plazos y el ejercicio de ciertos derechos, sin que ello implique la vulneración a un debido proceso, etc.

(8) TRAYTER define el arbitraje administrativo como aquél: “mediante el cual la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes”. Asimismo, señala: “la introducción del Arbitraje en el Derecho administrativo, así como otras figuras de corte convencional o negocial, inaugura un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos (...), en un intento de legitimación democrática de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica”. TRAYTER, “El arbitraje de derecho administrativo”, cit., p. 77.

ridad privada y elegida por ellos para la solución de sus controversias, pero ésta deberá tener en cuenta, para efectos de resolver y regular las relaciones entre ellas, las normas propias de la contratación estatal, por lo que podemos afirmar que estamos frente a un arbitraje que tiene una naturaleza “*sui generis*” o particular.

- f. No obstante, consideramos imperioso recordar al Estado, que si lo que pretende es crear condiciones de confiabilidad en la solución de controversias, para fomentar con ello inversión y desarrollo, no basta con la elección realizada del arbitraje como mecanismo de solución de controversias vinculadas a la ejecución de los contratos que celebre. Más allá del indiscutible beneficio que esto significa –y sin perjuicio de que, en nuestra opinión, implique también la “evasión” de un compromiso de Reforma del Poder Judicial–, el Estado no puede olvidar que ningún mecanismo privado de solución de conflictos puede funcionar autónomamente ni aislado; para su eficiencia, siempre requerirá –en mayor o menor medida– del auxilio jurisdiccional, por lo que resulta imperioso que la Reforma se dé, pues en caso contrario, los pasos adelante dados con la implementación del arbitraje, implicarán un retroceso importante, cada vez que la relación con el Poder Judicial sea necesaria e inevitable.⁽⁹⁾

3. EL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO: SU TRATAMIENTO RESPECTO DE LOS CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y DE LOS ADICIONALES DE OBRA

- a. Nuestra Constitución Política establece en el artículo 63,⁽¹⁰⁾ que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una *relación*

⁽⁹⁾ Para un mayor desarrollo de este tema, ver ARRARTE ARISNBARRETA, Ana María, “De la interrelación a la interferencia entre el Poder Judicial y el arbitraje: Límites de su actuación”, en: *Thémis*, N° 53, Lima, 2006, pp. 91-104.

⁽¹⁰⁾ Constitución Política del Estado
“Artículo 63.- (...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados

contractual a arbitraje, sea nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.

Coherentemente con ello, el artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, establece que pueden ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, las controversias *derivadas de los contratos* que celebren el Estado peruano con nacionales o extranjeros, e incluso aquellos que celebren personas jurídicas de derecho público entre sí.

- b. Así, constituyen materia arbitrable, los conflictos derivados de los contratos celebrados por el Estado, en tanto implican cuestiones esencialmente disponibles por las partes,⁽¹¹⁾ y que son manifestaciones de una actividad administrativa comercial. Cabe señalar que se encuentra al margen de lo que se regula como materia arbitrable, todo lo que se conoce como “actividad reglada” de la Administración, que implica el ejercicio de funciones de orden público.⁽¹²⁾
- c. En esa línea argumentativa, y con la finalidad de que el Estado se encuentre en aptitud de contratar en mejores condiciones el

en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”.

- (11) Al respecto, RUBIO señala lo siguiente: “*El arbitraje no comprende el universo de conflictos jurídicos, sólo pueden arbitrarse aquellas materias sobre las cuales las partes tienen ‘libre disposición’, no siendo arbitrables las materias de ‘orden público’, por su naturaleza indisponible. Un indicador que puede ayudar a determinar la arbitrabilidad de una materia es el ‘contenido patrimonial’ de la controversia que se deriva de cualquier relación jurídica (contractual o no contractual). En tal sentido, cualquier controversia que verse sobre cuestiones patrimoniales puede ser sometida a arbitraje, salvo cuando se encuentre inseparablemente unida a materias indisponibles, sin tener sustantividad propia*”. RUBIO GUERRERO, Roger, “Solución de controversias en la fase contractual”, en: *Material de enseñanza de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Proyecto “Transparencia en las Adquisiciones Estatales”*, CONSUCODE/USAID, p. 20.
- (12) GARCÍA CALDERÓN, cita a CANAL y ÁLVAREZ, quien afirma lo siguiente: “*Es por ello evidente que no podrán someterse a arbitraje los conflictos derivados de la actuación unilateral y reglada de la administración pública, mientras que su ámbito natural de aplicación se referirá a la actividad administrativa y comercial.*” GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, “Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, en: *Ius et Praxis*, N° 32, Lima, 2001, p. 145.

suministro de los bienes y servicios que requiere, o vender aquellos que produce,⁽¹³⁾ nuestra legislación ha determinado que el arbitraje constituye un *mecanismo obligatorio* de solución de los conflictos, que pudieran suscitarse –entre otros– en la ejecución de contratos de obras públicas.

Así, el D.S. N° 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado vigente de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, la LCAE), ha dispuesto en su artículo 41, lo siguiente:

“Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

(...)

b. Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje.

En caso que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el reglamento.

Dicha disposición no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obras, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales, la Contraloría General de la República ejerce el control previo y serán resueltas por éstas de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor para el efecto. (...).⁽¹⁴⁾ (El resaltado es nuestro)

(13) Refiriéndose a este tema, CANTUARIAS señala: “(...) Para nosotros es claro que si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo de aplicación de la LCAE, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume (sólo participarían aquellos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral, como es el Poder Judicial, el Estado interviniente en la operación necesariamente afectará las condiciones de intercambio)”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”, en: *Derecho y Sociedad*, Año XIV, N° 21, 2003, pp. 283-284.

(14) La disposición referida a solución de controversias, conjuntamente con aquellas disposiciones obligatorias referidas a las cláusulas de garantías y de resolución de

A diferencia de lo que ocurría con el D.S. N° 012-2001-PCM, TUO anterior de la LCAE,⁽¹⁵⁾ esta disposición no sólo especifica la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias para estos contratos, sino que además excluye como materia arbitrable,⁽¹⁶⁾ a los adicionales de obras, respecto de los cuales se ha establecido que la Contraloría General de la República (en adelante, CGR) ejerce un control previo. Este será precisamente el tema central de nuestra reflexión.

- d. Sin embargo, detengámonos un momento en la primera parte del mandato legal, esto es, el referido a que: *“Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje”*.

Concretamente, nos preguntamos si una disposición de esta naturaleza no vulnera la esencia misma del arbitraje, es decir, su voluntariedad.

los contratos, es considerada por la doctrina nacional como una suerte de “santísima trinidad”, de modo que quien tenga intención de contratar con el Estado sabe de su existencia y obligatoriedad. KUNDMÜLLER CAMINITI, “Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en el marco normativo sobre contrataciones y adquisiciones del Estado: El arbitraje de derecho administrativo”, cit., p. 229.

- (15) *“Artículo 41.- Cláusulas obligatorias en los contratos de adquisición y contratación. Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:*
(...)
b. Cláusula de solución de controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surge entre las partes una discrepancia, esta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerdan las partes”.
- (16) Al respecto, RUBIO señala lo siguiente: *“En el marco de las contrataciones y adquisiciones públicas, el Arbitraje comprende la solución de controversias que surgen sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, es importante sin embargo anotar que existe un aspecto relacionado con el contrato que no puede ser sometido a Arbitraje: la decisión de la Contraloría General de la República sobre la ejecución de obras adicionales superiores al quince por ciento (15%) del monto total del contrato original.”* RUBIO GUERRERO, “Solución de controversias en la fase contractual”, cit., p. 20.

Sobre este tema, Trayter, en posición que compartimos, señala que “no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros”.⁽¹⁷⁾

En efecto, nótese que lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, es decir, no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial, en tanto expresamente se ha excluido esta posibilidad, lo cual implica que –contrariamente a lo que ocurre con cualquier convenio arbitral–, si alguna de las partes, sea el Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, éste deberá declararse incompetente –incluso de oficio– para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado, sin que quepa la posibilidad de que como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.⁽¹⁸⁾

Para salvar esta –en nuestra opinión– severa incompatibilidad legal, la doctrina nacional mayoritaria⁽¹⁹⁾ se ha inclinado por consi-

(17) Asimismo, refiriéndose a la posibilidad de que se establezca el arbitraje como mecanismo de solución de controversias suscitadas en la ejecución de contratos administrativos, señala que el arbitraje administrativo no debe suponer la exclusión del recurso administrativo ordinario, debe ofrecerse al ciudadano la posibilidad, bien de optar por el arbitraje de Derecho administrativo, bien por la vía de interponer el recurso ordinario y el posterior recurso contencioso-administrativo. Según afirma, el espíritu de la ley (refiriéndose a la legislación española) es fomentar que los ciudadanos escojan voluntariamente bien al sistema tradicional de recursos, bien al arbitraje. TRAYTER, “El arbitraje de derecho administrativo”, cit., p. 80.

(18) En estricto, lo que ha ocurrido es que el mandato legal ha regulado un elemento de competencia absoluta (la materia), el mismo que al tener carácter imperativo, no admite la posibilidad de ningún pacto entre las partes, que sustente su variación.

(19) KUNDMÜLLER CAMINITI, “Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en el marco normativo sobre contrataciones y adquisiciones del Estado: El arbitraje de derecho administrativo”, cit., pp. 225-235. CUEVA MORALES, Carlos, “El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, en: *Cathedra*, Año V, N° 8, 2001, pp. 198-205. GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, “Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”, cit., pp. 142-149.

Sin embargo, este último admite la legalidad de la incorporación obligatoria del arbitraje, con cierto límite. Así indica que lo que resultaría ilegal es la incorporación de la cláusula

derar el mandato de la LCAE como una “autoexigencia” para el Estado, quien debe incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, más no implica la afectación a la voluntariedad del arbitraje.

Así, se sostiene que la incorporación de la cláusula de solución de controversias que prevé el arbitraje, es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado, quienes cuentan con esa información, incluso antes de presentarse como postores en los procesos de selección. De este modo, quienes contratan se limitan a aceptar esta condición, lo que no afecta la voluntariedad del arbitraje, en la medida que nadie está obligado a contratar con el Estado.

Más aún, para quienes sostienen esta posición –que reiteramos, no compartimos–, esta tesis encontraría mayor sustento, en el artículo 11 de la Ley General de Arbitraje,⁽²⁰⁾ que prevé la posibilidad de incluir un convenio arbitral en cláusulas generales de contratación y contratos por adhesión, siempre que exista una adecuada publicidad o que en las condiciones generales se halle inserto el convenio de arbitraje.

En nuestra opinión, existe una diferencia importante entre lo previsto en la LCAE y su Reglamento sobre la incorporación de un convenio arbitral en los contratos de obras públicas, y lo regulado en la LGA respecto de las cláusulas generales estándares. En efecto, en este último caso, es perfectamente posible que, pese a lo previsto en las cláusulas generales, las partes acuerden recurrir a

arbitral de pleno derecho, ante la falta de pacto expreso, como lo preveía el artículo 188 del Reglamento anterior, y como lo establece el artículo 274 del Reglamento vigente (D.S. N° 084-2004-PCM) de la LCAE. Afirma, que en este supuesto, no se puede incorporar este medio de solución alternativo de resolución de controversias, sin la voluntad de las partes, pues ello afectaría los principios de legalidad y debido proceso. Lo que no quita la responsabilidad frente a la CGR, del funcionario que celebró el contrato en esos términos.

(20) *Artículo 11.- Convenios arbitrales y relaciones jurídicas estándares.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria. (...)*”

un mecanismo de solución de controversias distinto al arbitraje inicialmente contemplado; sin embargo, en materia de contratación de una obra pública, no cabe la posibilidad de un pacto que cambie el fuero arbitral por uno judicial, lo que consideramos ratifica que sí se afecta la voluntariedad del arbitraje.

- c. Veamos ahora el segundo aspecto regulado en la LCAE, que es el punto central de nuestro ensayo, esto es, el referido a la exclusión de que se consideren materia arbitrable a los adicionales que superen una valla porcentual del valor del contrato de obra.

La LCAE ha determinado que los adicionales sujetos a control de la Contraloría General de la República - CGR, no pueden someterse a arbitraje. Por su lado, el Reglamento vigente de la LCAE (D.S. N° 084-2004-PCM), define los alcances de tal limitación, refiriéndose a aquellos adicionales que exceden el 15% del valor de la obra. Textualmente, la norma dispone:

“Artículo 266.- Obras adicionales mayores al quince por cien (15%).- Las obras adicionales cuyos montos por sí solos o restandole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por cien (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobados por el titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, requieren previamente para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emitirá previa al pago.(...)”
(El énfasis es nuestro).

Ahora bien, merece un análisis algo más detenido el tema del porcentaje que constituye el límite para que la Entidad pueda aprobar directamente un adicional de obra.

En efecto, la norma transcrita del Reglamento es clara al señalar que este límite es el 15% del monto fijado para toda la obra en el contrato original; sin embargo, surge una duda al respecto, toda vez que la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley N° 28411) ha establecido en su Quinta Disposición Final, que el

límite máximo para la aprobación de obras adicionales, sin autorización previa de la CGR, es del 10%.⁽²¹⁾

Encontrándonos frente a 2 normas incompatibles, en tanto no pueden ser aplicadas de manera concurrente, resulta necesario recurrir a los principios de especialidad y de temporalidad, a efectos de determinar cuál de ellas es aplicable para la determinación del límite porcentual máximo para la aprobación directa de adicionales de obra.

En este sentido, si aplicamos el criterio de especialidad, tenemos que tratándose de obras públicas, podemos considerar que la determinación de qué debe entenderse como adicional, es una materia que compete a la LCAE, que regula la celebración y ejecución de los contratos de obra; mientras que lo relacionado con los fondos que se utilizan para su pago, resultaría una materia específica, regulada por la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, por lo que consideramos que, por criterio de especialidad, esta última norma debe primar respecto de la primera (Reglamento de la LCAE), en cuanto al porcentaje que determina el límite para la aprobación directa de adicionales por la Entidad.

Por otro lado, si aplicamos el criterio de temporalidad, tenemos que tanto el TUO de la LCAE (D.S. N° 083-2004-PCM), como

(21) *“Quinta.- Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal, con aprobación del Titular de la Entidad mediante la resolución correspondiente, o en el caso de empresas, incluyendo aquellas bajo el ámbito de FONAFE, por Acuerdo del Directorio de la empresa, y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el diez por ciento (10%) del monto total del contrato original.*

Para el caso de las obras adicionales que superen el diez por ciento (10%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en el artículo 160 del Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de fecha 13 de febrero de 2001”.

su Reglamento (D.S. N° 084-2004-PCM) se promulgaron el 26 de noviembre de 2004, mientras que la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley N° 28411) se promulgó el 8 de diciembre de 2004; desde esta perspectiva, también primaría lo establecido en esta última disposición legal respecto de los límites para la aprobación directa de los adicionales de obra.

Por lo antes expresado, si bien la LCAE y el Reglamento vigente establecen que el porcentaje aplicable para estos efectos es del 15% del valor de la obra, consideramos que éste ha sido modificado por la Ley N° 24811, por lo que la valla presupuestal a tener en cuenta, desde el año 2005 hasta la fecha, es del 10%.⁽²²⁾

4. ¿EXISTE RAZONABILIDAD TÉCNICA Y JURÍDICA PARA CONSIDERAR MATERIA NO ARBITRABLE A LOS ADICIONALES DE OBRA SUPERIORES AL 10%?

- a. El porcentaje asignado a los adicionales de obra que requieren aprobación de la CGR, y que por ello, han sido considerados como materia no arbitrable, no es coherente con un criterio de razonabilidad técnica respecto de la obra a ejecutar.

(22) Absolviendo una consulta sobre la vigencia de la normativa en materia de contrataciones públicas, la Gerencia Técnica Nacional del Consucode ha emitido la Opinión N° 55-2005-GTN 1114, en los siguientes términos:

“Opinión: Los procesos de selección convocados antes de la vigencia de la nueva Ley y su Reglamento y los contratos que deriven de dichos procesos de selección se rigen por las normas vigentes al momento de la convocatoria del proceso. Los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley y su Reglamento, que aún se encuentren en ejecución o no se hayan liquidado, se regirán por las normas vigentes al momento de su celebración. El cálculo de la penalidad y el porcentaje máximo acumulado de ésta se determinará conforme a la normativa de contrataciones y adquisiciones aplicable al contrato. En el caso de contratos sobre bienes y servicios, las Entidades podrán ordenar prestaciones adicionales hasta por un máximo equivalente al quince por ciento (15%) del monto del contrato original. En el caso de la ejecución de contratos de obras, debe atenderse a las disposiciones de la Ley de Presupuesto del ejercicio en el que se ejecute la prestación adicional. A partir del ejercicio 2005, la Quinta Disposición Final de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, establece en diez por ciento (10%) el límite máximo para la aprobación de obras adicionales sin autorización previa de la Contraloría General de la República.” (El énfasis es nuestro)

La LCAE ni la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, sustentan el por qué del porcentaje asignado a los adicionales para requerir una aprobación previa de la CGR, en este caso, 10%, lo que –en nuestra opinión– es claramente arbitrario.

En efecto, en el transcurso del tiempo y en virtud de lo dispuesto en distintas normas presupuestales y de control, este porcentaje ha ido variando; así por ejemplo, en el año 2003 fue del 5%,⁽²³⁾ en el año 2004 fue de 10%,⁽²⁴⁾ y a partir del año 2005 varió del 15% inicialmente previsto para ese año, al 10%,⁽²⁵⁾-(26) y éste es el porcentaje que se mantiene a la fecha.⁽²⁷⁾

- b. Nuestra posición es que carece de sustento técnico colocar un porcentaje predeterminado, aplicable a todas las obras, con prescindencia de su naturaleza, teniendo como único parámetro restricciones presupuestales uniformes.

Lo recomendable debería ser que los porcentajes de obras adicionales se establezcan tomando en consideración el tipo de obra a ejecutar; así por ejemplo, no resulta técnicamente adecuado asignar un mismo porcentaje de variación del presupuesto original

(23) Texto del rubro VIII, incorporado por la R. de C. N° 92-2003-CG, publicada el 27.03.2003.

(24) Ley N° 28128 (Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2004), publicada el 19.12.03.

(25) Ley N° 28411 (Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto), publicada el 08.12.2004.

(26) Por otro lado, cabe mencionar que, en otros países, los porcentajes asignados para este propósito son diferentes a los dispuestos en nuestra norma presupuestal. Así tenemos los siguientes ejemplos: i) En Brasil se ha fijado un 25% del valor inicial actualizado, para los adicionales que sean necesarios en los contratos de obras, servicios o compras, y un 50% para el caso particular de reforma de edificios o equipos (Ley 8.666/93, Sección III. De la Modificación de los Contratos); ii) En Bolivia sólo se permiten modificaciones al presupuesto original, hasta en un 10%, a través de órdenes de cambio, y un 15% adicional, a través de contratos modificatorios (Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado); y iii) En Argentina se ha fijado la facultad de aumentar o disminuir el monto total del contrato hasta un 20% (Artículo 12 del Régimen de Contrataciones).

(27) La Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007, Ley N° 28927, no ha regulado nada al respecto, por lo que el 10% previsto en la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, continúa vigente.

(obras adicionales), a una edificación en la que razonablemente se pueden predeterminar todas las variables que afectarán su ejecución desde el Proyecto, que a una obra de distinta naturaleza, como por ejemplo, una obra vial, o más aún a la construcción de un túnel, supuesto en el que sólo será posible estimar las cantidades de material necesario para cada tipo suelo, así como el tipo y cantidad de sostenimiento que se requiere en función de lo que se pueda encontrar durante la ejecución misma de la obra. Todo ello evidencia que no es posible prever, desde el Proyecto, todas las variables que podrían terminar afectando las actividades a realizar en su ejecución, y que determinarán la necesidad de modificar el presupuesto asignado de manera inicial.

- c. Jurídicamente consideramos que tampoco existe un sustento sólido para afirmar que los presupuestos adicionales que superen un porcentaje determinado del valor de la obra, no puedan ser materia arbitrable, en tanto requieren de la autorización previa de la CGR.

En efecto, el sustento de la CGR para que las controversias derivadas de la aprobación o ejecución de un adicional que supere el 10% del valor de la obra no sean arbitrables, parecería estar en el ejercicio de facultades de “*ius imperium*” del Estado, y en el hecho de que los recursos con los que el presupuesto adicional (correspondiente a la obra adicional) tendría que ser pagado, no sólo no se encontraban previstos sino que constituyen fondos públicos, por lo que nos encontraríamos frente a una *materia indisponible*, que según lo previsto en el artículo 1 inc. 4 de la LGA, no podría ser arbitrable.⁽²⁸⁾

Así lo ha contemplado el artículo 23 de la Ley N° 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República), en los siguientes términos:

(28) “Artículo 1.- Disposición general.- Pueden someterse a Arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

(...)

4. las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del estado, o de personas o entidades de derecho público”.

“Artículo 23º.- Inaplicabilidad del arbitraje

Las decisiones que emita la Contraloría General en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrán ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje”.

La CGR sustenta lo dispuesto en la referida norma, señalando:

“(…) las decisiones que emita la Contraloría General sobre los presupuestos adicionales de obra, no pueden ser materia de arbitraje, mecanismo que se pretende utilizar para sustentar el tema del pronunciamiento institucional o variar los montos autorizados por el Organismo Superior de Control, que luego de una evaluación técnica y presupuestal, determina los trabajos necesarios de efectuar, y la razonabilidad de sus costos. Ello en atención a que los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición de las partes contratantes, cuando por la ley se dispone de la intervención de la Contraloría para verificar su ejecución y pago”.⁽²⁹⁾

- d. Al respecto, consideramos que no tiene ningún sentido afirmar que si las obras adicionales exceden una valla porcentual del valor contratado, se debe tener en cuenta que los fondos involucrados son públicos, y en consecuencia, indisponibles. En efecto, si asumimos que los fondos que solventan las obras públicas son del Estado, es claro que no sólo aquello que excede al 10% del valor de la obra tendrá la calidad de fondo público, sino que, esto ocurre desde el primer centavo comprometido con la obra, sin que por ello podamos afirmar que estemos frente a un bien indisponible.

Este argumento resulta más débil si consideramos que este porcentaje, que supuestamente marcaría la brecha entre lo disponible y lo que no, varía cada año, en función a criterios poco conocidos y razonables, al punto tal que en el año 2003 fue del 5% del valor de la obra.

⁽²⁹⁾ www.contraloria.gob.pe.

En efecto, queda claro que si bien todos los fondos comprometidos en los contratos de obra que celebra el Estado son públicos, ello no quiere decir que su disposición implica el ejercicio del *ius imperium*, sino que se trata del ejercicio del *ius gestionis*, por el cual el propio Estado decidió colocarse en igualdad de condiciones que un particular, y realizar en el mercado transacciones económicas, careciendo de toda inmunidad⁽³⁰⁾-⁽³¹⁾ que autorice un tratamiento diferenciado frente a los demás agentes económicos. Por lo indicado, la mayor o menor cantidad de recursos asignados no cambia la naturaleza⁽³²⁾ ni el carácter disponible de la controversia.⁽³³⁾

⁽³⁰⁾ CANTUARIAS, refiriéndose específicamente al tema de que los recursos invertidos en obras públicas no son de libre disposición, señala: “Además, es realmente insostenible el segundo argumento referido a que como la CGR interviene los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición, y que su participación en nada cambia la naturaleza del contrato que sigue siendo un simple y común contrato de obra”, CANTUARIAS SALAVERRY, “El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República”, cit., p. 286.

⁽³¹⁾ Comentando estos conceptos, BARRÍA GARCÍA afirma que los Estados sólo podrían reivindicar la inmunidad respecto de actos en que han actuado como poder público (*jure imperio*), en tanto que si se asimilan a los particulares respecto de operaciones patrimoniales (*jure gestionis*), no gozan de ella. BARRÍA GARCÍA, Juan Aníbal, “Comentarios sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes”, en: *Thémis*, N° 26, Lima, p. 53.

⁽³²⁾ Refiriéndose a este punto, CANTUARIAS, señala: “Además, es realmente insostenible el segundo argumento referido a que como la CGR interviene los recursos invertidos en las obras públicas no son de libre disposición, ya que su participación en nada cambia la naturaleza del contrato, que sigue siendo un simple y común contrato de obra.”, CANTUARIAS SALAVERRY, “El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, cit., p. 286.

⁽³³⁾ En esta línea, KUNDMÜLLER, refiriéndose a la consagración del arbitraje como mecanismo de solución de controversias vinculadas a la contratación de obras públicas señala: “Dicha base legal se integra con el principio universal de igualdad que debe prevalecer entre las partes, en lo que al arbitraje como medio de solución de conflictos se refiere. Demás está decir que este derecho pertenece al derecho arbitral, de donde dicha igualdad arbitral deviene en una de las principales garantías axiológicas y jurídicas, para logra soluciones que se encuentren en plena armonía con el sistema jurídico, con el interés económico subyacente al contrato respectivo, con su respectiva finalidad dentro del Derecho Público y con la finalidad de resolver la controversia dentro del Derecho Arbitral”. KUNDMÜLLER CAMINITI, “Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en el marco normativo sobre contrataciones y adquisiciones del Estado: El arbitraje de derecho administrativo”, cit., pp. 227-228.

Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones, y en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que los adicionales que superen el 10% también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la CGR intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.

5. ¿QUÉ OCURRE CON LA OBRA, CUANDO LOS ADICIONALES SUPERAN EL 10% DEL VALOR ORIGINALMENTE PREVISTO, Y SE REQUIERE LA INTERVENCIÓN DE LA CGR?

A efectos de analizar las consecuencias de haber determinado que los adicionales de obra que superen el 10% no son arbitrables, en tanto requieren de una aprobación previa de la CGR, veamos cuáles son las modalidades de su intervención a fin de apreciar en cada una de ellas, las repercusiones que presentan en una obra.

a. Aprobación previa de la CGR para el pago.-

Este sistema operó mientras estuvo vigente el D.S. N° 034-80-VC, Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (en adelante, RULCOP), que estableció en su artículo 5.9.2⁽³⁴⁾ que para el caso específico de presupuestos adicionales que superen el 10%, sería necesario: i) para su ejecución: la autorización y aprobación de la Entidad; y ii) para su pago: además de la autorización de la Entidad, la autorización de la CGR.

Este tratamiento a los adicionales que superaban el 10% del valor de la obra, se tiene en el artículo 42 de la LCAE –tanto en el TUO aprobado por D.S. N° 012-2001-PCM, como por el TUO aprobado por el D.S. N° 083-2004-PCM–.⁽³⁵⁾

⁽³⁴⁾ Artículo 5.9.2.

Las obras complementarias cuyos montos exceden de diez por ciento (10%) del monto total del contrato principal reajustado, requerirán para su ejecución de la aprobación y autorización previa de la máxima autoridad de la entidad contratante y, para su pago, la de la Controlaría General de la República. (El resaltado es nuestro).

⁽³⁵⁾ Artículo 42 de la Ley N° 26850, según D.S. N° 012-2001-PCM y D.S. N° 083-004-PCM:

Coherentemente con dicha disposición de la LCAE, el artículo 116 del Reglamento, aprobado por D.S. N° 038-98-PCM,⁽³⁶⁾ establecía la autorización de la CGR como requisito para el pago de este adicional.

b. Aprobación previa de CGR, tanto para la ejecución, como para el pago.-

Esta modalidad entró en vigencia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley N° 27785),⁽³⁷⁾ y con el Reglamento de la LCAE, aprobado por D.S. N° 013-2001-PCM, que en el artículo 160⁽³⁸⁾

“Artículo 42.- Adicionales y ampliaciones

La Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir obras o servicios hasta por el mismo porcentaje.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores en el expediente técnico o situaciones imprevisibles, posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista podrá decidir autorizarlas. Para ello, se requerirá contar con la autorización del titular del pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios; debiendo hacerse de conocimiento, bajo responsabilidad de la más alta autoridad de la Entidad, de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General del Congreso de la República y el Ministerio de Economía y Finanzas.

(...)” (El resaltado es nuestro).

⁽³⁶⁾ *“Artículo 116.- Las obras adicionales que superen el quince por ciento del contrato original, luego de ser aprobadas por la Entidad, requieren para su pago de la autorización expresa de la Contraloría General de la República. (...)” (El resaltado es nuestro).*

⁽³⁷⁾ *“Artículo 22.- Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:*

(...)

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obra, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

(...)” (El resaltado es nuestro)

⁽³⁸⁾ *“Artículo 160.- Obras adicionales mayores al quince por ciento.*

Las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el titular del pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad,

establecía que la autorización de la CGR debía ser previa, no sólo para el pago, sino además para la ejecución misma de la obra adicional.

Asimismo, el Reglamento vigente de la LCAE, aprobado por D.S. N° 084-2004-PCM, contiene en su artículo 266⁽³⁹⁾ un tratamiento similar; sin embargo, contempla un supuesto no previsto anteriormente, referido a situaciones de emergencia, en las que el contratista podrá ejecutar la obra adicional, con la sola autorización de la Entidad; sin embargo, para efectos del pago, requerirá la autorización de la CGR, es decir, en este caso específico, se aplica el mismo tratamiento que contemplaba la legislación anterior de manera general.

- c. Atendiendo al impacto que tienen en la obra, los mecanismos de intervención de la CGR, veamos cuál sería –en nuestra opinión– el más eficiente.

Consideramos que la eficiencia del mecanismo de control no puede medirse en términos abstractos, pues en definitiva, lo que resulta

según corresponda, requieren previamente para su ejecución y pago, la autorización expresa de la Contraloría General de la República. Para estos efectos, la Contraloría contará con un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad para emitir su pronunciamiento, (...). El referido plazo se computará desde que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría, la Entidad está autorizada para la ejecución de obras adicionales por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior. (...)
(El resaltado es nuestro)

- ⁽³⁹⁾ “Artículo 266°.- Obras adicionales mayores al quince por cien (15%).

Las obras adicionales cuyos montos por sí solos o restándole los presupuestos deductivos vinculados, superen el quince por cien (15%) del monto del contrato original, luego de ser aprobados por el titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda requieren previamente, para su ejecución y pago la autorización expresa de la Contraloría General de la República, en el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emitirá previa al pago. Para estos efectos, la Contraloría contará con un plazo máximo de quince (15) días, bajo responsabilidad para emitir su pronunciamiento, (...). El referido plazo se computará desde que la Entidad presenta la documentación sustentatoria correspondiente. Transcurrido este plazo, sin que medie pronunciamiento de la Contraloría, la Entidad está autorizada para la ejecución de obras adicionales por los montos que hubiere solicitado, sin perjuicio del control posterior. (...)
(El resaltado es nuestro)

más adecuado para la ejecución de una obra, y con ello para la Entidad (el Estado), puede resultar siendo perjudicial para el contratista.

- d. Así, en lo que respecta a la aprobación previa de la CGR, tanto para la ejecución como para el pago, podemos afirmar que es un mecanismo beneficioso y seguro para el contratista, aún cuando claramente perjudicial para la obra, como lo pasamos a demostrar.

Si la obra se encuentra en ruta crítica, deberá paralizarse hasta que el adicional sea aprobado, pues desde la perspectiva del contratista, esta es la única manera de asegurarse que no sufrirá un perjuicio económico, y será retribuido, no sólo por esta ejecución, sino también por los costos en que incurra por la etapa de paralización, en la que la Entidad deberá reconocerle los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo que ésta demande.

Ahora bien, esta etapa de paralización tomará objetivamente unos 50 días naturales, tomando en cuenta que la Entidad podrá demorar 30 días calendarios para emitir su opinión (numeral 13 de la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO),⁽⁴⁰⁾ y si ésta es favorable a la aprobación de la obra adicional, la CGR contará con 15 días hábiles, para emitir su autorización previa a la ejecución (artículo 266 del Reglamento vigente).

Todo ello, considerando que el resultado sea favorable a la aprobación de la obra adicional y su presupuesto, porque en caso contrario, se podría dar inicio a una etapa de impugnación administrativa⁽⁴¹⁾ que prolongaría esta paralización más que considerablemente.

(40) “13. Plazo de la Entidad para solicitar autorización previa a la ejecución y pago.

El plazo para solicitar la autorización y pago a la Contraloría General es de treinta (30) días naturales computados a partir de la fecha de la Supervisión de obra emita el informe favorable en torno al presupuesto adicional, el mismo que será alcanzado a la entidad en un plazo razonable, una vez producido el hecho que originó el citado presupuesto adicional”.

(41) El numeral 25 de la Directiva N° 012-2000-CG-OATJ-PRO “Autorización previa al pago de presupuestos adicionales de obra pública”, aprobado por Resolución de Contraloría N° 260-2000-CG, dispone:

En efecto, contra la resolución que deniega la aprobación de un adicional, se podrá interponer recurso de reconsideración y/o de apelación ante este organismo de control. En este escenario, el plazo se podría ampliar en 15 y hasta en 30 días –de utilizarse ambos medios impugnatorios–, considerando que 15 días es el lapso previsto para la aplicación del silencio administrativo positivo para la resolución de cada uno de los recursos antes mencionados.⁽⁴²⁾

La paralización de la obra por un periodo de 50 o de 90 días naturales –de interponerse los recursos destinados a cuestionar administrativamente la decisión de la CGR–, podría ocasionar la inejecutabilidad de la obra. Así por ejemplo, si ésta fuese la construcción de una presa de tierra, la espera de un pronunciamiento

“2.5. Medios impugnatorios

Podrá reclamarse de la resolución de autorización previa de presupuesto adicional de obra otorgada por la Contraloría General de la República, única y exclusivamente a través de la interposición del recurso de reconsideración y de apelación, agotándose con este último la instancia administrativa, siendo de aplicación la disposiciones contenidas en los artículo 98 y 99 y demás pertinentes de la Ley de Normas Generales de Procedimiento Administrativo, aprobados por D.S. N° 02-04-JUS”.

- (42) Así, refiriéndose al tema específico de los costos que implican para el Estado la autorización previa para la ejecución de un adicional, DONAYRE, señala lo siguiente:

“2.9. ¿Se habrá hecho un análisis estadístico de cuántas obras han quedado paralizadas sin terminarse, sólo por este concepto de la autorización previa?; con grave perjuicio para el Estado peruano, y a fin de cuentas para los usuarios que ven que su obra no se culmina; teniendo presente que una obra sobretodo cuando es vial y no se concluye, está condenada al completo fracaso y a su rápido deterioro. Luego, volvamos a la cuestión inicial: ¿la autorización previa a la ejecución del adicional tiene un costo?”

*2.10. Hagamos un pequeño ejemplo: Usualmente los gastos generales de una obra están alrededor del 25% de sus costos directos. Si tuviéramos una obra cuyo plazo sea de 90 días y esperamos las aprobaciones previas para su ejecución de un presupuesto adicional o varios adicionales que superen el 10% (y se activan los recursos de reconsideración y apelación ante la CGR), sólo se podría ejecutar el (o los) adicional (es) en 06 meses. Pues bien, los gastos generales serían 25% CD/90*180 días = 50% del Costo Directo de una obra; ello sin contar los gastos de supervisión (10%) y los operativos de la Entidad (5%), con lo cual la obra sólo en gastos generales y otros estaría costando –en este ejemplo– un 65% más. Por ello qué importante es evaluar la norma en este aspecto”.* (El resaltado es nuestro).

DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis, “Administración, gestión y arbitraje de contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas”, en: www.aryme.com/aryme1/esp/essay.

por parte de la CGR, podría determinar el inicio del periodo de lluvias, lo que dificultaría o impediría su ejecución prevista para ser verificada en periodo de sequía.

Adicionalmente, si el presupuesto adicional no es aprobado, podría ocurrir: i) que la Entidad opte por dar por resuelto el contrato de obra, pagando al contratista lo efectivamente ejecutado⁽⁴³⁾ o, en su defecto, ii) que la Entidad tenga interés en continuar con la ejecución de la obra pública, por lo que cabría la posibilidad de impugnar la decisión de la CGR, en la vía judicial, a través de un proceso contencioso administrativo, en el que la Entidad tendría que demandar a la CGR, y el contratista podría intervenir como tercero coadyuvante de la Entidad. En este supuesto, la obra se encarecería a tal punto, que lo más probable es que carezca de todo sentido económico y práctico formular tal impugnación. En conclusión, la obra estaría condenada a no ser ejecutada, con el costo inútil de todo aquello que se haya invertido por este concepto.

- e. Por otro lado, si analizamos la segunda modalidad de intervención de la CGR, esto es, intervención previa para el pago, pero no para la ejecución de la obra adicional, estamos en un escenario claramente beneficioso para la obra (y en consecuencia, para el Estado), pero también abiertamente perjudicial para el contratista, quien al ejecutar el adicional, pese a contar con la aprobación de la Entidad, estaría asumiendo el riesgo de que la retribución correspondiente no le sea abonada, lo que configuraría una situación de abuso y de enriquecimiento del Estado.

En este caso, igual que en el supuesto anteriormente analizado, estará abierta la posibilidad de dar inicio a toda la etapa de impugnación administrativa y judicial, con el inmenso costo de tiempo, esfuerzo y dinero que ello implica, lo que sin duda desalentará la ejecución, al menos de la obra adicional, y si ésta es indispensable para la obra, determinará que el contratista continúe con la ejecución de la obra en los términos inicialmente previstos, correspondiendo que la Entidad asuma la responsabilidad por una

⁽⁴³⁾ Artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

ejecución que perfectamente podría ser técnicamente ineficiente y hasta defectuosa.

- f. Todo lo mencionado revela, en términos de ejecución de una obra, lo absurdo que puede ser que la ejecución de un presupuesto adicional, superior a un porcentaje del valor inicialmente previsto para la obra, no pueda ser considerado como materia arbitrable, al haberse establecido un control previo de la CGR y una posibilidad posterior de impugnar esta decisión, tanto administrativa como judicialmente; lo que encarece los costos de ejecución de las obras públicas y genera un efecto negativo para incentivar la contratación con el Estado.
- g. Esta situación se ve agravada si tenemos en cuenta que la CGR interviene en la ejecución de una obra, no sólo para evaluar el uso de los recursos públicos, sino además pretende realizar un control técnico y de gestión del contrato de obra, verificando además la necesidad y razonabilidad de la obra adicional y su presupuesto.⁽⁴⁴⁾

Como resulta evidente, la intervención eficiente de la CGR, de manera previa, en la gestión técnica de un contrato de obra pública, implicaría contar con un “mega” organismo estatal, con múltiples áreas especializadas para poder supervisar técnicamente a todas las Entidades contratantes –que a su vez deben contar con su propio supervisor para cada obra a ejecutar–, lo que en nuestra opinión originaría un importante sobre costo, para la ejecución de cualquier obra pública.⁽⁴⁵⁾

⁽⁴⁴⁾ Así, en la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, antes referida, se señala:

“8. Auditoría a cargo del Sistema Nacional de Control.

8.1. En la ejecución de obras en las que se generan presupuestos adicionales, la auditoría se orienta a evaluar la gestión, captación y uso de los recursos públicos, no sólo en los aspectos administrativos, sino en función de las metas y programas trazados. Tal evaluación abarcará la verificación del cumplimiento del expediente técnico, y la razonabilidad y necesidad de los presupuestos adicionales y deductivos vinculados directamente”.

⁽⁴⁵⁾ Por lo indicado, compartimos la posición de ORTEGA PIANA, cuando señala: “(...) supeditar el pago de determinado adicional a un pronunciamiento de la CGR puede ser un interesante medio de control previo; sin embargo, la autorización previa de la ejecución podría generar desventajas antes que ventajas para el Estado, y es que para ello, debemos definir qué es lo que esperamos funcionalmente de la CGR, si se trata de una institución de

- h. Estimamos que sólo se justificaría una intervención previa para la ejecución y pago, a efectos del control en la asignación de los recursos de la Entidad, más no para verificar la razonabilidad técnica de la obra adicional, pues para eso la Entidad cuenta en la obra con un Supervisor que lo representa, y que deberá emitir opinión respecto de la necesidad de la obra adicional. Por lo que la responsabilidad sobre el control técnico, debe recaer sobre la Entidad, el Supervisor y el Proyectista.

6. LAS OBRAS ADICIONALES EJECUTADAS SIN APROBACIÓN PREVIA Y EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

- a. Veamos qué ocurriría si el contratista ejecutó un presupuesto adicional, contando con la aprobación de la Entidad, pero sin la autorización previa de la CGR.

En este supuesto, la posición de la CGR ha sido manifestada en la siguiente Resolución Vice Contralora N° 002-2005-CG del 11 de enero de 2005, que a propósito de una solicitud de aprobación de un presupuesto adicional de un contrato de supervisión, ha dispuesto lo siguiente:

“(...) en el caso que las mayores prestaciones de supervisión superen el 15% del originalmente pactado, se requiere aprobación previa de la Contraloría General de la República, debiendo darse dicha aprobación antes de la realización de las prestaciones, en virtud del control previo que en esta medida le compete; existiendo pronuncia-

control, creemos que no debería ingresar a temas propios de la gestión, porque ello es una responsabilidad de la entidad comitente, la que debe contar con el personal técnico calificado que le permita adoptar oportunamente las decisiones más convenientes, siendo en todo caso un tema de responsabilidades que corresponde asumir a dicha entidad comitente. (...) De otro lado, también es pertinente destacar que el asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la CGR contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, no sólo en obras, lo cual significa convertir a la CGR en una especie de supraorganismo público que sería sinónimo, en los hechos, de ineficiencia (...)”. ORTEGA PIANA, Marco Antonio, “Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública”, en: *Advocatus*, N° 7, Lima, 2002, p. 440.

miento expreso de Consucode sobre este aspecto a través del Informe N° 021-2002 (GTN) del 24 de junio del 2002”.

“(...) al haber superado el 15% del monto contratado de la supervisión, se requiere contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República (...) la obra se concluyó el 29 oct. del 2004; por lo que, siendo el contrato de supervisión complementario, accesorio y simultáneo al contrato de obra afecta directamente el contrato de supervisión, estableciéndose que (...) los servicios de supervisión ya han sido prestados, no correspondiendo a este ente Rector emitir la autorización de la prestación adicional de los servicios de supervisión N° 3”. (El resaltado es nuestro)

En síntesis, si el presupuesto adicional ya fue ejecutado, aún cuando haya contado con la aprobación de la Entidad, no podrá ser aprobado por la CGR. Ahora bien, ¿qué significa esta decisión de la Contraloría?, ¿qué como no emitió su autorización previa a la ejecución, no corresponde que se realice el pago?, ¿podría el contratista recurrir a la vía arbitral a solicitar que se disponga el pago?

Veamos qué ha señalado al respecto el Consucode. Así tenemos la Opinión de la Gerencia Técnica Normativa N° 64-2002-GTN, según la cual:

“Consulta: ¿De qué manera puede regularizarse los adicionales que se hubiesen ejecutado sin Resolución que aprueba los adicionales y qué sucede con las contraprestaciones? // Opinión: En el caso de prestaciones adicionales éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutadas, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, lo que no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella, a favor del contratista. El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas no enerva la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios”. (El resaltado es nuestro)

La posición del Consucode es clara en el sentido que el contratista sí puede exigir a la Entidad el pago de las obras adicionales que ejecutó, más aún, si contó con su aprobación; asimismo, el

Consucode ha dado la salida para que este pago pueda ser reclamado, a través de un pedido de “enriquecimiento sin causa”; sin embargo, deja a salvo la posibilidad de que la Entidad que efectúe el pago al contratista, pueda solicitar a su funcionario la devolución, invocando para ello la existencia de responsabilidad civil o administrativa.⁽⁴⁶⁾

En nuestra opinión, salvo que se acredite que los funcionarios aprobaron un proyecto o un presupuesto adicional de manera indebida o negligente, no se les podrá imputar responsabilidad, y en consecuencia, exigir la devolución de aquello que se hubiera pagado por este concepto. Evidentemente, cualquier reclamación de la Entidad al proyectista, o eventualmente a sus funcionarios, deberá realizarse por la vía judicial, en tanto no existe ningún mandato legal que los obligue a dilucidar esta controversia en la vía arbitral, lo que no obsta a que eventualmente las partes acuerden recurrir a esta vía, celebrando un convenio arbitral, pues se trataría de una materia de libre disposición, y en consecuencia, puede ser pactada como materia arbitrable.

(46) Sobre este punto, el Colegio de Ingenieros del Perú ha emitido el pronunciamiento publicado en el Diario “El Comercio” el 15 de agosto de 2006, en el siguiente sentido: “*El CIP precisa la correcta aplicación de las normas sobre adicionales de obra.*”

El CIP en su calidad de institución autónoma con personería de derecho público interno, representativa por Ley de la ingeniería en el Perú, y en cumplimiento de su obligación de promover, normar y controlar el desarrollo de la ingeniería peruana y el ejercicio de la profesión, precisa lo siguiente:

(...)

d) Los presupuestos adicionales en modo alguno pueden significar falta para aquellos profesionales que hayan formulado y/o aprobado el expediente técnico, salvo que se acredite que han actuado negligentemente y generado un perjuicio económico.

e) La Contraloría General de la República y las oficinas de auditoría interna de diversas entidades, en equivocada interpretación de la Directiva N° 012-2000-CG/OATJ-PRO, atribuyen responsabilidades y propician acciones judiciales con el propósito de resarcirse de supuestos perjuicios económicos producidos como consecuencia de la aprobación de estos indispensables presupuestos adicionales. Esa equivocada interpretación debe corregirse de inmediato.

(...)”

- b. En lo que respecta a la vía para reclamar el pago de lo ejecutado, sin que haya seguido la formalidad prevista para su aprobación como obra adicional –sea por la Entidad, si no supera el 10%, o por la CGR, en caso contrario–, sería el enriquecimiento sin causa.

En efecto, en nuestra opinión, se encuentra fuera de discusión, que si no se remunera al contratista por una prestación efectivamente ejecutada a favor de la Entidad, el Estado se estaría enriqueciendo indebidamente, en la medida que no existe ninguna causa que justifique tal situación.⁽⁴⁷⁾ El punto es si una controversia al respecto, se encuentra inmersa en el convenio arbitral pactado entre ambas partes.

En principio, podemos afirmar que la respuesta dependerá del tenor del convenio arbitral. Sin embargo, hagamos el ejercicio sobre la base de aquél que por mandato legal se encontraría incorporado en los contratos de obra, a falta de pacto de una estipulación distinta:

Si el contrato se celebró mientras estuvo vigente el D.S. N° 013-2001-PCM, se entendía incorporado a todos los contratos de obras públicas, el siguiente convenio:

“Artículo 187.- Cláusula arbitral

(...)

Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, será resuelta mediante arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento. (...)” (El énfasis es nuestro)

Mientras que si el contrato se celebró con el Reglamento vigente (D.S. N° 084-2004-PCM), se entiende incorporado el siguiente texto:

⁽⁴⁷⁾ Así, DÍEZ-PICAZO, señala que: “Para que la acción exista debe pues faltar una causa justa de la atribución patrimonial. Por causa de la atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico al beneficiario de la atribución, para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia.” DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Introducción Teoría del Contrato*, 5ª. ed., Civitas, Madrid, 1996, Vol. I, p. 100.

“Artículo 274.- Convenio arbitral

(...)

“Todos los conflictos que se deriven de la ejecución, interpretación, del presente contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable, mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado”. (El énfasis es nuestro)

Al respecto, existen posiciones divididas respecto de si esta pretensión debe ser materia de conocimiento en la vía arbitral o en la vía judicial.

Así, la CGR,⁽⁴⁸⁾ un sector de la doctrina,⁽⁴⁹⁾ e incluso un sector de jueces y de árbitros, consideran que una pretensión de esta naturaleza no es materia arbitrable, esencialmente porque el enriquecimiento sin causa implica que una de las partes se enriquece a costa de otra, sin que medie para ello un contrato o mandato legal que las vincule; así, si asumimos que el convenio arbitral se ha estipulado para resolver las controversias que derivan de un

(48) La Contraloría General de la República, mediante Oficio 246-2005-CG/VC de fecha 18 de julio de 2005, ha señalado lo siguiente:

“(...) Ante una situación de excepción respecto a prestaciones ya ejecutadas sobre las cuales la Contraloría no autorice el pago, corresponderá al contratista que requiera su reconocimiento, recurrir a la vía judicial para determinar la procedencia o no de dichos trabajos y la razonabilidad de su pago; debiéndose precisar que, pese a existe la autorización de la Entidad para ejecutar la mayor prestación, el contratista no considerarla suficiente, pues requiere autorización previa de la Contraloría General”.

(49) Esta posición es sostenida, por ejemplo, por LATORRE, quien afirma:

- Arbitraje en contratos de obras públicas está previsto para controversias contractuales, razón por la que controversias no contractuales deben resolverse ante el PJ.*
- Enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones distinta al contrato.*
- Además, no se cumple subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa.*
- Tribunales Arbitrales debieran declararse incompetentes, de acuerdo con el principio del kompetenz kompetenz”.*

LATORRE, Derek, “Resolución alternativas de Disputas”, en: *Módulo I: Marco General del Arbitraje*, Power Point del Diplomado de Especialización en Arbitraje en la Contratación Pública.

contrato específico, en este caso, de un contrato de obra pública, se llegaría a la conclusión de que el convenio arbitral no puede alcanzar a esta pretensión que no deriva directamente del contrato, por lo que su reclamo deberá hacerse valer ante el Poder Judicial.

Uno de los pronunciamientos jurisdiccionales, en ese sentido, es el emitido por la Primera Sala Civil con Sub-especialidad Comercial de Lima, Expediente N° 795-2005 (Anulación de Laudo Arbitral), que ha resuelto en los siguientes términos:

“7.3. Por consiguiente, siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al contrato que unió a las partes, no se encontraba inmersa dentro del convenio arbitral celebrado.

(...)

La pretensión de enriquecimiento ilícito es por definición extraña a la relación contractual que puede existir entre las partes, por tal motivo, los convenios que puedan afectar a ésta no resultan aplicables a ella.”

Por otro lado, otro sector considera no sólo que el enriquecimiento sin causa es, en sí mismo, una materia arbitrable –lo que no está siquiera en discusión–, sino que para ello bastaría el texto del convenio arbitral que se entiende incorporado por mandato del Reglamento de la LCAE.

Para ello, se parte de la premisa de que no es exacto afirmar la imposibilidad de que se presente un supuesto de enriquecimiento sin causa, cuando existe un contrato entre las partes, pues teniendo en cuenta que esta institución se funda en un principio de equidad aplicable al derecho en general, puede generarse, tanto dentro como fuera de una relación contractual. En esa línea, es perfectamente posible distinguir si el enriquecimiento procede de un acto jurídico debido al acuerdo de voluntades de las partes, o a un acto o hecho en el que la voluntad del empobrecido no haya podido intervenir.⁽⁵⁰⁾

⁽⁵⁰⁾ DE LA CÁMARA, Manuel / DíEZ-PICAZO, Luis, *Dos estudios sobre enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*, Civitas, Madrid, 1988, p. 65.

En efecto, nada obsta para que como consecuencia de la ejecución de un contrato, una de las partes se pueda enriquecer indebidamente, por ejemplo, al beneficiarse con prestaciones ejecutadas y respecto de las cuales no existió acuerdo sobre el precio. Lo mismo podría ocurrir en los casos que los contratos sean declarados nulos, pese a lo cual existen prestaciones que fueron ejecutadas y que deben ser pagadas o resarcidas.

En nuestra opinión, esto perfectamente puede ocurrir en los casos de los contratos de obra, en la medida que se acredite que la Entidad se está viendo beneficiada con la ejecución de una obra adicional, no prevista inicialmente en el contrato (específicamente en el expediente técnico), pese a lo cual debe ser realizada por ser imprescindible para la obra, pero que se ejecutó sin que previamente se haya seguido el procedimiento previsto para su aprobación.⁽⁵¹⁾

Ahora bien, del texto de los convenios arbitrales incorporados por mandato legal, se puede advertir claramente, que lo que se somete a decisión de un Tribunal Arbitral es: i) En el caso del D.S. N° 013-01-PCM –a la fecha derogado, pero que continúa aplicándose a los contratos celebrados bajo su vigencia–, “*cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato*”; y ii) según el D.S. N° 084-04-PCM “*Todos los conflictos que se deriven de la ejecución, interpretación, del presente contrato*”; con lo cual, en uno y otro caso, queda claro que el enriquecimiento sin causa se produjo con posterioridad a la celebración del contrato y como consecuencia de su ejecución, por lo que consideramos que la conclusión necesaria sería que, sí estaría inmerso dentro del convenio arbitral.

(51) CAMPOS MEDINA, refiriéndose precisamente al tema del enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos señala: “(...) es indudable que si no se remunera al contratista, la administración se enriquecería indebidamente. También queda claro que en todos estos casos el enriquecimiento sin causa tiene ‘origen’ en el contrato administrativo y que incluso las materias que previamente se discuten para establecer el fundamento del contratista son de naturaleza contractual. Por lo mismo, negarle ‘origen’ contractual a estas controversias es intentar tapar el sol con un dedo”. CAMPOS MEDINA, Alexander, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Lima, 2006, p. 317.

Afortunadamente, a propósito de un recurso de anulación de laudo materia de conocimiento por el Poder Judicial, la Corte Suprema de Justicia de la República,⁽⁵²⁾ en un reciente pronunciamiento sobre el tema, ha decidido que el enriquecimiento sin causa sí puede entenderse comprendido en el convenio arbitral incorporado en los contratos de obra pública por mandato legal. Para ello ha sostenido lo siguiente:

“Octavo.- (...), el artículo 53 de la Ley 26850 establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación o arbitraje y estando a que en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obra se preveía que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7º del artículo 73 y el inciso 4º del artículo 1 de la Ley 26572; que (...) fluye del laudo arbitral el pronunciamiento de que la pretensión del pago de trabajos en la vía de enriquecimiento indebido sin causa es arbitrable(...)”.

Si bien de la lectura del texto completo de la ejecutoria suprema se advierte que su fundamentación se sustenta básicamente en aspectos procesales vinculados a que el enriquecimiento sin causa fue planteado como punto controvertido en el proceso arbitral, sin que haya mediado oposición alguna por la parte demanda, lo cierto es que –aún cuando de manera poco clara–, ya existe un criterio judicial directriz, en el sentido que el convenio arbitral incorporado por mandato de la LCAE, sí permite recurrir al arbitraje para resolver una pretensión de esta naturaleza.

En esta lógica podemos llegar a la conclusión de que las consecuencias de la ejecutoria suprema, pueden ser considerablemente mayores a las previstas. Nos explicamos.

(52) Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida en casación por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Cas. N° 825-2006 - Lima.

Si admitimos que las pretensiones de enriquecimiento sin causa se encuentran comprendidas en el convenio arbitral previsto por el artículo 53 de la LCAE, eso nos lleva necesariamente a la conclusión de que el sometimiento de dicha materia a un arbitraje, es además excluyente al uso de la vía judicial, toda vez que el sometimiento al arbitraje constituye un mandato imperativo, contenido en una ley que además prevalece sobre aquellas disposiciones de derecho común que pudieran ser aplicables.⁽⁵³⁾

Esto quiere decir, en términos simples, que el Poder Judicial carecería de competencia, con lo cual, no podría conocer –o seguir conociendo– válidamente de aquellos procesos en los que se han propuesto este tipo de pretensiones, lo que originaría la nulidad de lo actuado, con el considerable costo que esto significa en materia de tiempo, esfuerzo y dinero, tanto de los litigantes como del propio órgano jurisdiccional.

Lo indicado tiene consecuencias prácticas bastante graves, pues aún en el supuesto de que ninguna de las partes haya cuestionado la competencia del Poder Judicial para conocer de una pretensión de enriquecimiento sin causa, corresponde que el Poder Judicial declare, aún de oficio, su propia incompetencia, y no emita un pronunciamiento sobre el fondo, pues éste no sería válido.

7. A MANERA DE CONCLUSIÓN

- a. Para crear la confianza necesaria que fomente el establecimiento de relaciones con el Estado, no basta con haber previsto al arbitraje como mecanismo de solución de controversias vinculadas a la ejecución de los contratos que celebre. El Estado debe admitir que ningún mecanismo privado de solución de conflictos puede

⁽⁵³⁾ En efecto, el artículo 4 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dispone lo siguiente:

“Artículo 4.- Especialidad de la norma y delegación.-

4.1. Especialidad de la norma: La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que le sean aplicables”.

funcionar autónomamente ni aislado, por lo que es imprescindible no postergar más una Reforma seria y comprometida con el Poder Judicial, de modo que se garantice la eficacia del sistema de solución de controversias.

- b. En nuestra opinión, el mandato de la LCAE y su Reglamento, en el sentido que se debe entender incorporado a todo contrato de obra pública el convenio arbitral previsto en este último cuerpo legal, sí implica la afectación a la voluntariedad esencial en el arbitraje, en la medida que limita y prohíbe todo pacto en sentido contrario.
- c. De acuerdo a la legislación vigente, no existe la posibilidad de que el órgano jurisdiccional conozca válidamente de una controversia vinculada a un contrato de obra pública, no siendo permisible ni siquiera un pacto de sometimiento expreso al Poder Judicial.
- d. En materia de obras adicionales, carece de sustento técnico haber determinado un porcentaje uniforme aplicable a todas las obras, para efectos de requerir la aprobación previa de la CGR. En nuestra opinión, esta valla porcentual debería establecerse en función de cada obra específica, de modo que mientras mayor sea la posibilidad de predeterminedar todas las variables que afectarán su ejecución desde el Proyecto, menor deberá ser el porcentaje a aplicar, y viceversa.
- e. Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones, y en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que los adicionales que superen el 10% también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la CGR intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.
- f. Resulta absolutamente ineficiente para la ejecución de una obra pública, que un adicional superior a un porcentaje del valor total inicialmente previsto para la obra, no sólo requiera para su ejecución y pago de una aprobación previa de la CGR, sino que además esta decisión pueda ser materia de impugnación administrativa, y hasta de cuestionamiento judicial, a través de un proceso conten-

cioso administrativo. Ello encarece los costos y genera un efecto negativo para incentivar la contratación con el Estado.

- g. Las controversias que superen una valla porcentual determinada y que requieran la aprobación de la CGR deberían ser materia arbitrable, y en los procesos correspondientes debería intervenir dicho órgano de control como tercero coadyuvante o como litis consorte (parte), en el proceso arbitral.
- h. La CGR no debería realizar un control previo ni posterior de los aspectos técnicos de los adicionales de obra. Esto debe ser competencia y responsabilidad de la Entidad contratante, del Supervisor de la Obra, e incluso del proyectista. La intervención de la CGR debería limitarse a un control económico.
- i. En los casos de los adicionales ejecutados con la aprobación de la Entidad más no de la Contraloría –e incluso en aquellos casos de adicionales ejecutados sin autorización previa de la Entidad–, se configuraría una pretensión por enriquecimiento sin causa, que sí constituye materia arbitrable.
- j. Las controversias sobre enriquecimiento sin causa, se encuentran comprendidas en el convenio arbitral previsto por el artículo 53 de la LCAE, por lo que deben ser decididas –de manera excluyente– en un arbitraje, siendo incompetente el órgano jurisdiccional para resolver válidamente al respecto. ▲

 MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ(*)

De la distinción entre “*treaty claims*” y “*contract claims*” dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones

SUMARIO: *A. Plan de trabajo. 1. Del arbitraje transnacional en materia de inversiones sin lazo contractual. 2. De la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la diferencia. 3. De la distinción entre “treaty claims” y “contract claims”. 4. De la eficacia de las “umbrella clauses” en la atribución de la responsabilidad del Estado, en particular con respecto a las obligaciones contractuales. 5. A manera de conclusión. 6. Referencia bibliográfica especializada.*

A. PLAN DE TRABAJO

La presentación de este trabajo hemos decidido realizarla en cuatro partes principales. En primer lugar, trataremos el tema central del arbitraje transnacional sin lazo contractual, ya que consideramos que el mismo es fundamental para comprender la distinción entre las demandas fundadas sobre un tratado internacional de inversiones de aquellas fundadas sobre la base de un contrato de inversiones o un contrato de Estado concluido entre un inversionista extranjero y el Estado receptor de la inversión.

En segundo lugar, trataremos someramente sobre las condiciones necesarias para la competencia del tribunal arbitral, en la medida en que la distinción entre los “*treaty claims*” y los “*contract claims*” releva de la

(*) Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Doctorada en Derecho Internacional por la Universidad Paris II.

competencia material a los árbitros; en otras palabras, del objeto que puede ser sometido al arbitraje que ha sido consentido por el Estado receptor a través de un tratado de inversiones y por el inversionista a través de la introducción de la demanda de arbitraje.

Posteriormente, nos centraremos, en una tercera parte, a distinguir la esencia de las demandas puramente contractuales de aquéllas que pueden ser consideradas como una violación al tratado y por ende relevar de la competencia de los árbitros; para tratar finalmente, en una cuarta parte, un elemento complementario que puede ser determinante para la atribución de la responsabilidad internacional del Estado en relación con la violación de las obligaciones contractuales que ha suscrito con el inversionista. Se trata en este caso de las cláusulas de “respeto de las obligaciones” o “*umbrella clauses*” que han podido ser introducidas dentro de los tratados de inversiones y que pueden en ciertos casos “doblar” los efectos de una obligación contractual en una obligación convencional existente sobre el plano del derecho internacional.

Por último, daremos unas breves conclusiones sobre la importancia de la distinción entre los “*treaty claims*” y los “*contract claims*” dentro del arbitraje transnacional y del rol que han tenido los árbitros en la interpretación de los tratados de inversión para determinar sobre su propia competencia en relación con obligaciones contractuales que escapan *a priori* de su jurisdicción.

1. DEL ARBITRAJE TRANSNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIONES SIN LAZO CONTRACTUAL

Con motivo del célebre caso *AAPL c./ Sri Lanka*, un Tribunal Arbitral CIADI acepta por la primera vez tener competencia para resolver un litigio sobre la sola base de un tratado bilateral de inversiones, es decir sin que exista un contrato de Estado o un contrato de inversiones entre las partes.⁽¹⁾ A partir de allí nace toda una teoría alrededor del

(1) En concreto, en función del artículo 8.1 del acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones firmado entre el Reino Unido y el gobierno de Sri Lanka, pero cuyos efectos habían sido extendidos a Hong Kong por medio de un intercambio de notas. *Asian Agricultural Products (AAPL) c./ República de Sri Lanka*, Sentencia del 27 de junio de 1990, 30 *ILM*, 1991, p. 577.

arbitraje sin lazo contractual o arbitraje "*without privity*" según las palabras del reconocido autor J. Paulsson.⁽²⁾ Así, dentro de este nuevo tipo de arbitraje transnacional o mixto (Estado - inversionista extranjero), el consentimiento de las partes que resta a todas luces la "piedra angular" de la competencia del tribunal arbitral, estaría dissociado en el tiempo; siendo aun más importante el hecho de que no se necesita la existencia de una relación contractual entre las partes al litigio. Esto se aleja evidentemente del concepto tradicional de arbitraje internacional, por el cual dos partes acuerdan resolver el posible litigio que pueda nacer o que ha nacido con motivo de la relación contractual.

En este sentido, la Convención de Washington de 1965 instaurando el CIADI sólo exige que el consentimiento de las partes al litigio haya sido dado por escrito, sin especificar que éste deba hacerse dentro del mismo instrumento jurídico o al mismo tiempo.⁽³⁾ Sin embargo, tal y como lo establece el mismo preámbulo del Convenio, la ratificación de éste no implica que los Estados miembros confieran, por este sólo hecho, un consentimiento al arbitraje CIADI.⁽⁴⁾ En otras palabras, es

(2) Este arbitraje también es llamado arbitraje "unilateral" debido a que solamente el inversionista es habilitado unilateralmente para iniciar el proceso de arbitraje. Este beneficio es otorgado por el Estado receptor de la inversión a través del tratado de inversiones (aunque también pudo haberlo hecho a través de su propia legislación). Al respecto, ALEXANDROV, S., "The 'Baby boom' of treaty-based arbitration and the jurisdiction of ICSID Tribunals", en: *JWIET*, Vol. 6, N° 3, 2005, pp. 387-411; HAMIDA, Ben W., *L'arbitrage transnational unilatéral*, Tesis, Paris II, 2003; BURDEAU, G., "Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats", en: *Revue de l'arbitrage*, 1995, p. 9; DELAUME, G., "Consent to ICSID Arbitration", en: *The changing world in international law in the twenty first century: a tribute to the late Kenneth Simmonds*, Kluwer Law International, 1998, pp. 156-236; PAULSSON, J., "Arbitration without privity", en: *ICSID Rev. - FILJ*, Vol. 10, N° 2, 1995, pp. 232-257.

(3) Artículo 25(1) de la Convención de Washington de 1965 sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, estableciendo en el seno de la Banca Mundial el Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI), con el objeto de proporcionar a los inversionistas extranjeros medios de solución de controversias, en particular el arbitraje, a los que pudieran recurrir para reclamar contra el Estado receptor una indemnización por los daños causados a sus inversiones. Cf. §24 del informe de directores ejecutivos del CIADI acerca del Convenio.

(4) El preámbulo dice en efecto: "*Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado*".

necesario que el Estado haya –por lo menos– ofrecido la posibilidad de someter el caso a arbitraje, a través de su legislación o más comúnmente a través de un tratado de inversiones, y que el inversionista acepte este ofrecimiento a través de la demanda de arbitraje. Sólo a partir de ese momento la convención de arbitraje quedaría perfeccionada, sin que ninguna de las partes pueda retirar su consentimiento unilateralmente.

A manera de ejemplo, podemos citar el artículo 24 del modelo americano de Tratado Bilateral de Inversión (TBI) concerniente a la promoción y a la protección de la inversión extranjera, por el cual un inversionista de la otra parte contratante puede presentar una demanda de arbitraje, ya sea delante del CIADI en aplicación del Convenio, si tanto el Estado demandado como el Estado de la nacionalidad del inversionista son parte a la Convención de Washington; o en aplicación del mecanismo complementario si uno de ellos no forma parte de la Convención de Washington.⁽⁵⁾ Igualmente, el inversionista tiene la opción de instaurar un arbitraje *ad hoc* siguiendo las reglas de Arbitraje de la CNUDMI;⁽⁶⁾ o de llegar a un acuerdo con el Estado para recurrir a otro centro arbitral, como el Centro de Arbitraje Internacional de la CCI de París, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, o la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya.

De manera muy similar, el artículo 1120 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAM o NAFTA) y el artículo 10.16 del Tratado de Libre Comercio Centro Americano (TLCCA o CAFTA), que ha inclusive extendido sus fronteras a los Estados Unidos de América, a los Estados Unidos de México, a la República Dominicana, Chile y Panamá, confieren la posibilidad de recurrir ante un arbitraje CIADI (de acuerdo al Convenio o al mecanismo complementario según sea el caso) o un arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.⁽⁷⁾ El mismo principio se aplica a los Tratados de Libre Comercio (TLC o FTA) promovidos particularmente por el gobierno de

(5) Textos consultables en el sitio web del CIADI: www.worldbank.org/icsid.

(6) Reglamento de Arbitraje de 1976, confeccionado por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, consultable sobre el sitio de la CNUDMI, www.uncitral.org.

(7) Ambos textos son consultables en el sitio web: www.ustr.gov.

los Estados Unidos, y de forma reciente con algunos países de América Latina como Chile, Colombia y Panamá, y al Tratado de Promoción Comercial (TPC o TPA) suscrito con Perú en 2006.⁽⁸⁾

Igualmente podemos citar el artículo 26 del Tratado sobre la Carta de Energía de 1994, que concierne a más de cuarenta países del globo (principalmente países de Europa del Este y del Oeste) así que a la propia Comunidad Europea. Por medio de este texto, un inversionista de una parte contratante puede recurrir al arbitraje transnacional por las violaciones del Tratado que la otra parte receptora de la inversión haya podido cometer en su contra o en contra de su inversión, quedando a su criterio la opción entre un arbitraje CIADI, un arbitraje de acuerdo al Reglamento de la CNUDMI o un arbitraje delante del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.⁽⁹⁾

Pero si el ofrecimiento de arbitraje realizado por el Estado receptor de la inversión dentro de un tratado internacional es un hecho aceptado, esta reafirmación sobre el plano internacional del consentimiento disociado de las partes ha "revolucionado" todo el proceso contencioso en materia de inversiones internacionales. En efecto, basta con ver el número de casos presentados ante el CIADI en estos últimos años (y con esto nos referimos a partir de la segunda mitad de los años 1990 a partir de la gran "explosión" de TBI), teniendo como fundamento la violación a un tratado internacional de inversiones.⁽¹⁰⁾ Así, de acuerdo al reporte presentado en 2006, de los 26 nuevos casos introducidos

⁽⁸⁾ Dentro de estos tratados, el capítulo 10 sobre inversiones da las mismas opciones a todo inversionista que vea sus inversiones afectadas por una medida tomada por el Estado receptor de la inversión. Textos igualmente consultables en el sitio web: www.ustr.gov.

⁽⁹⁾ Por ejemplo, de los 11 casos existentes sobre el fundamento del Tratado de la Carta de la Energía, 7 han sido introducidos ante el CIADI, mientras que 3 ante la CCS, y uno presentado de acuerdo al Reglamento de Arbitraje del CIADI. El texto convencional, así como la lista de partes contratantes, es consultable en el sitio web: www.encharter.org.

⁽¹⁰⁾ Los tratados de protección y promoción de las inversiones comenzaron de forma bilateral (TBI) entre los países europeos desde los años 1950, se puede decir que de una forma tímida (unos 10 a 20 tratados por año), y han evolucionado progresivamente (de 100 a 200 tratados por año), hasta llegar a formar una red de convenciones sin precedente: 1513 al 31 de diciembre de 1997, 2181 en 2002, alrededor de 2500 en 2006. Ver la lista de TBI en: www.unctad.org.

durante el último año fiscal, 21 estaban basados en un Tratado bilateral o multilateral de inversión (de los cuales 2 nuevos casos en virtud del NAFTA y 3 nuevos casos en virtud del Tratado sobre la Carta de Energía).⁽¹¹⁾

2. DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA RESOLVER LA DIFERENCIA

No nos corresponde entrar a profundizar sobre el tema del alcance del consentimiento dado por las partes, el cual como sabemos es la base misma de la competencia de los árbitros para resolver la controversia. Sin embargo, a fin de comprender la esencia del conflicto que puede surgir entre las demandas que tienen como fundamento un tratado de inversiones de aquéllas que tienen como fundamento un contrato de inversiones, es necesario analizar someramente cuales son las condiciones necesarias para la competencia de los árbitros.

Desde que estamos en presencia de un arbitraje CIADI, debemos ante todo referirnos a las condiciones presentadas por el artículo 25(1) de la Convención de Washington. Estas condiciones son de tres tipos: la primera corresponde a la condición *ratione personae*, por medio de la cual es necesario que la diferencia haya surgido entre un Estado contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público acreditados ante el Centro por dicho Estado) y un nacional (persona natural o jurídica) de otro Estado contratante; la segunda corresponde a la condición *ratione materiae*, por medio de la cual se exige que la diferencia sea de naturaleza jurídica (en otras palabras no de carácter político) y que ésta surja directamente de una inversión (sin entrar a definir dicho término); la tercera condición es de orden temporal (*ratione temporis*), e implica que el consentimiento exista al momento de presentar la demanda, esto quiere decir en la práctica que el tratado que contiene el ofrecimiento al arbitraje se encuentre vigente y no haya sido objeto de ninguna denuncia que pudiera poner en duda los efectos del mismo.

De no tratarse de un arbitraje CIADI o de un arbitraje bajo el mecanismo complementario del CIADI –cuyas exigencias son similares

⁽¹¹⁾ ICSID, Anual Report 2006.

salvo por el hecho que solamente uno de los Estados involucrados (el Estado receptor de la inversión o el Estado de la nacionalidad del inversionista) debe ser un Estado Parte a la Convención de Washington y que la diferencia puede no estar en relación directa con una inversión pero con una operación económica que se distinga de la simple operación comercial— (12) el tribunal arbitral que ha sido convocado por el inversionista sobre la base de un tratado internacional (que se trate de un Tribunal CCI, de la CCS, la CPA o un tribunal *ad hoc*), tiene de todas maneras, si la otra parte se opone a su competencia (en este caso el Estado receptor de la inversión), que entrar a resolver sobre la validez del consentimiento que ha sido unilateralmente conferido por el Estado a través del tratado de inversiones. En este sentido, el tribunal arbitral tiene igualmente que cerciorarse de que el tratado se encuentre vigente, que la inversión realizada por el inversionista se encuentre cubierta por una de las operaciones económicas señaladas en el tratado (normalmente los TBI/TMI enumeran una lista no limitativa de diferentes operaciones que pueden ser consideradas como una inversión), y de que el inversionista que alega dicho tratado cumpla con las condiciones de nacionalidad dadas por dicho texto convencional.

Independientemente de los conflictos que puedan surgir alrededor de la noción misma de "inversión" y de "inversionista", para lo cual los árbitros van a verse obligados a analizar caso por caso el tratado en cuestión, a fin de determinar si la inversión realizada y si la calidad de inversionista se cumplen en la especie, puede surgir que el Estado receptor alegue que el tribunal arbitral no tiene competencia para resolver la diferencia ante él presentada, con motivo a que se trata de un conflicto contractual no cubierto por el tratado de inversiones.(13) En efecto,

(12) Así por ejemplo, la simple venta a distancia queda excluida del campo de aplicación. Cf. Artículo 4 del Mecanismo complementario del CIADI.

(13) Sobre el tema de la noción de inversión: CHATTERJEE, C., "Investment – related promissory notes are investments under ICSID Convention", en: *JWI*, Vol. 3, N° 1, 2002, pp. 147-159; FADLALLAH, I., "La notion d'investissement: vers une restriction à la compétence du CIRDI?", en: *Global reflexions in international law*, ICC, 2005, p. 263; YALA, F., "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI: actualité d'un critère de compétence controversé", en: *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement*, Anthémis, 2006, pp. 281-305. Sobre el tema de la noción de inversionista: ACCONI, P., "Determining the internationality relevant link between a State and a Corporate investor, Recent trends concerning the application of the 'genuine link' test",

si bien sabemos que un tribunal arbitral puede ser competente para resolver una diferencia que tenga como base el incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión de un tratado internacional que ha pactado con el Estado de la nacionalidad del inversionista, sin necesidad de que exista una relación contractual entre dicho inversionista y el Estado receptor de la inversión, hoy en día es muy común encontrarnos con que existe entre las partes en conflicto un contrato de inversión que puede a su vez contener una cláusula de atribución de jurisdicción (por ejemplo dando competencia a los Tribunales internos del dicho Estado) o una cláusula compromisoria que da competencia a otro Centro de Arbitraje diferente de aquél señalado en el tratado (por ejemplo al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Perú si es este el Estado receptor de la inversión). ¿Cómo superar esta contradicción?

Para resolver el problema, el tribunal arbitral va a verse en la tarea de distinguir entre las demandas contractuales (“*contract claims*”) y las demandas propias al tratado de inversión (“*treaty claims*”), cosa que no es siempre fácil, ya que un comportamiento del Estado es susceptible de constituir a la misma vez una violación del Convenio que se encuentra en vigor con el Estado de la nacionalidad del inversionista y una violación del contrato suscrito con el propio inversionista, y es lo que vamos a analizar a continuación.

3. DE LA DISTINCIÓN ENTRE “*TREATY CLAIMS*” Y “*CONTRACT CLAIMS*”

A propósito del caso *Salini c./ Marruecos*, implicando dos sociedades italianas que habían concluido un contrato con una sociedad anónima de Marruecos pero que actuaba en nombre del Estado, un Tribunal arbitral CIADI resolviendo sobre su competencia, ha afirmado que tratándose de demandas fundadas enteramente sobre un TBI (en este

en: *JWI & T*, Vol. 5, N° 1, 2004, p. 139; ORREGO VICUÑA, F., “Changing approaches to the nationality claims in the context of diplomatic protection and international dispute settlement”, en *Liber amicorum I. Shiata, International finance and development law*, Kluwer Law International, 2001, pp. 503-526; PAULSSON, J., “Continuous nationality en: Loewen”, en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 2, 2004, p. 213; SINCLAIR, A., “Nationality of individual investors”, en: *ICSID arbitration, Int. Arb. Law Rev.*, Vol. 7, N° 6, 2004, p. 191.

caso el Tratado de Protección y Promoción de Inversiones suscrito entre Italia y Marruecos), dichas demandas difieren de una acción que tenga su base sobre un contrato, y que en consecuencia, una cláusula atributiva de jurisdicción incluida dentro de un contrato no sería aplicable a las obligaciones que relevan del tratado.⁽¹⁴⁾ En otras palabras, una cláusula atributiva de jurisdicción no puede entrar a impedir la aplicación de una norma convencional autónoma en virtud de la cual debe ser apreciado el comportamiento de las partes, en este caso del Estado que es acusado de haber violado la norma convencional y de ser responsable internacionalmente por dicha violación.

En esencia, se trataría de distinguir entre los comportamientos de las partes que en la especie vayan en contra del tratado, por el separar de aquéllos que serían de la sola competencia de los Tribunales designados por la cláusula atributiva de jurisdicción. Sin embargo, esta distinción no es siempre fácil, aun menos dentro de las relaciones económicas internacionales, donde el riesgo de confundir estos dos conceptos: "demandas contractuales"/ "demandas convencionales," es grande.

Si tomamos el caso que comentábamos, *Salini c./ Marruecos*, la controversia entre las partes nace luego de una divergencia sobre el detalle de la cuenta definitiva que debía ser pagada por la emanación del Estado a las sociedades italianas, y que de acuerdo al contrato, ésta debería ser resuelta por los Tribunales administrativos de Marruecos; no obstante, las sociedades italianas han decidido someter el caso ante el CIADI, estimando que el rechazo de reconocer el buen fundamento de sus reclamaciones constituía igualmente una violación del TBI suscrito entre Italia y Marruecos. Según el tribunal arbitral, el TBI le daba competencia para conocer "*de las violaciones del acuerdo bilateral y de todo incumplimiento a un contrato que estuviera en relación directa a dicha violación*" pero no de las "*violaciones del contrato al cual una entidad otra que el Estado es parte*".⁽¹⁵⁾ En efecto, el tribunal arbitral tenía que tomar en cuenta que el contrato no había sido directamente suscrito

(14) *Salini Constructori SpA c./ Marruecos*, ICSID Case N° ARB/00/4, decisión del 23 de julio de 2001, §27, *JDI*, N° 1, 2002, p. 196.

(15) Traducción realizada por el autor de un extracto del §61 de la decisión citada del 23 de julio de 2001.

por el Estado pero si por una sociedad anónima, jurídicamente independiente, que actuaba en su nombre. Es decir que sólo aquéllas violaciones propias del tratado y atribuibles al Estado podían ser consideradas como competencia del tribunal arbitral.

El problema es ciertamente más difícil en el caso en que una reclamación constituye al mismo tiempo una violación contractual y una violación del tratado. Al respecto, y de una manera más clara, el comité *ad hoc* CIADI encargado de examinar el caso *Vivendi c./ Argentina*, ha subrayado que la determinación de la existencia de una violación de un tratado de inversiones es distinta a la determinación de un incumplimiento contractual.⁽¹⁶⁾ De acuerdo al comité *ad hoc*, un Estado puede violar un tratado sin violar un contrato y *viceversa*, y cada una de esas violaciones debe ser determinada en aplicación al derecho que le es aplicable. Así, en el caso del TBI, la violación del texto convencional debe ser apreciada a la luz del derecho internacional, tal y como lo ha remarcado la Comisión de Derecho Internacional, al señalar que la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional, y que tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.⁽¹⁷⁾ En cuanto al contrato de concesión, por el derecho propio al contrato (*the "proper law" of the contract*), en este caso el derecho de la Provincia de Tucumán.

Este caso involucraba concretamente a inversionistas franceses que habían invertido en Argentina a través de un contrato de concesión con la provincia de Tucumán, y que argumentaban la violación de los artículos 3 y 5 del TBI suscrito entre Francia y la Argentina en 1991, concernientes a la obligación de dar a las inversiones de la otra parte un tratamiento "justo y equitativo", y a la obligación de protección y de seguridad de las inversiones en acuerdo con los principios de derecho internacional. Sin embargo, en virtud del contrato de concesión, los Tribunales de lo contencioso administrativo de la Provincia de Tucumán

(16) *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c./ Argentina*, ICSID Case N°97/3, Decisión de Anulación del Comité *Ad hoc* del 3 de julio de 2002, 41 *ILM*, 2002, p. 1135; *ICSID Rev.- FILJ*, Vol. 19, N° 1, 2004,

(17) Artículo 3 de los "Artículos de la CDI sobre la Responsabilidad Internacional del Estado" intitulado "la caracterización de un acto de un Estado como internacionalmente ilícito".

eran competentes por todo litigio contractual, concerniente a la interpretación y a la aplicación del contrato; lo cual no excluye una competencia eventual de un Tribunal CIADI por las obligaciones que deriven directamente del tratado internacional que contiene un ofrecimiento al Arbitraje CIADI.

Luego de analizar las acciones de la Provincia de Tucumán alegadas por las sociedades francesas, y atribuibles a la República Argentina, el Tribunal Arbitral estimó que las decisiones ligadas a las disputas que tenían una relación directa con el contrato eran de la competencia exclusiva de los Tribunales internos de la Provincia de Tucumán; y que en el caso concreto, había una conexión muy fuerte entre los términos del contrato de concesión y las violaciones del TBI, y que en consecuencia, no se le podía atribuir a la Argentina la responsabilidad internacional, a menos que las sociedades francesas probaran que sus derechos delante de los Tribunales nacionales habían sido negados, ya sea a causa del proceso (*denial of procedural justice*) o a causa de un motivo de fondo (*denial of substantive justice*).

Según los árbitros, el caso en cuestión revelaba numerosos problemas preliminares, donde la cuestión central consistía en establecer el sentido jurídico de una cláusula atributiva de jurisdicción contenida en un contrato de concesión "a la luz de las disposiciones relativas a la resolución de diferencias del TBI y del Convenio del CIADI". Es decir, que en el caso que nos compete, había que buscar en las disposiciones del TBI (artículo 8) y del Convenio del CIADI (artículo 26), el alcance jurídico de la cláusula contractual dando competencia a los Tribunales nacionales del Estado receptor de la inversión.⁽¹⁸⁾

Sobre el artículo 8 del TBI Francia- Argentina, cabe hacer la salvedad de que éste se refiere en términos generales a las diferencias "relativas a inversiones" sin exigir que la reclamación del inversionista alegue un incumplimiento del TBI mismo, por lo que podríamos suponer que sería suficiente que la diferencia guarde una relación con una inversión efectuada bajo el TBI. Esto puede contrastarse con otros tratados

(18) Según el artículo 26 de la Convención de Washington: "*salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de Arbitraje conforme a este Convenio se considerará como un consentimiento con exclusión de cualquier otro recurso*".

de inversión, como el TLCAN el cual dispone en su artículo 1116 que un inversionista nacional de una parte contratante sólo podrá someter a arbitraje una diferencia bajo el Capítulo XI, si ésta diferencia tiene por objeto una reclamación concerniente a una violación que la otra Parte contratante haya cometido contra una obligación establecida en las disposiciones específicas en dicho Capítulo. Sin embargo, el comité *ad hoc* encargado del caso estimó que una reclamación por incumplimiento del contrato, estaría *prima facie* dentro del fuero y jurisdicción de los Tribunales en lo contencioso administrativo de la Provincia de Tucumán.

Sin embargo, el comité *ad hoc* decidió que el tribunal arbitral había excedido sus poderes de competencia al no examinar el fondo de las demandas con respecto a los actos de las autoridades de la Provincia de Tucumán en virtud del TBI y que su decisión debía ser anulada por lo que ha esto respecta. Para el comité *ad hoc*, era claro que un Tribunal CIADI comete un exceso de poder no solamente en ejerciendo una competencia que no posee en virtud del contrato o del tratado aplicable (según sea el caso) y del Convenio del CIADI, analizados de forma conjunta; sino también al no ejercer una competencia que le pertenece de acuerdo con dichos instrumentos jurídicos y que pudiera tener una influencia en el resultado final de la sentencia. Es decir, que aunque el tribunal arbitral no tuviera competencia para determinar sobre el incumplimiento del contrato de concesión, él debía verificar si las actuaciones realizadas por la Provincia de Tucumán violaban el tratado en cuestión.

Comentando esta sentencia, el profesor y árbitro experimentado Emmanuel Gaillard afirma de manera acertada que el tribunal *ad hoc* ha hecho muy bien al criticar la decisión del tribunal arbitral en el sentido en que éste ponía sobre un mismo plano el “respeto del contrato” y el “respeto del derecho internacional” limitando este último al respeto por parte del “Juez del contrato” (es decir, aquél competente para resolver el caso de acuerdo al contrato), de las exigencias elementarias, en el procedimiento o en el fondo, de la justicia internacional.⁽¹⁹⁾ Nosotros consideramos que en efecto, lo contrario habría ido contra el propio fin

(19) Comentario de la decisión del 3 de julio de 2002, en: GAILLARD, E., *La jurisprudence du CIRDI*, Ediciones Pedone, 2004, p. 759.

del tratado; ya que si bien es cierto que la "denegación de justicia" (tanto en el ámbito procesal como en el aspecto de fondo), puede constituir una violación del tratado, en el sentido en que el Juez del contrato ha podido actuar en detrimento de los derechos del inversionista y faltar al tratamiento "justo y equitativo" en conformidad con el derecho internacional; la violación de un tratado internacional entrañando la responsabilidad internacional del Estado, puede igualmente darse por el comportamiento de las autoridades administrativas u otros órganos del Estado, o inclusive por medio de una legislación o reglamentación interna.

A través de esta decisión arbitral, queda reafirmado el hecho que un comportamiento lícito con respecto a las estipulaciones de un contrato de inversiones o del derecho interno de un Estado, puede sin embargo, ser ilícito con respecto al derecho internacional. Este concepto por el cual debemos buscar la preservación de los derechos garantizados por el tratado, había sido analizado anteriormente en el caso *LANCO*, donde el Tribunal Arbitral funda su competencia sobre la base del TBI entre la Argentina y los Estados Unidos, en afirmar que: "el ofrecimiento realizado por la República Argentina a fin de proteger los inversionistas sobre la base del tratado Argentina - Estados Unidos, no puede ser disminuido por la sumisión [de una diferencia] a las Cortes locales de Argentina, a la cual hace referencia el acuerdo de concesión".⁽²⁰⁾ No obstante, cabe hacer la salvedad que el Tribunal Arbitral se fundó en esta ocasión en un supuesto principio de prioridad del arbitraje CIADI en lugar de entrar a distinguir entre las demandas convencionales y las demandas contractuales; por lo que pareciera que en este caso hubo una confusión entre el fundamento de la demanda de arbitraje y el rol del arbitraje transnacional, en particular del arbitraje CIADI, por medio del cual los árbitros deben hacer respetar la norma de derecho internacional (en otras palabras el tratado de inversiones al cual dos o más Estados se han comprometido a cumplir sobre el plano internacional), a la cual los Estados en cuestión no

⁽²⁰⁾ *Lanco International c./ Argentina*, decisión sobre la competencia del 8 de diciembre de 1998, *ICSID Rep. Vol. 5*, p. 367; 40 *ILM*, 2001, p. 457. Traducción realizada por el autor de un fragmento del §40 de la decisión.

pueden escapar por medio de la intermediación de un proceso que lo liga solamente a un tercero (en este caso el inversionista extranjero con el cual tiene una relación contractual).⁽²¹⁾

Más recientemente, un Tribunal del ASEAN (Asociación de las Naciones del Sur-Este Asiático) se ha visto igualmente confrontado a distinguir entre los “*treaty claims*” y los “*contract claims*”, a propósito de un caso que oponía una sociedad de Singapur (*Yaung Chi*) al gobierno de la Unión de Myanmar.⁽²²⁾ En la especie, la sociedad *Yaung Chi* había suscrito un contrato de *joint venture* con una agencia del Ministerio de la Industria en Myanmar (*Myanmar Foodstuff Industries*), por medio del cual se estipulaba que cualquier diferencia de orden contractual sería sometido a un Arbitraje local; sin embargo, la sociedad *Yaung Chi* decidió de someter el caso ante el ASEAN, contra el propio gobierno de la Unión de Myanmar, sobre la base del Acuerdo del ASEAN de 1987 sobre la Promoción y la Protección de inversiones extranjeras.⁽²³⁾ A fin de decidir sobre su competencia, el Tribunal Arbitral ASEAN realizó en primer lugar una distinción entre las demandas contractuales que pudieran aparecer a propósito del acuerdo de *joint venture* y que serían regidas por la legislación interna de Myanmar, de las demandas convencionales presentadas por la sociedad, regidas por los términos del Acuerdo del ASEAN de 1987.

Finalmente, si bien el Tribunal Arbitral no ha retenido su competencia debido a que en la especie la condición de “inversión” requerida por el tratado no se cumplía, cabe señalar que el Tribunal ha remarcado perfectamente la diferencia entre los procesos contemplados por el acuerdo de *joint venture* de aquéllos contemplados por el tratado, en el sentido

(21) Nosotros consideramos que en realidad no se puede afirmar de que exista un principio reconocido sobre la prioridad del arbitraje CIADI, al contrario, tal y como podemos constatar en materia de arbitraje y de resolución de diferencias internacionales, la voluntad de las partes es siempre la que debe prevalecer, tal y como es reconocida por la propia Convención de Washington de 1965 instaurando el CIADI.

(22) *Yaung Chi OO Trading Pte. Ltd c./ Gobierno de la Unión de Myanmar*, Sentencia del 31 de marzo de 2003, ASEAN I.D. Case N° ARB/01/1, 42 *ILM*, 2003, p. 540-559.

(23) Igualmente fue considerado aplicable las adendas del Acuerdo así que el acuerdo marco de 1998, por el cual el concepto de inversionista del ASEAN es introducido en lo que respecta a inversionistas cuya fuente es exterior a la región del ASEAN.

en que el contrato no contempla las reclamaciones contra el gobierno de Myanmar como tal, que pudieran sin embargo aparecer en el evento de una violación del Estado a las previsiones substantivas del Acuerdo del ASEAN de 1987. Tenemos así que la tendencia general, derivada del análisis de los tratados (bilaterales o multilaterales) de inversión, se inclina sobre el hecho que la simple violación de un contrato no equivale por ella sola a una violación del tratado.

En efecto, no podemos afirmar que exista alguna regla de costumbre internacional que prescriba el respeto de los contratos concluidos entre un Estado y una persona privada, por lo cual no se puede derivar de dicha violación contractual la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, va a ser necesario probar que esta violación es contraria a las garantías enunciadas por el tratado, en particular con respecto a las obligaciones substanciales tales como un tratamiento justo y equitativo, un tratamiento no discriminatorio, o el respeto de las reglas relativas a la expropiación.

Sin embargo, dentro de un tratado de inversiones puede darse el caso de que éste contenga una cláusula de respeto de las obligaciones contractuales, llamada comúnmente "*umbrella clause*", por la cual los Estados Partes se comprometen a respetar las obligaciones adquiridas contractualmente con un inversionista de la nacionalidad del otro Estado Parte (o a través de su propia legislación interna). Es que esta cláusula tiene por efecto "transformar" toda violación contractual en una violación del tratado, en contravención al derecho internacional? Esto es precisamente lo que vamos a entrar a analizar a continuación.

4. DE LA EFICACIA DE LAS "UMBRELLA CLAUSES" EN LA ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, EN PARTICULAR CON RESPECTO A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

En el caso *Salini c./ Jordania*, el tribunal arbitral ha seguido básicamente la jurisprudencia *Salini c./ Marruecos* y ha retenido su competencia al afirmar que la resolución de diferencias prevista dentro del contrato solo podía cubrir reclamaciones basadas en la ruptura contractual, por lo que en consecuencia, dichos procedimientos no podían cubrir reclamaciones que tengan su base en incumplimientos del TBI; lo cual incluye aquellas previsiones del tratado que hacen referencia al respeto de las

obligaciones contractuales adquiridas con inversionistas extranjeros de la otra parte contratante.⁽²⁴⁾ Así, debemos entender que la cláusula compromisoria que ha sido incluida en el contrato de inversiones no tiene por efecto la incompetencia del tribunal arbitral para conocer de demandas que tuvieran su naturaleza y objeto sobre el fundamento de un TBI.

En este sentido, hay que partir de la idea de que la responsabilidad contractual es autónoma de la responsabilidad internacional y que la cuestión de saber si la inejecución de un contrato compromete la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión depende del contenido de las reglas de derecho internacional aplicables, particularmente a través de la aplicación del texto convencional. En efecto, si en principio la ejecución del contrato puede situarse dentro del orden jurídico interno, el derecho internacional puede ser llamado a intervenir para evitar que el Estado, haciendo uso de sus prerrogativas de poder público, viole compromisos contractuales que ha asumido con respecto a inversionistas extranjeros. Este es precisamente el caso de ciertos tratados de promoción y protección de inversiones que disponen de una manera más o menos general que “cada una de las partes asegure permanentemente el respeto de esos compromisos con respecto a una inversión efectuada sobre su territorio por un inversionista, nacional de la otra parte contratante”.

Esta cláusula es llamada por la doctrina “*umbrella clause*” (“*clause parapluie*”/“*cláusula paraguas*”) o “*cláusula de cobertura*” porque ella sitúa el contrato bajo la protección de un tratado de inversiones; o inclusive “*cláusula del efecto espejo*” (“*effet miroir*”) porque ella refleja los compromisos privados adquiridos contractualmente, sobre el plano convencional del tratado. Es decir que todo desconocimiento del contrato podría analizarse igualmente como un desconocimiento del tratado.⁽²⁵⁾

En esta forma podemos afirmar que la “*umbrella clause*” tiene por objeto lograr el respeto de los compromisos que han sido contractual o

(24) *Salini Costruttori SpA & Italstrade SpA. c./El reino de Jordania*, ICSID Case N°ARB/02/13, decisión sobre la competencia del 29 de noviembre de 2004, §96; 20 *ICSID Rev.* - *FILJ*, 2005, p. 148; 44 *ILM*, 2005, p. 569; 132, *JDI*, 2005, p. 182.

(25) GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, cit., p. 833.

extracontractualmente adquiridos por un Estado parte a un Tratado de inversiones (que en la práctica va a ser el Estado receptor de la inversión), con respecto a un inversionista nacional de otro Estado parte. Cabe remarcar que este "efecto espejo", por el cual una contravención contractual podría ser considerada como un acto contrario al derecho internacional no es nada nuevo; en realidad, esto deviene a la aplicación de conceptos tales como la "santidad de los contratos" (*"the sanctity of contracts"*) o del principio "*pacta sunt servanda*", tan utilizados por la jurisprudencia arbitral internacional.

Por otro lado, cabe señalar que este "principio" de respeto hacia los compromisos contractuales por parte de los Estados, ha sido introducido dentro de varios instrumentos internacionales, con el fin de prevenir que el Estado receptor de una inversión utilice sus poderes soberanos para sustraerse de los compromisos que haya podido adquirir con respecto a un inversionista extranjero. A manera de ejemplo podemos citar: las Conferencias de derecho internacional de la Haya de 1929 sobre la responsabilidad internacional de los Estados, previendo la responsabilidad del Estado por toda contravención de los derechos que resulten de un contrato;⁽²⁶⁾ la Resolución de 1958 adoptada por la Asociación de derecho internacional, afirmando el principio de buena fe que debe reinar en los contratos entre un Estado y una persona privada;⁽²⁷⁾ el Proyecto de Convención sobre la protección mutua de derechos de propiedad privada en país extranjero;⁽²⁸⁾ el Proyecto de la OCDE

(26) En este sentido, el Documento de base 3 expresaba: "*A State is responsible for damage suffered by a foreigner as the result of the enactment of legislation which directly infringes rights derived by the foreigner from a concession granted or a contract made by the State*"; o el Documento de base N° 8: "*A State responsible for damage suffered by a foreigner as the result of an act or omission on the part of the executive power which infringes rights derived by the foreigner from a concession granted or a contract made by the State*". Citados por SCHWEBEL (S), "On whether the breach by a State of a contract with an alien is a breach of international law", en: *Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, T. III, 1987, p. 404.

(27) En el Reporte de la 48ava Conferencia de la Asociación de derecho internacional, el texto afirmaba de manera clara: "*the parties to a contract between a State and an alien are bound to perform their undertaking in good faith*".

(28) El artículo IV (3) señalaba: "*A State shall not directly or indirectly restrict the freedom of foreign national in acquiring, administering and utilizing property, rights or interests and in particular, not by laws, regulations, administrative measures or in some other way, in so far as these are apt to cause or produce (...) the limitation or cancellation of licenses [under*

sobre la protección de la propiedad de los extranjeros;⁽²⁹⁾ el Proyecto del Acuerdo multilateral sobre inversiones (AMI);⁽³⁰⁾ la Resolución de Naciones Unidas sobre la Soberanía permanente de los recursos naturales de 1962, según la cual “los acuerdos relativos a inversiones extranjeras libremente concluidos por los Estados soberanos deben ser respetados de buena fe”.⁽³¹⁾

De igual manera podemos mencionar que el Acuerdo del ASEAN de 1987 y el Tratado sobre la Carta de la Energía confirman sobre el plano multilateral dicha protección de los compromisos contractuales. En efecto, según el artículo III del Acuerdo del ASEAN, cada parte contratante tiene la obligación de observar el cumplimiento de cualquier compromiso que haya podido adquirir con respecto a la inversión de un nacional o de una compañía de otra parte contratante.⁽³²⁾ En cuanto al Tratado sobre la Carta de la Energía, su artículo 10(1) señala expresamente que cada parte contratante respeta las obligaciones que haya podido acordar con un inversionista de otra parte contratante.⁽³³⁾

public law in the field of trade and industry, which confer upon the licensee a long-term title]”. Por un estudio del proyecto, llamado también “Abs Draft”, MILLER (S.A.), *Protection of private foreign investment by multilateral convention*, 53 *AJIL*, 1957, p. 371. Dicho proyecto ha sido completado por el trabajo de SHAWCROSS, donde la “umbrella clause” estaba escrita en los términos siguientes: “*Each Party shall at all times ensure the observance of any undertaking which it may have given in relation to investments made by nationals of any other Party*”.

- (29) El artículo II del “OCDE Draft convention on the protection of foreign property of 1967” expresaba: “*Each party shall at all times insure the observance of undertakings given by it in relation property of nationals of any other Party*”. Texto publicado en: 7 *ILM*, 1968, p. 117.
- (30) El texto “consolidado” del 12 de mayo de 1998: “*Une Partie contractante n’entrave pas, par des mesures [déraisonnables ou/et discriminatoires], l’exploitation, la gestion, l’entretien, l’utilisation, la jouissance ou l’aliénation d’investissements qui sont réalisés sur son territoire par des investisseurs d’une autre Partie contractante*”. El mismo puede ser consultado en el sitio de la OCDE: www.oecd.org.
- (31) Resolución 1803 (XVI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1962, sobre la Soberanía permanente de los recursos naturales.
- (32) Artículo III: “*Each contracting Party shall observe any obligation arising from a particular commitment it may have entered into with regard to a specific investment of national or companies of the other contracting Parties*”.
- (33) Artículo 10(1): “*Chaque Partie contractante respecte les obligations qu’elle a contractées vis-à-vis d’un investisseur d’une autre Partie contractante*”.

Sobre los efectos de la cláusula, cabe recalcar que en un principio, el concepto de "*pacta sunt servanda*" aplicado al derecho de las inversiones internacionales era más que nada utilizado para legitimar la protección diplomática vía convencional (por lo que hablábamos de un "tratado de cobertura"), a fin de "cubrir" los contratos de inversiones de la intervención legislativa, administrativa o judicial del Estado; y que posteriormente, nos hemos dado cuenta que sus efectos van incluso más allá de lo que hubiéramos imaginado con respecto a los primeros TBI. Al respecto, Prosper Weil afirma que la intervención de un tratado de cobertura transforma las obligaciones contractuales en obligaciones internacionales.⁽³⁴⁾ Esta es igualmente la opinión de la UNCTAD, la cual en estudio comparativo sobre los "nuevos" TBI, expresa que dicha cláusula puede ser interpretada como cubriendo todo tipo de obligaciones, explícitas o implícitas, contractuales o no contractuales.⁽³⁵⁾

En efecto, la técnica de aplicar el principio de "*pacta sunt servanda*" a la materia de las inversiones internacionales consiste a proteger un contrato a través de un tratado internacional, con la salvedad de que este contrato en ningún momento puede ser asimilado a un tratado o "cuasi-tratado" internacional. Esto ha sido perfectamente remarcado por la jurisprudencia arbitral, en particular dentro del caso *SGS c./ Filipinas*, el Tribunal Arbitral ha señalado que el artículo X(2) que contenía la "*umbrella clause*" no transformaba las banalidades internas no obligatorias en obligaciones internacionales, ni transformaba las cuestiones contractuales en cuestiones relevantes del derecho de los tratados, y particularmente, no cambiaba el derecho aplicable del contrato de derecho interno en derecho internacional.⁽³⁶⁾ De acuerdo a las conclusiones

(34) WEIL, P, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier", en: *RCADI*, III, T. 128, 1969, pp. 123-124.

(35) UNCTAD, *Bilateral investment treaties in the Mid-1990s*, UN, Genève, 1998, p. 8 et sv. p. 56.

(36) Según el Tribunal Arbitral: "*L'article X(2) ne transforme pas des banalités internes non contraignantes en obligations internationales contraignantes. Il ne transforme pas des questions contractuelles en questions de droit des traités. En particulier, il ne change pas le droit applicable à l'accord du droit interne en droit international. L'article X (2) ne traite pas de l'étendue des obligations conclues relativement à des investissements spécifiques mais de l'exécution de ses obligations, une fois celle-ci établies. Une fonction concevable d'une disposition telle que celle de l'article X(2) du TBI Suisse - Philippines est de donner*

del Tribunal, el artículo X(2) hace referencia a una violación del tratado por el no respeto de los compromisos adquiridos contractualmente con respecto a una inversión en particular; por lo cual, él tendría competencia para conocer sobre las demandas fundadas en el contrato que serían en violación del tratado, pero que la cuestión del contenido de la obligación contractual litigiosa no puede relevar que de la competencia exclusiva del Tribunal que ha sido designado como competente por las partes a través de la cláusula compromisoria contenida en el contrato de inversiones.

En el caso de *SGS c./ Pakistán*, otro tribunal arbitral CIADI ha tenido también la oportunidad de pronunciarse sobre los efectos de las “*umbrella clauses*”.⁽³⁷⁾ De acuerdo a dicha cláusula (artículo 11 del TBI entre Suiza y la República Pakistaní), cada una de las Partes contratantes asegura en todo momento el respeto de los compromisos asumidos por ella con respecto a las inversiones de los inversionistas de la otra parte contratante. En este caso, la sociedad suiza *SGS*, estimaba haber sido víctima de una recisión irregular del contrato que la unía a Pakistán. Este contrato contenía una cláusula compromisoria a los términos de la cual todo litigio relativo al contrato debía ser resuelto delante de un centro de arbitraje local, en aplicación del “*Arbitration Act*” pakistaní. Luego del análisis del tribunal, este concluye que el texto del Artículo 11 no pretende enunciar que las violaciones del contrato relativas a un contrato de inversiones, invocadas por un inversionista, sean automáticamente “elevadas” al rango de violaciones de derecho internacional en función del tratado de inversiones. Esto se explica por el hecho de que en principio una violación de un contrato entre un Estado y un inversionista extranjero no es en ella misma una violación en derecho internacional.

des assurances aux investisseurs étrangers sur l'exécution des obligations acceptées par l'État d'accueil en application de son propre droit à l'égard d'investissements spécifiques - de fait, pour aider à faire respecter la règle de droit en matière de protection des investissements” *SGS- Société générale de Surveillance S.A. c./ République de Philippines*, Decisión sobre la competencia del 19 de enero de 2004, §126 (ICSID case N° ARB/02/6), a consultar sobre el sitio web: www.worldbank.org/icsid.

⁽³⁷⁾ *Société Générale de Surveillance S.A. c./ la République islamique du Pakistan* (ICSID case N° ARB/01/13), Decisión sobre la competencia del 6 de agosto de 2003, 18 *ICSID Rev. - FILJ*, 2003, p. 307 ; 42 *ILM*, 2003, p. 1290.

Por otro lado, el tribunal hace notar que dentro del TBI Suiza-Pakistán, en particular, la cláusula del respeto de las obligaciones no se encuentra dentro de las obligaciones materiales asumidas por el Estado (obligaciones de fondo o de primer orden); y que en consecuencia, la cláusula no tendría por objeto establecer una obligación de fondo como aquéllas previstas en los artículos 3 al 7 (tratamiento justo y equitativo, interdicción de medidas a la expropiación, cláusula de la nación la más favorecida, entre otras). Así, si bien esta circunstancia no era decisiva, a esto se agregaban otras consideraciones del caso, y al hecho de que una interpretación demasiado larga de la cláusula podía traer como consecuencia la "suplantación" de las cláusulas de reglamento y diferencias que hubieran podido ser negociadas contractualmente por las partes. En otras palabras, correríamos el riesgo de privar de todo sentido la inserción de cláusulas atributivas de jurisdicción (o de cláusulas compromisorias) dentro de los contratos de inversiones, solo por el hecho de que un tratado internacional aplicable al caso concreto contiene una cláusula de protección de las obligaciones.

El tribunal arbitral CIADI concluye finalmente que él es en todo caso competente para conocer de las reclamaciones por violación al TBI y decide examinar las cuestiones de fondo, remarcando que carece de competencia por las demandas contractuales. De esta manera, si bien el Tribunal no otorga un efecto limitado a la "umbrella clause", él realiza una clara distinción entre las demandas convencionales y las demandas contractuales ("treaty claims/ contract claims"). No obstante, esta sentencia ha sido criticada por la doctrina, en particular podemos citar a Emmanuel Gaillard, quien expresa que el tribunal arbitral ha omitido dar un significado a la cláusula, y se ha limitado simplemente a afirmar que la confirmación dentro de un tratado de que una parte contratante es ligada por y en aplicación de un contrato "podría marcar un compromiso positivo implícito de adoptar las leyes y reglamentos de aplicación, necesarios o útiles para dar un efecto a una obligación contractual o legislativa a favor de los inversionistas de una parte contratante".⁽³⁸⁾

En efecto, el tribunal arbitral al mismo tiempo que reconoce el hecho de que la violación de ciertas disposiciones del contrato de Estado

⁽³⁸⁾ Comentario de la decisión *SGS c./ Pakistán*, en GAILLARD, *La jurisprudence du CIRDI*, cit., p. 877.

puede constituir una violación de una disposición del Tratado (en este caso el artículo 11 niega que los compromisos en virtud de un contrato, de una ley o de un reglamento interno pueda transformar “instantáneamente” las demandas contractuales en demandas fundadas sobre el TBI). Lo que nos sorprende a este respecto es que el tribunal arbitral diga que el hecho de rechazar la aplicación de los efectos del artículo 11 no revendría en todo caso a reducir la cláusula a una simple exhortación, es decir, a una declaración desprovista de sanción legal; puesto que en el fondo parece ser que el tribunal ha preferido privarla de todo efecto, antes de que una interpretación demasiado larga pueda llevarlo hasta el extremo de concluir que el contrato de inversiones pueda equipararse a una “cuasi-convención” internacional.

En este mismo sentido, el tribunal arbitral encargado del caso *Mining Machinery Ltd c./ la República Árabe de Egipto*, no ha reconocido ninguna eficacia a la cláusula del respeto de las obligaciones, al precisar que él no podría en todo caso admitir que la inserción de una “*umbrella clause*” dentro de un Tratado de inversiones tendría por efecto transformar toda diferencia contractual en una diferencia relativa a una inversión en aplicación del Tratado, al menos que haya una “violación clara de los derechos y obligaciones nacidas del Tratado” o se tratara de una violación de una obligación contractual de tal amplitud que implique la violación del Tratado, lo cual no estaba probado en la especie.⁽³⁹⁾

Esta respuesta nos parece contradictoria en el sentido en que cómo podríamos determinar que haya habido una violación clara del Tratado a través de la violación de una obligación contractual si no entramos a examinar los hechos contractuales que pudieran ser catalogados “de tal amplitud” que implicaría la violación del Tratado. Nosotros pensamos que al menos, desde que una violación del contrato deviene, a través de

(39) Según el Tribunal: “*On ne saurait admettre que l’insertion d’une umbrella clause dans le Traité, en encore de manière pas très proéminente, puisse avoir pour effet de transformer tout différend contractuel en un différend relatif à un investissement en application du Traité, à moins bien sûr qu’il y ait une violation claire des droits et obligations nés du traité ou une violation d’obligations contractuelles d’une telle ampleur qu’elle déclenche la protection du Traité, ce qui n’est pas le cas en l’espèce*”. *Joy Mining Machinery Ltd c./ République arabe d’Egypte*, Decisión sobre la competencia del 6 de agosto de 2004, *JDI*, 2005, p. 174, §81.

una "umbrella clause", en una violación del tratado, el "Juez del tratado" debería poder conocer sobre la violación de las obligaciones contractuales; y esto a pesar de la existencia de una cláusula de atribución de jurisdicción o de una cláusula compromisoria contenida en el contrato de inversiones.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En materia de inversiones internacionales, nadie pone en duda actualmente que el consentimiento de las partes a un litigio pueda darse de manera disociada, por una parte el consentimiento del Estado receptor de la inversión a través de un tratado de inversiones, pactado con el Estado de la nacionalidad del inversionista; por otro parte el consentimiento del inversionista al momento de presentar la demanda de arbitraje; y que todo esto suceda sin la más mínima relación contractual preestablecida entre dichas partes. No obstante, la práctica muestra que es muy común encontrarnos frente a un contrato de inversiones que contiene una cláusula de atribución de jurisdicción o una cláusula compromisoria, que puede en todo caso diferir de la cláusula de arbitraje contenida en el Tratado de inversiones sobre la base del cual el inversionista pretende hacer valer sus derechos frente al Estado receptor de la inversión.

Tal y como hemos podido observar a través del análisis de la jurisprudencia arbitral en la materia de inversiones internacionales, una violación contractual no necesariamente constituye una violación en el marco convencional de un Tratado de inversiones que pudiera comprometer la responsabilidad internacional del Estado receptor de la inversión. En este sentido existe una diferencia clara entre las demandas que tienen como fundamento las obligaciones contractuales de aquéllas que tienen como fundamento el Tratado (distinción de los "contract claims" y "treaty claims"). Sin embargo, esto no quita la posibilidad de que en ciertos casos una violación a una obligación contractual pueda constituir a su vez una violación del Tratado, en particular desde que estamos en presencia de una "umbrella clause".

Sin querer pretender que una obligación contractual pueda ser automáticamente "elevada" o "transformada" en una obligación convencional, ni cambiar el derecho aplicable al contrato, que resta mayor-

mente el derecho interno del Estado receptor de la inversión, a la aplicación sistemática de las normas de derecho internacional propia de los Tratados de inversión, nosotros estimamos que el “Juez” del Tratado en virtud de la cláusula del cumplimiento de las obligaciones, es competente para conocer de la violación de dichas obligaciones desde el momento en que éstas constituyen a su vez una violación del Tratado.

En este sentido nosotros afirmamos que las “*umbrella clauses*” no tienen por objeto el poner en duda la “repartición” de competencias entre las demandas convencionales y las demandas contractuales (*treaty claims/ contract claims*), en otras palabras, entre el “Juez del Tratado” y el “Juez del contrato”, sino simplemente garantizar una protección extra a aquellos inversionistas que se encuentran en una relación contractual con el Estado receptor de la inversión, y por consiguiente equipararlos con aquellos inversionistas que no tienen dicha relación.

6. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA ESPECIALIZADA

ALEXANDROV, S., “Breaches of contract and breaches of treaty”, en: *JWI & T*, 2004, pp. 555-577.

ALEXANDROV, S., “The ‘Baby boom’ of treaty-based arbitration and the jurisdiction of ICSID Tribunals”, en: *JWI & T*, Vol. 6, N° 3, 2005, pp. 387-411.

BEN HAMIDA, W., “La clause relative au respect des engagements dans les traités d’investissements”, en: *Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement*, Bibliothèque de l’IHEI, LGDJ - Anthemis, p. 70.

BURDEAU, G., “Nouvelles perspectives pour l’arbitrage dans le contentieux économique intéressant les Etats”, en: *Revue de l’arbitrage*, 1995, p. 9.

CREMADES, B. / CAIRNS, D., “Contract and treaty claims and choice of forum in foreign investment disputes”, en: *Arbitrating Foreign investment disputes*, Kluwer Law International, 2004, pp. 325-351.

- DELAUME, G., "Consent to ICSID Arbitration", en: *The changing world in international law in the twenty first century: a tribute to the late Kenneth Simmonds*, Kluwer Law International, 1998, pp. 156-236.
- GRIEBEL, J., "Jurisdiction over 'contract claims' in treaty-based investment arbitration on the basis of wide dispute settlement clauses in investment agreements", en: *TDM*, febrero 2007.
- PAULSSON, J., "Arbitration without privity", en: *ICSID Rev. - FILJ*, Vol. 10, N° 2, 1995, pp. 232-257.
- SINCLAIR, A., "The origins of the umbrella clause in the international law of investment protection", en: *Arbitration Int.*, 2004, pp. 411-434.
- WALDE, Th., "The umbrella clause in investment arbitration. A comment on original intentions and recent cases", en: *JWI & T*, 2005, pp. 183-236.
- ZEILER, G., "Treaty v. contract: which panel?", en: *TDM*, 2007.

 C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA(*)

Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: tensiones y problemas

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *¿De qué hablamos cuando hablamos de acumulación de arbitrajes?* 3. *Tensiones fundamentales.* A. *La tensión fundamental: la fuente contractual del arbitraje vs. los valores de eficiencia y equidad en la administración de justicia.* B. *Tensiones secundarias: acumulación vs. especialidad, celeridad y confidencialidad.* 4. *Marco normativo.* A. *Acuerdo arbitral.* B. *Reglamentos de arbitraje internacional.* C. *Lex arbitri.* 5. *Supuestos básicos.* A. *Dos procedimientos arbitrales separados entre las mismas partes basados en un mismo contrato y en un único acuerdo arbitral.* B. *Dos procedimientos arbitrales entre las mismas partes basados en contratos distintos.* C. *Dos procedimientos arbitrales con partes distintas y con base en contratos distintos.* 6. *Posibles fronteras de la acumulación de arbitrajes en materia de validez y ejecutabilidad.* A. *Acumulación vs. igualdad en la constitución del Tribunal (el caso Dutco).* B. *Acumulación vs. ejecutabilidad del laudo por no haberse constituido el Tribunal de conformidad con la voluntad de las partes.* 7. *Acumulación y arbitraje bajo Tratados Bilaterales de Inversión.* A. *Multiplicidad de reclamos conexos bajo tratados de inversión.* B. *Acumulación de arbitrajes en TBIs.* C. *La experiencia en materia de acumulación bajo TBIs.* 8. *Acumulación de hecho.* A. *Tribunales con similar composición.* B. *Coordinación de procedimientos.* C. *Los arbitrajes encadenados.* 9. *Consideraciones finales.*

(*) Consejero Especial, Grupo de Arbitraje Internacional, Clifford Chance LLP, Londres.

Esta contribución está basada en la ponencia "Tensiones en el arbitraje actual: acumulación de arbitrajes ¿acumulación de problemas?" que formara parte del programa del Primer Congreso Internacional del Comité Colombiano de Arbitraje, el cual tuvo lugar en la ciudad de Bogotá los días 3 y 4 de noviembre de 2005, y que será publicada en las memorias de tal evento.

1. INTRODUCCIÓN

Se procura reflejar en estas líneas algunos de los aspectos fundamentales de una de las grandes tensiones que afectan al arbitraje moderno: aquella que tiene en un extremo a las limitaciones propias de la naturaleza contractual del acuerdo arbitral y varios de los beneficios asociados al instituto, y en el otro extremo a los requerimientos de eficiencia y equidad que surgen en el contexto de procedimientos paralelos con elementos fácticos y legales comunes.

El título propuesto por el Comité Colombiano de Arbitraje para estas consideraciones refleja acertadamente las circunstancias propias del tema. Según la Real Academia Española el término “problema” tiene las siguientes acepciones: 1) Cuestión que se trata de aclarar; 2) Proposición o dificultad de solución dudosa; 3) Conjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de algún fin; 4) Disgusto, preocupación; y 5) Planteamiento de una situación cuya respuesta desconocida debe obtenerse a través de métodos científicos.

En lo que concierne a la temática en consideración, todas y cada una de las acepciones referidas resultan de aplicación, ya que: hay cuestiones que requieren de una previa aclaración (acepción 1), las soluciones son muchas veces dudosas (acepción 2), se verifican dificultades importantes desde el punto de vista técnico (acepción 3) que son un desafío para la ciencia del derecho (acepción 5), generando todo lo dicho, comprensibles disgustos y preocupaciones a los usuarios y estudiosos del arbitraje (acepción 4).

Sin embargo, como se dice popularmente, “problemas son sólo aquellos que no tienen solución”. Tener en cuenta este dato que es importante a los fines de dimensionar y poner en contexto las dificultades relativas a la materia en consideración.

2. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE ACUMULACIÓN DE ARBITRAJES?

La referencia a acumulación de arbitrajes en la terminología que usualmente se utiliza en los ámbitos procesales nacionales y en materia de arbitraje internacional puede dar lugar a confusiones. Es por ello

importante, como cuestión preliminar, precisar, aunque sea someramente, el sentido de los vocablos o referencias técnicas que se utilizarán. Debe notarse, sin embargo, que estas líneas no pretenden ni homogeneizar al lenguaje sobre la materia, ni analizar las variantes técnicas y clasificaciones que en los distintos códigos o tradiciones procesales se utilizan.

En el campo de la doctrina procesal, se hace referencia a la acumulación de pretensiones o acciones y a la acumulación de procesos. La acumulación de pretensiones o acciones tiene lugar en el marco de un único proceso, y cubre tanto los supuestos de acumulación de distintas pretensiones entre dos partes singulares como los supuestos litisconsorciales, en los que una misma pretensión es formulada por múltiples partes o contra múltiples partes. La acumulación de procesos, por su parte, presupone dos procesos iniciados de manera independiente.

En el campo de la doctrina arbitral internacional ambos conceptos suelen formar parte del profuso tratamiento de las cuestiones que se plantean como consecuencia de la multicontractualidad y la multiparticidad en el arbitraje, en enfoques que, además de analizar las situaciones de acumulación de pretensiones y procesos, ingresan en otros campos relacionados pero analíticamente distintos como, por ejemplo, la intervención de terceros, los problemas asociados a las hipótesis litisconsorciales, y los efectos del acuerdo arbitral sobre partes no signatarias.⁽¹⁾

(1) Para una extensa e ilustrada exposición sobre estas materias, ver HANOTIAU, Bernard, "Problems raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues An Analysis", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, N° 3, 2001, pp. 253-360. Ver también LEBOULANGER, Philippe, "Multi-Contract Arbitration", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, 1996, p. 43-99. Ver también, TEN CATE, Irene M., "Multi-Party and Multi-Contract Arbitrations: Procedurals Mechanisms and Interpretation of Arbitration Agreements under U.S. Law", en: *American Review of International Arbitration*, Vol. 15, pp. 133-159. En materia de partes no signatarias, ver especialmente HOSKING, James, "The Third Party non-Signatory's Ability to Compel International Commercial Arbitration: Doing Justice Without Destroying Consent", en: *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 4, pp. 469-586. Ver también SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral en la práctica internacional", en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Vol. 2, pp. 55-75.

Esta contribución no tiene como vocación ingresar en una temática tan compleja y extensa, limitándose, tan sólo, a describir y analizar los aspectos fundamentales del escenario legal en lo que concierne a la posibilidad de que procedimientos arbitrales con génesis diversa puedan ser objeto de tratamiento unificado. Tampoco se ingresará en el campo de la acumulación entre arbitrajes y procedimientos judiciales, el cual justifica un tratamiento diferenciado.⁽²⁾

3. TENSIONES FUNDAMENTALES

La problemática de la acumulación en materia arbitral pone de manifiesto las dificultades que tiene el instituto para reconciliar ciertos valores que son centrales a su operación con ciertos otros que, desde una perspectiva global, son considerados de gran importancia en materia de buena administración de justicia.

Si el universo de los negocios se limitara a contratos bilaterales aislados no habría mucho que decir sobre esta cuestión. Pero sucede que la interacción entre los agentes jurídicos en el mundo contemporáneo conlleva crecientes complejidades por involucrar a múltiples partes y/o por implicar encadenamientos de prestaciones contractuales, las cuales no siempre son negociadas e instrumentadas de manera simultánea y concordante. Las tensiones que a continuación se analizan no son novedosas, pero se han visto exacerbadas dadas las características de este nuevo escenario.

A. La tensión fundamental: la fuente contractual del arbitraje vs. los valores de eficiencia y equidad en la administración de justicia

El arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, está limitado en sus efectos y alcances por el acto jurídico que es, a la vez, su génesis, su continente y su frontera: el acuerdo arbitral. Siendo ley para las partes, con los alcances que cada legislación define, el acuerdo arbitral

(2) Ver, sobre este tema, GAILLARD, Emmanuel, “The Consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceedings”, en: *Complex Arbitrations*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Suplemento Especial, p. 35.

tiene efectos decisivos sobre quienes están vinculados por sus términos, obligándolos a transitar los caminos procesales acordados y a soportar sus consecuencias normativas en lo que hace a la resolución de las disputas bajo su órbita. Pero a la vez, en tanto criatura contractual, el acuerdo arbitral es extraño a quienes no son partes del mismo, los cuales, como regla, ni se perjudican ni se benefician como consecuencia de su existencia u operación. Esto último, no es más que un reflejo del principio de relatividad de los contratos encapsulado en el antiguo adagio latino según el cual *res inter alios acta tertiis nec nocent nec prosunt*.

Por su parte, el instituto de la acumulación procesal, el cual tiene amplia difusión aunque diversos alcances en las legislaciones procesales de los distintos estados, tiene como objetivo unificar el tratamiento y resolución de disputas conexas en razón de sus circunstancias subjetivas, fácticas y/o legales. Inspirado en razones de eficiencia y equidad, este instituto procura concentrar el tratamiento de una misma materia litigiosa por ante un sólo juzgador a los fines de evitar soluciones inconsistentes y de optimizar el uso de los recursos, coadyuvando así a la buena administración de justicia.

La tensión entre el componente contractual del arbitraje y el instituto de la consolidación es evidente. Frente a dos procedimientos arbitrales con elementos conexos, el principio de relatividad de los contratos nos indica que, salvo que exista consentimiento, cada uno será resuelto por separado y de manera inconexa, como corolario de la voluntad de las partes involucradas. El instituto de la acumulación y los valores que lo inspiran, por su parte, sugiere la conveniencia de que sea un sólo Tribunal el que trate las disputas con elementos comunes. En este contexto, acumular dos procedimientos arbitrales puede potencialmente tener como efecto que una disputa sea resuelta por un Tribunal que no ha sido constituido ni opera de conformidad con lo acordado por la partes, y, no acumularlos, puede derivar en que las mismas circunstancias sean objeto de apreciación distinta por parte de los Tribunales, y, consecuentemente, los resultados sean inconsistentes. Adicionalmente, en este último caso, se verificará una duplicación de costos y esfuerzos.⁽³⁾

(3) La Comisión de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio Internacional, en su Reporte final sobre Arbitraje Multipartito se refiere al problema de la multipartididad,

B. Tensiones secundarias: acumulación vs. especialidad, celeridad y confidencialidad

Otras cuestiones menos medulares pero no por ello poco trascendentes del arbitraje pueden entrar también en crisis frente al instituto de la acumulación. En particular, valores comúnmente asociados al procedimiento arbitral como: i) la especialidad en materia de conformación del Tribunal, ii) la celeridad y iii) la confidencialidad, pueden potencialmente colisionar con los beneficios asociados a la acumulación de procedimientos.

Es usual que las partes de un acuerdo arbitral puedan, ya sea por vías directas o indirectas, seleccionar juzgadores que por su experiencia, preparación o relación con una cierta industria resultan ser los más adecuados para resolver una disputa. El resultado de acumular arbitrajes, incluso en el supuesto de disputas que surgen de una misma transacción pero que tienen diverso contenido de especialidad técnica, puede implicar un sacrificio de esta valorada ventaja del arbitraje.

La celeridad del procedimiento arbitral también puede verse afectada por el hecho de que se fusione el trámite de dos arbitrajes que no se encuentran en un mismo estado procesal o que requieren, dada la complejidad técnica o probatoria de las cuestiones que se ventilan, de distintos calendarios procesales. Como se verá luego, este es un punto que es objeto de tratamiento específico en muchas de las disposiciones legales o reglamentarias sobre la materia.

Finalmente, la confidencialidad, valor por cierto muy apreciado en el campo del arbitraje, puede también verse comprometido en la hipótesis en consideración, especialmente cuando la acumulación abarca arbitrajes con partes no idénticas. En este último escenario, por ejemplo, una cierta parte puede verse en la incómoda situación de tener que ventilar cuestiones cuya divulgación considera inconveniente frente a

fenómeno con el cual está conectado el tema en consideración, en los siguientes términos: *Las dificultades de los arbitrajes multipartitos resultan en su totalidad de una sola causa. El arbitraje tiene una base contractual: sólo la voluntad común de las partes contratantes legitima que una parte inicie un procedimiento frente a un Tribunal Arbitral contra la otra parte, y obliga a esta última a comparecer por ante tal Tribunal.* Ver *Final Report on Multi-Party Arbitrations* aprobado por la Comisión de Arbitraje Internacional de la CCI, ICC Bulletin, 1995, p. 42.

partes inesperadas. Debe señalarse, sin embargo, que existen mecanismos procesales que en muchos casos permiten administrar la utilización de la información sensible y preservar la confidencialidad de las partes.

4. MARCO NORMATIVO

El marco normativo del arbitraje sigue siendo predominantemente atomizado y particularizado pese a la creciente tendencia hacia la homogeneidad en la regulación y las prácticas del arbitraje en la esfera internacional, producto ésto de convenciones internacionales, la ley modelo CNUDMI (UNCITRAL) y cierta palpable convergencia en materia de reglas y prácticas procesales.

El universo normativo de cada procedimiento arbitral está conformado por distintas variables. Ellas son, fundamentalmente, el acuerdo arbitral, el reglamento de arbitraje que haya sido adoptado, y la *lex arbitri*, la cual está asociada, como regla, con la regulación en materia de arbitraje vigente en la sede del procedimiento.⁽⁴⁾ Como surge de las breves consideraciones que siguen, tales variables difieren en sus alcances y contenidos normativos dado el amplio espectro de la autonomía de la voluntad, la multiplicidad de reglamentos de arbitraje y la diversidad de las legislaciones nacionales sobre la materia.

A. Acuerdo arbitral

Un acuerdo arbitral puede incluir o no disposiciones sobre acumulación de procedimientos. También puede excluir expresamente tal posibilidad, lo cual puede ser relevante en el caso de arbitrajes en los que la *lex arbitri* aplicable faculta a los jueces para ordenarla, como sucede con el caso de los Países Bajos, el cual es tratado líneas más abajo.

Las modalidades bajo las cuales se puede instrumentar un acuerdo arbitral que contemple una acumulación de procedimientos son tan variables y complejas como complejas y variables son las transacciones comerciales modernas. Indicativo de ello es que el Reporte sobre arbitraje Multipartito preparado por la Comisión de Arbitraje Comercial de la

⁽⁴⁾ Aunque poco común, es posible en teoría que dos partes acuerden una *lex arbitri* distinta de la vigente en la sede del procedimiento.

Cámara de Comercio Internacional (CCI) se abstuvo de preparar un acuerdo arbitral modelo que contemple cuestiones de multiplicidad, incluyendo acumulación, alegando que ello no era conveniente dada la variedad de hipótesis posibles.⁽⁵⁾

B. Reglamentos de arbitraje internacional

Varios de los reglamentos de arbitraje más utilizados en la esfera internacional incluyen disposiciones sobre acumulación de procedimientos.

El Reglamento de la Corte de arbitraje de la CCI dispone en su artículo 4 (6) lo siguiente:

“Cuando una parte presente una Demanda relativa a una relación jurídica respecto de la cual ya existe un proceso arbitral regido por el Reglamento y pendiente entre las mismas partes, la Corte puede, a solicitud de cualquiera de ellas, acumular la Demanda al proceso arbitral pendiente, siempre y cuando el Acta de Misión no haya sido firmada o aprobada por la Corte. Una vez que el Acta de Misión haya sido firmada o aprobada por la Corte, la acumulación sólo procederá de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19”.⁽⁶⁾

Resulta bastante evidente que el reglamento ha optado por una variante conservadora en materia de acumulación de procedimientos. Su operación tiene como base tres elementos fundamentales. El primero, ineludible, es el de identidad de partes. La Corte de la CCI es particularmente conservadora sobre este punto.⁽⁷⁾ El segundo elemento de

(5) Ver *Final Report on Multi-Party Arbitrations* aprobado por la Comisión de Arbitraje Internacional de la CCI, cit., p. 42.

(6) El artículo 19 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI dispone lo siguiente: *“Una vez firmada el Acta de Misión, o aprobada por la Corte, ninguna de las partes podrá formular nuevas demandas, principales o reconventionales, que estén fuera de los límites fijados en ella, salvo autorización del Tribunal Arbitral el cual, al decidir al respecto, deberá tener en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes”.*

(7) Ver DERAIS, Yves/SCHWARZ, Eric, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2a. edición, Kluwer Law International, 2001, p. 61.

la norma requiere que las demandas que pretenden ser consolidadas emanen de una misma relación jurídica, lo cual ha sido interpretado como inclusivo no sólo de aquellas cuestiones que surgen de un mismo instrumento o contrato, sino también de aquellas que emanan de una misma transacción económica.⁽⁸⁾ El tercer elemento es temporal: hasta la firma del Acta de Misión la regla es –cumplidos los otros requisitos– la de admisibilidad de la solicitud de acumulación; luego, tal posibilidad está subordinada a una evaluación de la naturaleza de la nueva demanda y el estadio de avance de los procedimientos.

En cuanto a la aplicación práctica de esta cláusula, debe notarse que no basta con el cumplimiento de los extremos señalados. La Corte ha rechazado la posibilidad de acumulación en casos en los que se verificaban dos cláusulas de arbitraje que establecían distinta sede para el procedimiento, en la inteligencia de que ello era indicativo de la existencia de un acuerdo para que las disputas que surjan de los dos acuerdos arbitrales se ventilen en procedimientos separados.⁽⁹⁾

El Reglamento de la Corte de Arbitraje de Londres (LCIA), por su parte, establece en su artículo 22 lo siguiente:

“Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes en cualquier momento, el Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de parte, y, en cualquier caso, previa audiencia de las partes, estará facultado para:

h) sólo a solicitud de una de las partes, autorizar que uno o varios terceros sean parte del arbitraje, siempre que cualquier tercero y la parte solicitante de su inclusión en el arbitraje hayan expresado su conformidad a este respecto por escrito y su consentimiento para la emisión de un sólo laudo arbitral conjunto o de tantos laudos como partes estén implicadas en el arbitraje”.

⁽⁸⁾ Ver WHITESELL, Anne Marie/SILVA ROMERO, Eduardo, “Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience”, en: *Complex Arbitrations*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Suplemento Especial, p. 16.

⁽⁹⁾ *Loc. cit.*

La regla adoptada por la LCIA trata conjuntamente los supuestos de acumulación propiamente dichos, y el de la intervención de terceros, el cual es conexo pero distinto. Se trata de una norma claramente más expansiva que la adoptada por la CCI, en la medida que permite, eventualmente, una acumulación de procedimientos que involucran a partes no idénticas mediando sólo acuerdo del solicitante y la parte tercera. La posibilidad de que la norma opere potencialmente como una norma de acumulación se ve reflejada en la posibilidad de que se dicten múltiples laudos como consecuencia de su aplicación. Un dato relevante de la norma bajo consideración es que forma parte del conjunto de poderes y facultades que se le confieren al Tribunal Arbitral, y no de una prerrogativa en cabeza del ente de supervisión, como sucede en el caso de la CCI.

Entre las reglas modernas más revolucionarias en materia de acumulación de arbitrajes está la que consta en el recientemente renovado Reglamento Suizo de Arbitraje, aplicable a los casos en trámite por ante las Cámaras de Comercio suizas.⁽¹⁰⁾ Su artículo 4 dispone lo que sigue:

“Cuando se presente una Notificación de arbitraje que implique a partes ya involucradas en otro procedimiento arbitral pendiente y regido por el presente Reglamento, las Cámaras, tras consultar a todas las partes implicadas en dichos procedimientos y al Comité especial, decidirán si este nuevo caso ha de ser remitido al Tribunal Arbitral ya constituido para el procedimiento arbitral pendiente. Las Cámaras procederán del mismo modo cuando se presente la Notificación del arbitraje entre partes distintas a las que se hallen participando en el procedimiento arbitral ya pendiente. Para decidir, las Cámaras tendrán en cuenta todas las circunstancias, incluyendo el vínculo entre los dos expedientes y el momento procesal en que se halle el procedimiento pendiente. En los casos en que las Cámaras decidan remitir el nuevo caso a un Tribunal Arbitral ya constituido, se presumirá que las partes en el nuevo caso renuncian al derecho que les corresponde de nombrar un árbitro”.

⁽¹⁰⁾ Una regla similar figuraba en el Reglamento de la Cámara de Comercio de Zurich y en el Reglamento de la Cámara de Comercio de Ginebra, cuyos reglamentos fueron fusionados en el Reglamento Suizo de Arbitraje.

En este caso, no sólo se verifica una habilitación reglamentaria para acumular procedimientos con partes no idénticas, sino que también se consagra expresamente la posibilidad de que una parte en un procedimiento sobreviniente que es acumulado con uno anterior en el que tal parte no participaba, se encuentre con que su disputa será resuelta por un tribunal en cuya constitución no intervino. Es decir, si hay un procedimiento arbitral pendiente entre la parte A y la parte B, y luego la parte B inicia un procedimiento contra la parte C, las Cámaras tienen el poder de decidir, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la acumulación del caso entre B y C con el caso entre A y B, privando a C del derecho de participar en la constitución del tribunal. Tan es así, que el reglamento aclara que en tal caso se presume que ha mediado una renuncia a participar en la constitución del tribunal arbitral.

La norma en consideración es claramente más radical que la regla de la LCIA transcripta *supra*, bajo la cual este supuesto no puede darse ya que esta parte ajena al procedimiento original, es decir, calificaría como un tercero cuyo consentimiento es ineludible. La regla en consideración plantea una situación delicada que seguramente será administrada con suma cautela en el contexto de la discreción que el reglamento reserva a las Cámaras, dado que su utilización en supuestos como el mencionado podría generar cuestionamientos en ciertas jurisdicciones.⁽¹¹⁾

C. *Lex arbitri*

Las legislaciones estatales oscilan entre el silencio, el activismo y el rechazo con relación a la posibilidad de que se verifique una acumulación de arbitrajes sin que medie acuerdo de todas las partes (acumulación compulsiva). La gran mayoría ni siquiera contempla la operación del instituto en consideración. En particular, la ley modelo UNCITRAL omite tratar el punto, lo cual ha sido interpretado como contrario a esta posibilidad.

El activismo está representado fundamentalmente por la Ley de Arbitraje de los Países Bajos de 1986, la cual permite a los tribunales de

(11) Ver comentario al caso *Dutco* en punto 7 a) *infra*.

tal país acumular arbitrajes que tengan como sede a tal jurisdicción, siempre y cuando no exista un acuerdo en contrario sobre la materia. El mecanismo opera sobre la base de una amplísima delegación de poderes al Presidente de la Corte del Distrito de Amsterdam quien, a pedido de parte, no sólo puede ordenar la acumulación de procedimientos conexos, de manera total o parcial, sino que también puede suplir la voluntad de las partes involucradas en la acumulación en el caso de que no haya acuerdo sobre la composición del Tribunal único o las reglas de procedimiento.⁽¹²⁾ La normativa de Hong Kong aplicable a

(12) Ley de Arbitraje del Reino de los Países Bajos (1986), artículo 1046, *Consolidation of arbitral proceedings*:

1. *If arbitral proceedings have been commenced before an arbitral Tribunal in the Netherlands concerning a subject matter which is connected with the subject matter of arbitral proceedings commenced before another arbitral Tribunal in the Netherlands, any of the parties may, unless the parties have agreed otherwise, request the President of the District Court in Amsterdam to order a consolidation of the proceedings.*
2. *The President may wholly or partially grant or refuse the request, after he has given all parties and the arbitrators an opportunity to be heard. His decision shall be communicated in writing to all parties and the arbitral Tribunals involved.*
3. *If the President orders consolidation in full, the parties shall in consultation with each other appoint one arbitrator or an uneven number of arbitrators and determine the procedural rules which shall apply to the consolidated proceedings. If, within the period of time prescribed by the President, the parties have not reached agreement on the above, the President shall, at the request of any of the parties, appoint the arbitrator or arbitrators and, if necessary, determine the procedural rules which shall apply to the consolidated proceedings. The President shall determine the remuneration for the work already carried out by the arbitrators whose mandate is terminated by reason of the full consolidation.*
4. *If the President orders partial consolidation, he shall decide which disputes shall be consolidated. The President shall, if the parties fail to agree within the period of time prescribed by him, at the request of any of the parties, appoint the arbitrator or arbitrators and determine which rules shall apply to the consolidated proceedings. In this event the arbitral Tribunals before which arbitrations have already been commenced shall suspend those arbitrations. The award of the arbitral Tribunal appointed for the consolidated arbitration shall be communicated in writing to the other arbitral Tribunals involved. Upon receipt of this award, these arbitral Tribunals shall continue the arbitrations commenced before them and decide in accordance with the award rendered in the consolidated proceedings.*
5. *The provisions of article 1027(4) shall apply accordingly in the cases mentioned in paragraphs (3) and (4) above”.*

arbitrajes domésticos⁽¹³⁾ y el Estatuto de Arbitraje Único Revisado de los Estados Unidos de América, que opera como ley modelo a nivel estadual para regular arbitrajes domésticos y ha sido aprobado por más de una decena de Estados, también contempla la posibilidad de que se ordene una acumulación compulsiva por orden judicial.⁽¹⁴⁾

En una posición menos drástica y más respetuosa de la voluntad de las partes puede ubicarse a la legislación canadiense aplicable a arbitrajes internacionales,⁽¹⁵⁾ la cual, si bien habilita expresamente la posibi-

(13) Ver también, en el mismo sentido, la legislación sobre arbitraje de Hong Kong (Arbitration Ordinance – chapter 341, Section 6B).

(14) Ver Revised Uniform Arbitration Act, en vigor en los Estados de Alaska, Colorado, Hawaii, Nevada, New Jersey, New Mexico, North Carolina, North Dakota, Oregó y Utah, y con trámite legislativo en otros tantos Estados de los Estados Unidos de América. Tal normativa establece en su artículo 10 lo siguiente:

“Consolidation of separate arbitration proceedings

Except as otherwise provided in subsection (c), upon [motion] of a party to an agreement to arbitrate or to an arbitration proceeding, the court may order consolidation of separate arbitration proceedings as to all or some of the claims if:

- *There are separate agreements to arbitrate or separate arbitration proceedings between the same persons or one of them is a party to a separate agreement to arbitrate or a separate arbitration proceeding with a third person;*
- *The claims subject to the agreements to arbitrate arise in substantial part from the same transaction or series of related transactions;*
- *The existence of a common issue of law or fact creates the possibility of conflicting decisions in the separate arbitration proceedings; and*
- *Prejudice resulting from a failure to consolidate is not outweighed by the risk of undue delay or prejudice to the rights of or hardship to parties opposing consolidation.*

The court may order consolidation of separate arbitration proceedings as to certain claims and allow other claims to be resolved in separate arbitration proceedings.

The court may not order consolidation of the claims of a party to an agreement to arbitrate which prohibits consolidation”.

(15) Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Canadá (International Commercial Arbitration Act), “Artículo 7: Consolidation of proceedings

(1) The Ontario Court (General Division), on the application of the parties to two or more arbitration proceedings, may order, (a) the arbitration proceedings to be consolidated, on terms it considers just; (b) the arbitration proceedings to be heard at the same time, or one immediately after another; or (c) any of the arbitration proceedings to be stayed until after the determination of any other of them.

lidad de acumulación y apodera a los Tribunales para decidir acumular procedimientos en los términos que considere justos u ordenar audiencias conjuntas o coordinadas, subordina tal posibilidad a la existencia de una solicitud de todas y cada una de las partes implicadas en los dos o más casos que se pretendan acumular.⁽¹⁶⁾

La legislación inglesa, por su parte, ha preferido aclarar expresamente que sus Tribunales carecen de facultades para ordenar una acumulación de arbitrajes en ausencia de acuerdo de partes.⁽¹⁷⁾ Ello no es de extrañar a la luz de los antecedentes de este estatuto. En 1985, el Subcomité de las Cortes Comerciales Inglesas, responsable de emitir un dictamen sobre el proceso de reforma del sistema arbitral en Inglaterra y Gales, sostuvo que: i) cualquier intento legal de unificar mecanismos de solución de disputas significará invariablemente una violación de los derechos contractuales de al menos una de las partes y ii) un laudo de un tribunal que exceda los límites del acuerdo arbitral encontrará posiblemente serias dificultades al momento de su ejecución bajo

Appointment of arbitral Tribunal

(2) *Where the court orders arbitration proceedings to be consolidated pursuant to clause (1) (a) and the parties to the consolidated arbitration proceedings are in agreement as to the choice of the arbitral Tribunal for that arbitration proceeding, the court shall appoint the arbitral Tribunal chosen by the parties, but, if the parties cannot agree, the Court may appoint the arbitral Tribunal for that arbitration proceeding.*

Court order not required for consolidation

(3) *Nothing in this section shall be construed as preventing the parties to two or more arbitration proceedings from agreeing to consolidate those arbitration proceedings and taking such steps as are necessary to effect that consolidation”.*

- (16) En un caso reciente se pretendió obtener una orden de acumulación sin que existiera consentimiento de todas las partes, pero una reciente decisión de los Tribunales de Alberta rechazó tal posibilidad y confirmó la necesidad de unanimidad para que proceda la acumulación de arbitrajes. Ver *Western Oil Sands Inc. (Canada) v. Allianz Insurance Co. of Canada* (England), Alberta Court of Queen’s Bench, decisión del 2 de febrero de 2004 (2004 ABQB 79).
- (17) El texto de la Ley de Arbitraje Inglesa de 1996 (English Arbitration Act 1996) es el siguiente: “*Section 35 - Consolidation of proceedings and concurrent hearings. (1) The parties are free to agree (a) that the arbitral proceedings shall be consolidated with other arbitral proceedings, or (b) that concurrent hearings shall be held, on such terms as may be agreed. (2) Unless the parties agree to confer such power on the Tribunal, the Tribunal has no power to order consolidation of proceedings or concurrent hearings”.*

la Convención de Nueva York.⁽¹⁸⁾ La ley de arbitraje de Singapur del año 2002 sigue el mismo criterio y transcribe textualmente la misma disposición que se encuentra en vigencia en Inglaterra y Gales.⁽¹⁹⁾

Una mención aparte merece la práctica jurisprudencial de los Estados Unidos de América.⁽²⁰⁾ A nivel estatal, relevante en materia de arbitraje doméstico, un número importante de Estados⁽²¹⁾ permiten la acumulación compulsiva de procedimientos cuando: i) el acuerdo arbitral no dispone lo contrario, ii) hay cuestiones de hecho en común y iii) la parte que se opone no sufre un perjuicio como consecuencia de la acumulación.⁽²²⁾ En el ámbito de los Tribunales federales, quienes resultan competentes en casos internacionales, la posición preponderante parece ser la contraria, con base y énfasis en la naturaleza contractual del

(18) Citado en JAN VAN DEN BERG, Albert, “Consolidated Arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention”, en: *Arbitration International*, N° 4, Vol. 2, 1986, p. 367.

(19) Ley de Arbitraje de Singapur (Singapore Arbitration Act), artículo 26.

(20) Ver, en general, WALDRON, Jonathan, “Resolving a Split: May Courts Order Consolidation of Arbitration Proceedings Absent Express Agreement by the Parties?” en: *Journal of Dispute Resolution*, 2005, p. 177 *et seq.* Ver, también, KAZUTAKE, Okuma, “Party Autonomy in International Arbitration: Consolidation of Multiparty and Classwide Arbitration”, en: *Annual Survey of International and Comparative Law*, Spring 2003, Num. 9, p. 189.

Un dato trascendente de la práctica sobre la materia en los Estados Unidos de América es la posibilidad de que acciones de clase sean canalizadas mediante arbitrajes. Las acciones de clase permiten que un cierto actor, cumplido determinados requisitos, accione contra un cierto demandado por derecho propio y en beneficio de otros individuos que se encuentran en una posición jurídica similar. Sobre este específico punto, el cual excede a la presente contribución, ver, en particular, HANOTIAU, Bernard, “A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide arbitration”, en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 1, 2004, pp. 39-54; “The Court Implicit Roadmap: Charting the Prudent Course at the Juncture of Mandatory Arbitration Agreements and Class Action Lawsuits”, en: *Stanford Law Review*, Vol. 57, p. 1677.

(21) Este es el caso en los Estados de Nueva York, Maryland, Minnesota, Nevada, Carolina del Sur y California. Otros Estados como Alaska, Connecticut, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Nueva Jersey, Nuevo México han adoptado una posición restrictiva sobre el punto, exigiendo una expresa habilitación contractual. Notar, sin embargo que varios de los Estados mencionados han adoptado recientemente el Estatuto de Arbitraje Único Revisado, el cual permite una acumulación compulsiva.

(22) Ver WALDRON, “Resolving a Split: May Courts Order Consolidation of Arbitration Proceedings Absent Express Agreement by the Parties?”, *cit.*, p. 182.

arbitraje y la consecuente imposibilidad de que las cortes interfieran con la voluntad de las partes. El caso prototípico es *Gobierno del Reino Unido v. Boeing*.⁽²³⁾ En este caso, la parte estatal procuró obtener una orden de acumulación con relación a dos arbitrajes con elementos de hecho y derecho común, lo cual fue rechazado por considerarse que la acumulación no era posible sin que medie consentimiento de las partes.⁽²⁴⁾

5. SUPUESTOS BÁSICOS

A los fines de ilustrar someramente el universo fáctico en el que puede operar el marco normativo referenciado, se consideran a continuación tres supuestos básicos: i) dos procedimientos arbitrales iniciados de manera separada entre las mismas partes con base en un mismo contrato y en un único acuerdo arbitral; ii) dos procedimientos arbitrales entre las mismas partes basados en contratos distintos y iii) dos procedimientos arbitrales con partes distintas basados en contratos distintos y acuerdos arbitrales independientes. Se asume a estos fines que las partes en cuestión no han establecido mecanismo de acumulación ni han excluido expresamente la posibilidad de acumulación en los acuerdos arbitrales respectivos. También se asume que los procedimientos que se pretenden acumular tienen lugar en jurisdicciones que no admiten la posibilidad de acumulación compulsiva.

⁽²³⁾ Ver, entre otros, *Government of the United Kingdom of Great Britain v. Boeing Co.*, 998 F.2d 68 (2d Cir., 1993).

⁽²⁴⁾ Con anterioridad a la decisión citada, la tendencia era favorable a la consolidación con base en el precedente en el caso *Compañía Española de Petróleos v. Nereus Shipping* (*Compañía Española de Petróleos v. Nereus Shipping S.A.*, 527 F.2d 966 [2d Cir. 1975]). Con relación a la tendencia jurisprudencial a favor de la consolidación prevalente antes de la década del 90, ver BARRON M., William, "Court-ordered Consolidation of Arbitration Proceedings in the United States", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 4, N° 1, 1987, p. 81, *et seq*; CHIU, Julie C., "Consolidation of Arbitral Proceeding and International Arbitration", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 7, N° 2, 1990, p. 53 *et seq*; y HASCHER, Dominique, "Consolidation of Arbitration by American Courts: Fostering or Hampering International Commercial Arbitration?", en *Journal of International Arbitration*, Vol. 1, N° 2, 1984, p. 127 *et seq*.

A. Dos procedimientos arbitrales separados entre las mismas partes basados en un mismo contrato y en un único acuerdo arbitral

Esta hipótesis puede plantearse en razón de variadas circunstancias y en escenarios en los que se verifican reclamos conexos o no. Un primer supuesto puede plantearse como consecuencia de que un actor inicia dos procedimientos independientes contra la misma parte con base cada uno de ellos en una pretensión procesal distinta, aunque con fuente en un mismo instrumento contractual. Así, por ejemplo, puede suceder que se reclame lucro cesante por un lado y el pago de ciertas sumas debidas por servicios por el otro. Otro posible supuesto puede tener lugar como consecuencia de reclamos que son conexos pero que se plantean de manera separada como consecuencia de la secuencia temporal que los originó.

En cualquiera de los dos escenarios es importante tener en cuenta que, como regla, existe cierta flexibilidad procesal en cuanto a la posibilidad de ampliar o modificar una demanda de arbitraje, siendo tal flexibilidad inversamente proporcional al estado de avance procesal del procedimiento que se encuentra pendiente. En la generalidad de los casos, por ello, no haría falta iniciar dos procedimientos distintos y luego solicitar su acumulación. Supongamos, sin embargo, que ello sucede, como consecuencia de alguna razón táctica contingente, y que se verifica luego una solicitud de acumulación.⁽²⁵⁾

El elemento decisivo en esta instancia, se trate de reclamos conexos o no, es de naturaleza temporal. En el caso de la CCI, la acumulación sería admitida con amplitud hasta el momento de suscripción del Acta de Misión dada la existencia de idénticas partes y una misma relación jurídica y, mediando aprobación del Tribunal Arbitral, luego de tal instancia.⁽²⁶⁾ En este último caso, las reglas instruyen al Tribunal para tener

⁽²⁵⁾ La casuística de la CCI da cuenta de supuestos en los que una misma parte inicia dos procedimientos separados contra otra parte basados en una misma relación contractual y luego solicitó una orden de acumulación. Ver WHITESELL / SILVA ROMERO, "Multiparty and Multicontract (...)", cit., p. 16.

⁽²⁶⁾ Ver artículos 4 (6) y 19 del Reglamento de Arbitraje de la CCI.

en cuenta particularmente el momento en el que se encuentre el procedimiento arbitral. El Reglamento Suizo de Arbitraje, por su parte, especifica también, entre los elementos a tener en cuenta, el momento procesal en el que se halle el procedimiento pendiente.⁽²⁷⁾ Es dable pensar, sin embargo, que los efectos preclusivos resultantes del estadio del procedimiento pendiente serán más relevantes en el caso de reclamos conexos que en el caso de reclamos conexos.

B. Dos procedimientos arbitrales entre las mismas partes basados en contratos distintos

A diferencia del supuesto anterior, en la hipótesis que se considera a continuación se verifican dos o más instrumentos contractuales y dos o más acuerdos arbitrales. En este caso, la principal complejidad surge de la tensión entre la existencia de dos acuerdos arbitrales independientes y la pretensión de acumular. Tal tensión se resuelve de distintas maneras según el marco normativo aplicable a los procedimientos arbitrales en consideración.

En el caso de las Reglas CCI, por ejemplo, es necesario que los instrumentos contractuales sean parte de una misma transacción económica, y que, adicionalmente, las cláusulas arbitrales tengan un contenido que permita inferir la existencia de un consentimiento implícito en lo que concierne al tratamiento procesal de los reclamos resultantes. La Corte de la CCI ha concluido que ello no ocurría, por ejemplo, en supuestos en los que los acuerdos arbitrales establecían sedes del procedimiento distintas.⁽²⁸⁾

El Reglamento de la LCIA y el Reglamento Suizo de Arbitraje son menos exigentes. En ninguno de los dos casos resulta necesario que se trate una misma transacción económica y parecería suficiente la existencia de una conexidad para que dos procedimientos con partes idénticas sean acumulados.

(27) Reglamento Suizo de Arbitraje, artículo 4.

(28) Ver DERAÏNS / SCHWARZ, "A Guide to the ICC Rules of Arbitration", cit., p. 61.

C. Dos procedimientos arbitrales con partes distintas y con base en contratos distintos

Se presume aquí el típico escenario en el que se verifica una relación contractual entre una parte A y una parte B, y una relación de subcontratación entre B y una tercera parte C. La cuestión en este caso es si pueden acumularse los procedimientos arbitrales entre A y B con el procedimiento arbitral entre B y C.

No existiendo consentimiento, este supuesto no es susceptible de acumulación bajo el Reglamento de la CCI. En el caso de las reglas de la LCIA, ello podría ocurrir con relación a procedimiento entre A y B, mediando el consentimiento de A y C. En el caso del Reglamento Suizo de Arbitraje, las Cámaras que administran el reglamento poseen amplias facultades para ordenar la acumulación de procedimientos, no requiriéndose consentimiento adicional alguno de las partes.

En un escenario como el descrito es muy difícil concebir hipótesis de acumulación basadas en un consentimiento implícito de las partes y, como regla, la referida posibilidad puede tener lugar sólo como consecuencia de un reglamento permisivo a este respecto o como consecuencia de una *lex arbitri*.

6. POSIBLES FRONTERAS DE LA ACUMULACIÓN DE ARBITRAJES EN MATERIA DE VALIDEZ Y EJECUTABILIDAD

Las tensiones inherentes a la difícil relación entre el instituto de la acumulación y el arbitraje pueden afectar aspectos relacionados con la legitimidad del procedimiento arbitral y de su producto normativo particular, es decir, el laudo. Particularmente sensibles son los aspectos relativos a la constitución del Tribunal, siendo ésta la faceta en la cual la acumulación de procedimientos impacta de manera más directa. Se tratan a continuación dos aspectos particularmente sensibles en lo que concierne a la validez y ejecutabilidad de laudos que son el producto de procedimientos arbitrales acumulados. El primer supuesto se relaciona con el potencial impacto que puede tener la acumulación en materia de participación igualitaria en la constitución del Tribunal. El segundo supuesto se relaciona con el impacto que puede tener en la ejecutabilidad

del laudo el hecho de que el Tribunal no se haya constituido de conformidad con lo acordado por las partes, lo cual es una causal que habilita resistir el reconocimiento y ejecución de un laudo de conformidad con la Convención de Nueva York de 1958.⁽²⁹⁾

A. Acumulación vs. igualdad en la constitución del Tribunal (el caso Dutco)

Si hay dos procedimientos arbitrales –uno primero y otro sobreviviente– involucrando a partes distintas y se ordena su acumulación, existe la posibilidad de que una o más partes del procedimiento sobreviviente se vean excluidas del trámite de constitución del Tribunal. Lo dicho puede acontecer como consecuencia de un acuerdo arbitral que así lo disponga, de un reglamento de arbitraje, o de la operación de una *lex arbitri*.

En lo que concierne al marco normativo del arbitraje internacional referido más arriba, tal hipótesis no parece posible bajo las reglas CCI o bajo las reglas LCIA ya que ambos reglamentos prescriben que, a falta de acuerdo entre las partes, todos los miembros del Tribunal serán elegidos por la institución.⁽³⁰⁾ Tampoco acontecería bajo la radical legislación holandesa en materia de acumulación de Arbitrajes, dado que todos los miembros del Tribunal serían seleccionados por los Tribunales judiciales.

Distinto es el caso del Reglamento Suizo de Arbitraje, bajo el cual la hipótesis en consideración no sólo es posible sino que, además, está expresamente admitida al disponerse que *se presumirá que las partes en el nuevo caso renuncian al derecho que les corresponde de nombrar un árbitro*.⁽³¹⁾ Lo dicho implica que un Tribunal que es el producto de una

⁽²⁹⁾ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), art. (V) (1) (d). El supuesto también es relevante bajo la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975), (artículo V (1) (d)).

⁽³⁰⁾ Ver artículo del 10 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI y artículo 8 de las Reglas de Arbitraje de la LCIA.

⁽³¹⁾ Ver Reglamento Suizo de Arbitraje, artículo 4.

orden de acumulación bajo estas reglas puede no ser el producto de una participación igualitaria en la constitución del Tribunal.

Esta situación, si bien está legitimada desde el punto de vista contractual dado que las partes de un acuerdo arbitral han delegado la facultad de acumular arbitrajes en los términos del reglamento en los entes que lo administran, expone al laudo a cuestionamientos en ciertas jurisdicciones como Francia, que consideran que el principio de igualdad en la constitución del Tribunal forma parte del orden público y no puede ser renunciado por anticipado. El conocido caso *Siemens v. BKMI and Dutco*, más conocido como el caso “Dutco”, decidido por la Corte de Casación francesa el 7 de enero de 1992,⁽³²⁾ constituye la expresión más reconocida de esta posición.

La disputa tuvo origen en un contrato de consorcio entre tres partes, Dutco, Siemens y BKMI, cuyo objeto era la construcción de una planta de cemento en el Sultanato de Omán. El contrato contenía una cláusula de Arbitraje estipulando que las disputas que surgieran serían resueltas de conformidad con las reglas respectivas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Como consecuencia de la ejecución del contrato surgieron disputas de naturaleza aparentemente disímil entre Dutco y Siemens, por un lado, y entre Dutco y BKMI, por el otro. Dutco inicia un único procedimiento arbitral bajo las reglas CCI contra ambas contrapartes contractuales. Durante el trámite de constitución del Tribunal, cada una de las partes demandadas exigieron poder nominar su respectivo árbitro lo cual fue denegado por la Corte de la CCI, la cual amenazó con ejercer la facultad que el reglamento en ese entonces vigente le confería para suplir la voluntad de las partes.⁽³³⁾ Ante tal panorama, Siemens adhirió a la nominación realizada por BKMI, aunque formulando las reservas pertinentes por considerar que se trataba de una irregularidad en la constitución del Tribunal.

La situación derivó con posterioridad en una acción de nulidad contra el laudo por ante los Tribunales franceses, los cuales eran

⁽³²⁾ Ver *Siemens v. BKMI and Dutco*, Corte de Casación francesa, 7 de enero de 1992, en: *Revue de l'Arbitrage*, N° 3, 1992, p. 470.

⁽³³⁾ El Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI vigente en ese entonces autorizaba a la Corte a suplir la voluntad de las partes en el caso de que no nominaran un árbitro.

competentes en razón de la sede fijada para el procedimiento arbitral. Llegado el expediente a la Corte de Casación, ésta sostuvo, en un pronunciamiento llamativamente sucinto, que el principio de igualdad de las partes en la constitución del Tribunal forma parte del orden público francés y sólo puede ser renunciado una vez que ha surgido la disputa, siendo nulo su sacrificio anticipado.⁽³⁴⁾

La decisión en el caso *Dutco* fue cuestionada y es cuestionable en algunos aspectos, pero tuvo el mérito de llamar la atención acerca de este delicado aspecto del procedimiento arbitral. Tan es así, que varios reglamentos de arbitrajes fueron modificados para reflejar esta misma preocupación. El propio Reglamento de la CCI incorporó una específica disposición que autoriza a la Corte de Arbitraje a designar a todos los miembros del Tribunal cuando se presenta una situación como la que motivó la decisión en el caso *Dutco*.⁽³⁵⁾

En conclusión, en lo que a este punto concierne, la aplicación de disposiciones sobre acumulación que impliquen un sacrificio anticipado del principio de igualdad pueden comprometer la validez del laudo en los arbitrajes que tienen sede en Francia y/o su ejecutabilidad en tal jurisdicción o en otras que sigan la doctrina del caso *Dutco*.⁽³⁶⁾

⁽³⁴⁾ La Corte de Casación consideró violados los artículos 1502 (2) y 1504 del Nuevo Código Procesal francés y el artículo 6 del Código Civil francés. *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*. Para un comentario específico acerca de esta decisión, ver DEVOLVE, Jean-Louis, "Multipartism: The Dutco Decision of the French Court of Cassation", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 9, N° 2, 1993, p. 198.

⁽³⁵⁾ Reglamento de la Corte de Arbitraje de la CCI, artículo 10. Ver también, artículo 8 de la Reglas de Arbitraje de la LCIA.

⁽³⁶⁾ No es claro si la Corte de Casación francesa consideró que el principio en cuestión pertenece al orden público nacional o al orden público internacional de Francia. La Corte se refiere a la protección del orden público como fundamento de su decisión y cita el artículo 6 del Código Civil francés que versa sobre la imposibilidad de que convenciones particulares deroguen el orden público o las buenas costumbres. Hay quienes han interpretado que el razonamiento de la Corte implica considerar que el principio de igualdad en materia de constitución del Tribunal forma parte del orden público internacional francés. Ver, en este sentido, DEVOLVE, "Multipartism: The Dutco Decision of the French Court of Cassation", cit., p. 198.

B. Acumulación vs. ejecutabilidad del laudo por no haberse constituido el Tribunal de conformidad con la voluntad de las partes

Otro aspecto delicado en materia de acumulación tiene lugar cuando la modalidad utilizada a tales fines deriva en un Tribunal constituido siguiendo un procedimiento distinto al acordado por las partes. Tal situación puede afectar la circulación internacional del laudo ya que se estaría en presencia de una de las causales que permiten resistir la ejecución y reconocimiento de un laudo extranjero de conformidad con la Convención de Nueva York de 1958, cuyo artículo V(1) (d) habilita tal posibilidad en el caso de que la composición del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje. Dos son las hipótesis básicas que se pueden verificar.

En primer lugar, puede suceder que las partes hayan acordado un reglamento de arbitraje que tiene potenciales efectos derogatorios sobre lo pactado, siendo un ejemplo en este sentido el comentado Reglamento Suizo de Arbitraje. Sin embargo, dado que los reglamentos de arbitraje se incorporan por referencia al acuerdo arbitral como consecuencia de la voluntad de las partes e implican muchas veces también una delegación de poderes en los organismos que los administran, resulta difícil concebir supuestos que puedan calificarse como ajenos al acuerdo celebrado entre las partes.

En segundo lugar, puede suceder que una *lex arbitri* establezca un mecanismo de acumulación que deje de lado lo acordado por las partes en materia de constitución del Tribunal, como sucede con la legislación de los Países Bajos ya comentada. Tal hipótesis ha dado lugar a una interesante polémica sobre el punto.⁽³⁷⁾ Por un lado, se ha alegado que una legislación como la holandesa no debería afectar la ejecutabilidad del laudo siendo que un acuerdo arbitral lleva implícito un acuerdo acerca

(37) Ver JAN VAN DEN BERG, Albert, "Consolidated Arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 2, N° 4, 1986, p. 367; y JAN VAN DEN BERG, Albert, "Consolidated Arbitrations, the New York Arbitration Convention and the Dutch Arbitration Act 1986 - A Replique to Mr. Jarvin", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 3, N° 3, 1987, p. 257 *et seq.*

de la aplicación de la *lex arbitri* de la sede del arbitraje.⁽³⁸⁾ Por el otro, se ha alegado que tal conclusión es válida cuando las partes no han establecido— ni siquiera por referencia a un reglamento —un mecanismo para constituir el Tribunal, pero que es excesivo concluir que las partes aceptaron derogar la forma pactada para constituir el Tribunal por el hecho de que optaron por una determinada sede para el procedimiento.⁽³⁹⁾ Por ello, sigue el razonamiento, si la acumulación es producto de una orden judicial y no refleja lo acordado entre las partes, corre el riesgo de carecer de fuerza ejecutoria a nivel internacional, dada la existencia de normas como el mentado artículo V (l) (d) de la Convención de Nueva York.

La jurisprudencia internacional se ha pronunciado de manera divergente sobre este punto, lo cual es ilustrativo de las incertidumbres y dificultades que el tema plantea.⁽⁴⁰⁾

7. ACUMULACIÓN Y ARBITRAJE BAJO TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

Los tratados bilaterales de inversión (TBI) han revolucionado el escenario del derecho internacional contemporáneo y son en la actualidad una fuente prolífica de arbitrajes internacionales. Estos instrumentos internacionales que tienen como partes a dos Estados soberanos proveen a quienes califican como inversores extranjeros ciertas protecciones

(38) Ver JAN VAN DEN BERG, “Consolidated Arbitrations and the 1958 New York Arbitration Convention”, cit., p. 367.

(39) JARVIN, Sigvard, “Consolidated Arbitrations, the New York Arbitration Convention and the Dutch Arbitration Act 1986 – a Critique of Dr. VAN DEN BERG Albert”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 3, N° 3, 1987, p. 254 *et seq.*

(40) Ver, por un lado, pronunciamientos de la Corte de Apelaciones de Florencia del 13 de abril de 1978 (*IV Yearbook Comm. Arb.* 1979, 294) y de la Corte de Apelaciones de Génova del 2 de mayo de 1980 (*VIII Yearbook Comm. Arb.*, 1983, 381) *declarando la no ejecutabilidad de un laudo emitido por un Tribunal no constiuuido de conformidad con la voluntad de las partes*. Ver, en sentido contrario, *el pronunciamiento de la Corte Suprema Española del 13 de junio de 1982 (XI Yearbook Comm. Arb.*, 1986, 527) y de los Tribunales de distrito del Estado de Nueva York del 30 de enero de 1980 (*IX Yearbook Comm. Arb.*, 1984, p. 462). Todas las decisiones citadas son referidas en JAN VAN DEN BERG, “Consolidated Arbitrations, the New York Arbitration Convention and the Dutch Arbitration Act 1986 – A Replique to Mr. Jarvin”, en: *Journal of International Arbitration*, cit., p. 259.

y garantías así como también acceso a un menú de opciones jurisdiccionales entre las que generalmente se cuenta el arbitraje bajo la Convención CIADI⁽⁴¹⁾ y el arbitraje bajo las reglas CNUDMI,⁽⁴²⁾ a los fines de hacer valer tales protecciones y garantías.

A. Multiplicidad de reclamos conexos bajo tratados de inversión

Una de las manifestaciones más problemáticas en este novel campo del derecho se relaciona justamente con el tópico de esta contribución: con creciente frecuencia, los Estados parte de estos tratados son objeto de múltiples reclamos con origen en un mismo núcleo fáctico legal por ante Tribunales arbitrales distintos.

Este fenómeno se explica por dos razones. La primera es que los tratados bilaterales de inversión confieren protección a un número indefinido de sujetos que califican como inversores extranjeros y a la vez permiten que tales sujetos accedan a mecanismos de solución de controversias que operan sobre la base de Tribunales arbitrales *ad-hoc*.⁽⁴³⁾ En este contexto, por ejemplo, una medida gubernamental de carácter general puede dar lugar a tantos arbitrajes independientes e inconexos entre sí como inversores afectados. La segunda razón se relaciona con la tendencia jurisprudencial a admitir reclamos indirectos por parte de accionistas de sociedades afectadas por una determinada medida gubernamental, lo cual implica que incluso una medida particular que afecta a una determinada compañía puede derivar en múltiples reclamos con idéntico sustrato legal por ante Tribunales arbitrales distintos e inconexos.⁽⁴⁴⁾

El escenario se complementa con el hecho de que la inmensa mayoría de los tratados carecen de normas sobre acumulación, y, a la vez,

(41) Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

(42) Reglamento del Arbitraje, CNUDMI (1985), ver www.uncitral.org.

(43) La mayoría de los tratados bilaterales de inversiones permiten que el inversor acceda al arbitraje de conformidad con la Convención CIADI.

(44) Ver CMS v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/8), LGE v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/1), Enron and Ponderosa Assets v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/01/3), Siemens v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/8), Gas Natural v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/10), Sempra v. Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/16) y Gami v. México (Caso CNUDMI / NAFTA).

remiten a reglas de arbitraje como CNUDMI y la Convención y las Reglas CIADI, que tampoco regulan la materia. La excepción en este campo está constituida por ciertos capítulos de inversiones de Tratados de Libre Comercio, los cuales operan como una suerte de tratado de inversiones dentro de un esquema más amplio. Pueden encontrarse específicas disposiciones sobre acumulación de arbitrajes en el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLACAN o NAFTA) y en el Tratado de Libre Comercio para América Central (TLACAC o CAFTA). En el campo de los tratados bilaterales de inversiones, los ejemplos son muy escasos: el tratado bilateral de inversiones modelo de los Estados Unidos de América (U.S. Model BIT),⁽⁴⁵⁾ el cual se considera en el punto siguiente, constituye el supuesto más conocido.

La problemática de la multiplicidad de procedimientos, con lo que ella implica en materia de eficiencia, riesgo de contradicciones y de potencial acoso procesal hacia la parte demandada ha dejado de ser un supuesto meramente teórico desde hace un tiempo.

Los casi 40 arbitrajes iniciados contra la República Argentina como consecuencia de las medidas económicas adoptadas en el marco de la profunda crisis económica y política de fines del año 2001 constituyen un ejemplo dramático en este sentido. Aunque algunos procedimientos han sido objeto de “acumulaciones de hecho”, cerca de 40 individuos distintos, actuando en Tribunales independientes, tienen la delicada responsabilidad de resolver una serie de controversias que, aunque presentan variantes, tienen como elemento común la valoración de la situación vivida en la Argentina como circunstancia excluyente o moderadora de responsabilidad.

Otro ejemplo ilustrativo es el de los conocidos “Casos Checos”, los cuales involucraron dos procedimientos paralelos iniciados contra la República Checa de conformidad con las reglas CNUDMI; uno primero iniciado bajo el tratado de inversiones entre la República Checa y los Estados Unidos de América con sede en Londres, y otro bajo el tratado de inversiones entre la República Checa y los Estados Unidos de América, con sede en Estocolmo. Ambos casos tuvieron origen en ciertas acciones y omisiones del Estado huésped que alegadamente habían

⁽⁴⁵⁾ Disponible en <http://www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html>.

afectado la operación de una licencia para la explotación de un canal de Televisión por parte de una compañía checa.⁽⁴⁶⁾ El primero de los casos fue iniciado por el controlante final de nacionalidad estadounidense de tal compañía local y el segundo por parte de una sociedad intermedia incorporada en los Países Bajos, también controlado por el mismo inversor estadounidense. Lo cierto es que uno de los Tribunales arbitrales decidió que la República Checa no tenía que compensar el inversor estadounidense mientras el otro decidió que la sociedad holandesa debía ser compensada. Es decir, como consecuencia de una evaluación distinta de idénticas cuestiones legales y fácticas se generó una situación paradójica y cuestionable para muchos: el inversor americano fue compensado a través de su participación en la sociedad holandesa pese a que su reclamó fracasó.

En un escenario tan proclive a la multiplicidad de reclamos con elementos comunes como el del arbitraje relativo a TBIs, las normas sobre acumulación compulsiva de arbitrajes no sólo son más justificables que en el caso del arbitral internacional de base contractual⁽⁴⁷⁾ sino que, además, son altamente recomendables.

B. Acumulación de arbitrajes en TBIs

Se considera a continuación la operatoria de la disposición sobre acumulación incluida en el TBI⁽⁴⁸⁾ entre los Estados Unidos de América

⁽⁴⁶⁾ *Lauder v. República Checa* (CNUDMI / United States-Czech Republic TBI). *CME República Checa B.V. v. República Checa* (CNUDMI Países Bajos-República Checa TBI).

⁽⁴⁷⁾ Ver C. ÁLVAREZ, Henri, "Arbitration under the North American Free Trade Agreement", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, 2000, p. 414. Según este autor:

"Although mandatory consolidation is not widely accepted in private commercial arbitration, it makes good sense in the case of Chapter 11 of NAFTA, which is not the usual private, consensual context of international commercial arbitration. Rather, Chapter 11 creates a broad range of claims which may be brought by an equally broad range of claimants who have mandatory access to a binding arbitration process without the requirement of an arbitration agreement in the conventional sense nor even the need for a contract between the disputing parties. In view of this, some compromise of the principles of private arbitration may be justified".

⁽⁴⁸⁾ Tratado entre la República Oriental del Uruguay y los Estados Unidos de América relativo a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (firmado el 25 de octubre de 2004).

y la República Oriental del Uruguay, el cual sigue los lineamientos del Modelo de Tratado de Inversiones de los Estados Unidos de América (US Model BIT).⁽⁴⁹⁾

El tratado define su hipótesis de aplicación de la siguiente manera:

“En los casos en que dos o más reclamaciones, conforme al Artículo 24(1) hayan sido sometidas a arbitraje por separado y tales reclamaciones planteen en común una cuestión de hecho o de derecho y resultan de los mismos hechos o circunstancias, cualquiera de las partes contendientes podrá solicitar la obtención de una orden de acumulación de procedimientos con la aprobación de todas las partes contendientes que se pretende abarcar por dicha orden o los términos de los párrafos 2 a 10”.⁽⁵⁰⁾

Para que se aplique la disposición, se requiere la presencia de dos elementos concurrentes: i) una cuestión de hecho o de derecho en común y ii) mismo origen fáctico o circunstancial. La ausencia de uno de tales elementos torna inaplicable la pretensión de acumulación.

La cláusula no persigue uniformidad en materia de interpretación de estándares jurídicos o un efecto “casatorio”. Su finalidad es que las consecuencias de una acción u omisión del Estado en un determinado marco circunstancial sean objeto de una sola decisión, de forma tal de limitar la incertidumbre normativa que podría surgir de decisiones inconsistentes y de evitar que el Estado huésped tenga que duplicar innecesariamente sus esfuerzos de defensa.

Frente a un escenario que combina los dos elementos referidos y una solicitud de acumulación pueden verificarse dos posibilidades. La primera es que se llegue a un acuerdo acerca de la acumulación con todas las partes involucradas, en cuyo caso se estará a lo allí acordado. De no verificarse tal acuerdo deberá constituirse un Tribunal especial, denominado Tribunal de Acumulación, siguiendo el procedimiento que se establece en el tratado. Las actuaciones de este Tribunal se rigen por el reglamento de arbitraje de la CNUDMI.

⁽⁴⁹⁾ Disponible en <http://www.state.gov/www/issues/economic/7treaty.html>.

⁽⁵⁰⁾ *Idem*, art. 33 (1).

El Tribunal de Acumulación debe escuchar a las partes y verificar si se encuentran presentes los dos requisitos de conexidad referidos más arriba. Con el objetivo de “*alcanzar una resolución justa y eficiente*” para las disputas, el Tribunal de Acumulación está facultado para: (i) asumir competencia, conocer y decidir conjuntamente sobre todas o una parte de las reclamaciones; (ii) asumir competencia, conocer y decidir respecto de una o más de las reclamaciones, cuya decisión considera que contribuiría a la resolución de las demás; o (iii) instruir a un Tribunal previamente establecido a que asuma competencia, conozca y decida conjuntamente, sobre la totalidad o una parte de las reclamaciones. En este último caso, las partes que no fueron contendientes por ante este Tribunal pueden solicitar que el árbitro seleccionado por la parte actora sea reemplazado por uno acordado por las partes o por uno designado por el Secretario General del CIADI.

A los fines de evitar que el avance en los procedimientos ya iniciados al momento de someterse una solicitud de acumulación tornen inefectiva a tal solicitud, se le ha conferido a un Tribunal de Acumulación la posibilidad de disponer el aplazamiento de las actuaciones de Tribunales ya constituidos respecto de los cuales se ha verificado una solicitud de acumulación.⁽⁵¹⁾

Por otra parte, finalmente, si se verifica una nueva demanda que involucra cuestiones respecto de las cuales un Tribunal de Acumulación ha adoptado una decisión que implicó alguna modalidad de acumulación, debe estarse a lo dispuesto por tal Tribunal, careciendo cualquier otro Tribunal Arbitral distinto del designado de jurisdicción para resolver tales cuestiones.⁽⁵²⁾ Sobre este punto, la norma prevé que una parte que haya sometido una reclamación arbitraje y no haya sido nombrada en una solicitud de acumulación puede solicitar ser incluida dentro del marco de las órdenes que sobre la materia emita el Tribunal de Acumulación.

⁽⁵¹⁾ Artículo 33 (10): A solicitud de una parte contendiente, un Tribunal establecido conforme al presente artículo podrá, en espera de su decisión conforme al párrafo 6, disponer que las actuaciones de un Tribunal establecido conforme al artículo 27 se aplacen, a menos que este último Tribunal ya las hubiera suspendido.

⁽⁵²⁾ Artículo 33 (9): Un Tribunal establecido conforme al artículo 27 no tendrá competencia para resolver una reclamación, o parte de la misma, respecto de la cual un Tribunal establecido o instruido conforme al presente artículo haya asumido competencia.

Tal como se puede apreciar, la operatoria procesal es compleja, y, como surge del análisis de la jurisprudencia que se realiza en el punto siguiente, proclive a interpretaciones disonantes.

C. La experiencia en materia de acumulación bajo TBIs

Dada la juventud de este campo del derecho, las experiencias en materia de acumulación de procedimientos arbitrales son limitadas. Como se mencionó anteriormente, varios de los reclamos contra Argentina relacionados con la crisis de finales de 2001 fueron acumulados de hecho dado que las partes coordinaron sus nominaciones de árbitros, lo cual derivó en Tribunales con composición idéntica o similar.⁽⁵³⁾ Por obvias razones, no son estos casos representativos de los problemas técnicos que se plantean en este campo.

En el campo del arbitraje bajo el Capítulo 11 del NAFTA,⁽⁵⁴⁾ en cambio, la operatoria de las cláusulas de acumulación allí previstas tuvo su inauguración con dos casos resueltos durante el año 2005. En un primer caso, un Tribunal de Acumulación rechazó la solicitud del gobierno de México de acumular dos reclamos cuestionando un impuesto a las bebidas refrescantes.⁽⁵⁵⁾ En un segundo caso, un Tribunal de Acumulación acogió la solicitud en igual sentido formulada por el gobierno de los Estados Unidos de América con relación a tres procedimientos arbitrales cuestionando ciertas medidas impositivas y compensatorias

⁽⁵³⁾ Ver *Aguas Argentinas et al v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/19), *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/17) y *Aguas Cordobesas S.A., Suez, y Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/18). Ver *Sempra Energy v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/02/16) y *Camuzzi International v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/02). Ver también *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/13), *El Paso Energy International Company v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/15), *BP America Production Company et al v. Argentina* (Caso CIADI N° ARB/04/8).

⁽⁵⁴⁾ Tratado de Libre Comercio de América de Norte.

⁽⁵⁵⁾ Ver *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI N° ARB (AF)/04/01) and *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States* (Caso CIADI N° ARB (AF)/04/05), Orden del Tribunal de Acumulación del 20 de Mayo de 2005. Disponible en www.worldbank.org/icsid.

sobre las exportaciones de madera blanda canadiense.⁽⁵⁶⁾ Mientras los reclamos contra Estados Unidos fueron acumulados en cabeza del Tribunal constituido para decidir sobre la acumulación, los reclamos contra México fueron reenviados a los Tribunales originalmente constituidos para decidir tales disputas. Las decisiones referidas involucraron interesantes contrapuntos conceptuales.

En los casos contra México, el Tribunal rechazó la solicitud de la demanda por considerar, en lo fundamental, que coordinar ambos procedimientos sería engorroso, y que por tratarse de demandantes competidores sería necesario disponer complejas medidas procesales para resguardar la confidencialidad de los procedimientos.⁽⁵⁷⁾ Se advierte en la decisión un particular énfasis en preservar la comodidad y conveniencia de las partes actoras como parámetro para determinar la acumulación.

El Tribunal actuante en los casos contra Estados Unidos, por su parte, desarrolló un puntilloso y convincente análisis cuestionando directa e indirectamente las premisas que subyacen a la decisión que rechazó la solicitud de acumulación de México. Para este Tribunal, el principal fundamento de las disposiciones sobre acumulación en el capítulo 11 del NAFTA es evitar que los Estados sufran un acoso procesal por tener que defenderse de manera separada frente a reclamos que surgen de un mismo núcleo fáctico-circunstancial y no la conveniencia y comodidad de las partes actoras.

8. ACUMULACIÓN DE HECHO

Las tensiones que se plantean como consecuencia del tratamiento de cuestiones conexas en procedimientos arbitrales distintos no sólo pueden ser resueltas unificando su tratamiento bajo un único procedimiento que deriva en un único laudo. Existen otras posibilidades que,

⁽⁵⁶⁾ Ver *Canfor Corp. v. United States of America, Tembec, Inc et al v. United States of America and Terminal Forest Products, Ltd. v. United States of America*, Orden del Tribunal de Acumulación del 7 de septiembre de 2005. Disponible en www.naftaclaims.com.

⁽⁵⁷⁾ Ver *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case N° ARB (AF)/04/01) and *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States* (ICSID Case N° ARB (AF)/04/05), Orden del Tribunal de Acumulación del 20 de Mayo de 2005, párrafo 19.

aunque menos eficientes y económicas, coadyuvan a minimizar el riesgo de que un mismo núcleo fáctico-legal sea objeto de apreciaciones inconsistentes. Nos referiremos, brevemente, en particular a: i) la constitución de Tribunales con idéntica o similar composición, ii) la coordinación de procedimientos y iii) la práctica de los arbitrajes encadenados.

A. Tribunales con similar composición

Cabe suponer que un determinado árbitro ponderará y valorará de manera uniforme un mismo conjunto de hechos y circunstancias. Se sigue de tal suposición que si se repite total o parcialmente una determinada composición de Tribunales arbitrales en casos conexos, se reduce el riesgo de resultados inconsistentes.

En el conocido caso *Abu Dhabi v. Eastern Bechtel*, los Tribunales ingleses propiciaron esta solución para superar los inconvenientes que se planteaban como consecuencia de una serie de procedimientos arbitrales conexos relacionados con la construcción de una planta de liquidificación de gas en Abu Dhabi.⁽⁵⁸⁾ Las instituciones arbitrales también promueven muchas veces este tipo de prácticas.⁽⁵⁹⁾

Existen, sin embargo, límites delicados que hacen al debido proceso y a la independencia de los árbitros que deben ser tenidos en cuenta en este contexto. Si no se logra una idéntica composición en los Tribunales y no hay identidad de partes y de representación legal, pueden verificarse hipótesis de asimetría de información entre los miembros del Tribunal, las partes y sus abogados que potencialmente comprometen la integridad del procedimiento.

La práctica de la Corte de Arbitraje de la CCI es ilustrativa sobre el punto. La Corte evalúa al momento de confirmar árbitros si los nominados tuvieron acceso a información que no estaría disponible para

⁽⁵⁸⁾ *Dhabi Abu v. Bechtel Eastern*, Lloyds Reports, Vol. 2, 1982, C.A., p. 428. El Tribunal dictó la decisión ejerciendo el poder que la antigua ley inglesa le confería para suplir la voluntad de las partes a falta de consenso entre éstas sobre la composición de un Tribunal.

⁽⁵⁹⁾ Ver WHITESELL/SILVA ROMERO, “Multiparty and Multicontract (...)”, cit., p. 17.

otros miembros del Tribunal dado su rol en un procedimiento conexo, o si cuestiones que ya han sido decididas en tal contexto pueden generar una situación de prejuicio que comprometa su independencia.⁽⁶⁰⁾ Asimismo, en un caso en los que las partes y sus representantes legales no eran idénticos, la Corte decidió no confirmar un co-árbitro.⁽⁶¹⁾

B. Coordinación de procedimientos

Otra posible forma de acumulación de hecho menos radical que la anterior puede darse bajo la forma de coordinación de procedimientos entre los distintos Tribunales constituidos para los casos con elementos conexos. Tal coordinación puede tener distintos alcances y manifestarse bajo distintas formas, y pueden resultar tanto de un acuerdo de partes como de la *lex arbitri*.

Uno de los supuestos más comunes en este campo es el de la unificación de las audiencias de prueba. Esta modalidad es eficiente desde el punto de vista económico y disminuye la posibilidad de resultados inconsistentes al exponer a todos los árbitros a un mismo trámite probatorio. Si las partes no son idénticas en ambos procedimientos, sin embargo, pueden plantearse cuestiones delicadas en materia de confidencialidad. Tales cuestiones son por lo general superables si los árbitros son experimentados⁽⁶²⁾ y las circunstancias permiten organizar el trámite del procedimiento de manera tal que tales cuestiones se ventilen en compartimientos procesales estancos.

⁽⁶⁰⁾ *Loc. cit.*

⁽⁶¹⁾ *Loc. cit.*

⁽⁶²⁾ Como se sostiene en *Canfor Corp. v. United States of America, Tembec, Inc et al v. United States of America and Terminal Forest Products, Ltd. v. United States of America*, Orden del Tribunal de Acumulación del 7 de septiembre de 2005, párrafo 143:

“There are sufficient measures available to arbitral Tribunals to ensure confidential treatment of information (including: protective orders; imposition of confidentiality undertakings; partially separate hearings in camera; classifying submissions, documents and testimony; appointment of a confidentiality advisor; redaction of award for public access), while ensuring that each party is afforded a full opportunity of presenting its case. In many international arbitrations, parties negotiate and execute an appropriate confidentiality agreement among themselves”.

C. Los arbitrajes encadenados

Ciertas industrias han desarrollado prácticas tendientes a superar algunos de los inconvenientes que se plantean como consecuencia de las dificultades inherentes a la acumulación de arbitrajes.

En el campo de la industria naviera, en la que se verifican sucesivas relaciones de contratación y subcontratación son habituales los denominados “*string arbitrations*” o “arbitrajes encadenados”.⁽⁶³⁾ Bajo esta modalidad, el primer demandante nombra un árbitro, el cual vuelve a ser nominado por el primer demandado en tanto demandante frente a quien es su contraparte en la línea de subcontratación. Este ejercicio se repite hasta llegar al último de la cadena, el cual nombra un árbitro distinto, repitiéndose el procedimiento de nominación de este segundo árbitro en la dirección inversa hasta llegar al primer demandante.

Esta práctica ha tenido resultados satisfactorios en el campo de esta particular industria y minimiza el riesgo de que las mismas cuestiones de hecho y derecho sean resueltas de manera inconsistente, a más de resultar eficiente en materia de costos.

9. CONSIDERACIONES FINALES

La problemática del arbitraje multipartito, y las tensiones que se manifiestan en torno a la operación del instituto de la acumulación en particular, han generado creciente interés y preocupación durante los últimos 20 años. La evolución en el campo de las legislaciones arbitrales y en materia de reglamentos de arbitrajes refleja este interés y preocupación.

Sin embargo, las soluciones posibles en tales esferas legales son necesariamente limitadas dada la naturaleza atomizada y los alcances limitados de tales ámbitos normativas. Ni un legislador en los Países Bajos puede dictar normas que afecten arbitrajes en Suiza, ni el Reglamento Suizo de Arbitraje puede tener alcances más allá de los procedimientos en los que ha sido pactado.

⁽⁶³⁾ Ver TACKABERRY QC John / MARRIOTT, QC Arthur, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*, 4a. edición, Vol. 1, Sweet and Maxwell, p. 768.

Siendo el arbitraje hijo del contrato, el bálsamo fundamental para aliviar las tensiones entre la buena administración de justicia y la autonomía de la voluntad es la planificación y redacción de acuerdos arbitrales que contemplen los problemas que surgen de la multicontractualidad y la multiparticidad. El profesor Gaillard sintetiza adecuadamente la cuestión como sigue:

“La escasez y el carácter aleatorio de las disposiciones sobre acumulación compulsivas de procedimientos nos lleva a la conclusión de que la inserción de las cláusulas apropiadas en el momento de la redacción de los acuerdos arbitrales sigue siendo y seguirá siendo el mecanismo privilegiado para resolver las dificultades que surgen de los arbitrajes multipartitos”.⁽⁶⁴⁾

Planificación o resignación parece ser la disyuntiva, especialmente en el campo del arbitraje internacional. En este contexto, si “problemas son sólo aquellos que tienen solución”, las tensiones entre la acumulación y el arbitraje son sólo un problema hasta el momento de firmar el acuerdo arbitral. Luego de tal momento, se está frente a un álea de la vida contractual que las partes contractuales sofisticadas habrán incorporado a su ecuación de riesgos y las partes no previsoras eventualmente descubrirán, muy a su pesar, durante la vida del negocio. El consuelo para estas últimas es que igualmente estarán mejor con un arbitraje no acumulable que con una cláusula de foro nacional, la cual, en principio, tampoco es efectiva para atraer casos judiciales conectados con otras jurisdicciones ni, mucho menos, otros arbitrajes internacionales. ▲

⁽⁶⁴⁾ Ver GAILLARD, Emmanuel, “Pré Report sur l’Arbitrage Multipartite et la Consolidation de Procédures Arbitrales Connexes”, en: *The International Law Association Report of the Sixty-Third Conference*, Warsaw, 1988, p. 480. Citado por LÉBOULANGER, “Multi-Contract Arbitration”, cit., p. 44.

 ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ(*)

Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral

SUMARIO: *1. Introducción: las nuevas reglas de arbitraje del CIADI como respuesta a las críticas vertidas sobre el procedimiento arbitral inversor-Estado. 2. Primera aplicación: Bivwater c. Tanzania. 3. Segunda aplicación: Suez c. Argentina. 4. Conclusión: una puerta entrabierta al procedimiento arbitral CIADI para los terceros.*

1. INTRODUCCIÓN: LAS NUEVAS REGLAS DE ARBITRAJE DEL CIADI COMO RESPUESTA A LAS CRÍTICAS VERTIDAS SOBRE EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INVERSOR-ESTADO

1. El 10 de abril de 2006, entraron en vigor las nuevas Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –en adelante CIADI–.⁽¹⁾ Esta modificación del Reglamento

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Castilla - La Mancha, España.

(1) Junto con estas nuevas Reglas de Arbitraje, se modificó igualmente el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, así como las Reglas de Arbitraje que regulan el Mecanismo Complementario. Las nuevas reglas pueden consultarse en la dirección electrónica: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc.htm>. Para un comentario a las mismas, MCDUGALL, A. y SANTENS, A., “ICSID Amends its Arbitration Rules”, en: *Int'l.Arb.L.Rev.*, N° 4, 2006, pp.119-122; KANTOR, M., “ICSID Amends its Arbitration

de Arbitraje es el fruto de una tarea iniciada en octubre de 2004, cuando se presentó por el Centro un papel de discusión titulado “*Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*”. Dicho papel sirvió de base, junto con toda una serie de comentarios de respuesta realizados al mismo por parte de distintas organizaciones y personas, para elaborar por parte del Secretariado del CIADI el documento “*Working Paper on Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*”, de 12 de mayo de 2005, que recogía los posibles cambios a realizar en las Reglas de Arbitraje del CIADI.⁽²⁾ En la reforma finalmente adoptada, junto con el logro de una mayor celeridad en el procedimiento y las propuestas relativas a las declaraciones que deben formular los árbitros y los honorarios de éstos,⁽³⁾ ha alcanzado una importancia considerable

Rules”, en: *TDM*, Vol. 3, N° 5, 2006; LEVINE, J., “Amendments to ICSID Arbitration Rules and Regulations”, en: *TDM*, Vol. 3, N° 5, 2006.

- (2) Este documento junto con el anterior pueden consultarse en la dirección electrónica: <http://www.worldbank.org/icsid/archives.htm>. Sobre la reforma propuesta en dichos documentos, FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras? Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en los procedimientos arbitrales inversor-Estado”, en: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, N° 1, 2007, pp. 9-11; KAUFMANN-KOHLER, G., “In Search of Transparency and Consistency: ICSID Reform Proposal”, en: *TDM*, Vol. 2, N° 5, 2005.
- (3) Además de los cambios que describimos en el texto, con el fin de lograr una mayor transparencia y participación de los terceros en el procedimiento arbitral, la reforma introduce cambios en las Reglas 6 (declaración de independencia de los árbitros), 39 (medidas provisionales) y 41 (excepciones preliminares). Sobre estas modificaciones, GAILLARD, E., “Chronique du CIRDI”, N° 1, 2007, pp. 257-258. Hay que recordar que, si bien en un primer momento también se incluía el estudio para la introducción de un mecanismo de apelación, finalmente esta idea fue desechada. En este sentido, Vid., ICSID Secretariat, *Working Paper (...)*, cit., p. 4, donde se señala que la idea de establecer un mecanismo de apelación apuntada en su documento previo “*Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration*”, se considera prematura dadas las múltiples dificultades técnicas y políticas que se derivarían. Sin embargo, su introducción en los más modernos Tratados de promoción y protección de inversiones –TPPI- y Tratados de Libre comercio celebrados por Estados Unidos obligan a no perder de vista su incidencia futura sobre la estructura actual del arbitraje en inversiones. Sobre el origen de este mecanismo de apelación en “The U.S. Trade Act of 2002”, puede consultarse, LEGUM, B., “The Introduction of an Appellate Mechanism: the U.S. Trade Act of 2002”, en: *Annulment of ICSID Awards*, E. Gaillard y Y. Banifatemi (eds.), New York, Juris Publishing, 2004, pp. 289-296. Sobre la inclusión del mismo en los más recientes Tratados de Libre Comercio de los Estados Unidos así como en el Tratado Modelo Norteamericano de

la preocupación mostrada por el CIADI de dotar a sus procedimientos arbitrales de una mayor transparencia y permitir de manera ordenada a la sociedad civil la entrada en los mismos.

2. No es de extrañar ni el contenido de dichas modificaciones en el Reglamento de Arbitraje ni la rapidez con que se han abordado. Una de las mayores críticas que se ha realizado al arbitraje internacional cuando se trata de resolver las controversias entre Estados y particulares en materia de inversiones extranjeras es el viejo dogma de la confidencialidad del procedimiento arbitral.⁽⁴⁾ Si bien la confidencialidad ha sido defendida como una de las características del arbitraje que en mayor medida beneficia al arbitraje frente a los tribunales estatales, no parece que sea una buena acompañante cuando lo que se ventila ante los tribunales arbitrales afecta de manera directa a los intereses públicos presentes en los casos de inversiones internacionales. En efecto, un gran número de estas decisiones de los tribunales arbitrales influyen de manera sustancial en la posibilidad de que los ciudadanos puedan acceder a servicios públicos considerados esenciales. Dichos servicios son necesarios para poder ejercer el derecho a un nivel de vida adecuada, así como otros derechos humanos fundamentales como la salud, la vivienda o la educación. Esta situación además, se agrava, en gran parte de las ocasiones, cuando en la realidad se trata de ciudadanos que viven en países en desarrollo y con unas condiciones de vida bastante paupérrimas.

Promoción y Protección de Inversiones de 2004, puede consultarse, BEN HAMIDA, W., "L'arbitrage Etat-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents", en: *Journal de dr. int.*, N° 2, 2004, pp. 433-434; OECD Secretariat, *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview*, 2005, pp.8-13.

- (4) Vid., sobre esta cuestión, ATIK, J., "Legitimacy, Transparency and NGO Participation in the NAFTA Chapter Process", en: *NAFTA. Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, ed. Todd Weiler, Nueva York, Arsdley, 2004, pp.139-149; MISTELIS, L. A., "Confidentiality and Third Party Participation UPS v. Canada and Methanex Corp v. United States", en: *International Investment Law and Arbitration*, Todd Weiler (ed.), Londres, Cameron May, 2005, pp. 178-179; TWEEDDALE, A., "Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception", en: *Arbitration International*, Vol. 21, N° 1, 2005, p. 62; BLACKABY, N., "Public Interest and Investment Treaty Arbitration", en: *Investment Treaties and Arbitration*, ed. G. Kaufmann-Kohler y B. Stucki, Basilea, ASA, 2002, p.145; GRUNER, D. M., "Accounting for the Public Interest in International Arbitration: The Need for Procedural and Structural Reform", en: *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 41, 2003, p. 959.

3. En consecuencia, el proceso arbitral en inversiones extranjeras presenta unas características propias que convierten en imprescindible la necesidad de lograr que tal proceso sea transparente y permita la participación de terceros como *amicus curiae*.⁽⁵⁾ Estas razones han influido de manera notable en las modificaciones aportadas a las Reglas de Arbitraje del CIADI. En concreto, mientras que la nueva Regla 32.2 se refiere a la apertura pública de la fase oral del procedimiento arbitral, la nueva Regla 37.2 incorpora la figura del *amicus curiae*.⁽⁶⁾

4. Las citadas nuevas reglas han visto cómo en dos recientes asuntos han sido ya aplicadas. Así, en primer lugar, el 2 de febrero de 2007, el tribunal arbitral, en el caso *Biwater c. Tanzania*, adoptaba la resolución

(5) Vid. OCDE, “Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures”, en: *Working Paper on International Investment*, 2005, disponible en <http://www.oecd.org>. Como conclusión de este estudio, el Comité sobre Inversión de la OCDE emitió un comunicado en agosto de 2005, en el que apoya una mayor transparencia en este tipo de arbitrajes, declarando: “*There is a general understanding among the Members of the Investment Committee that additional transparency, in particular in relation to the publication of arbitral awards, subject to necessary safeguards for the protection of confidential business and governmental information, is desirable to enhance effectiveness and public acceptance of international investment arbitration, as well as contributing to the further development of a public body of jurisprudence. Members of the Investment Committee generally share the view that, especially insofar as proceedings raise important issues of public interest, it may also be desirable to allow third party participation, subject however to clear and specific guidelines*”.

(6) Aunque ciertamente, la modificación aportada a la Regla 48.4 de arbitraje sobre publicación de los extractos del laudo también contribuye a lograr una mayor transparencia en el procedimiento arbitral, no hemos incluido su análisis en este trabajo, pues de la misma no se han ocupado las resoluciones procesales estudiadas. Hemos de señalar, sin embargo, que con anterioridad, el laudo sólo podía hacerse público por parte del Centro con el consentimiento de las partes implicadas, si bien era posible que aquel pudiese “*incluir en sus publicaciones extractos de las normas jurídicas aplicadas por el Tribunal*”. La modificación se refiere justamente a la publicación de estos extractos por parte del Centro en sus publicaciones. En la misma se dispone la obligatoriedad y la celeridad de su difusión con vistas a su posible conocimiento por otros tribunales y partes implicadas en asuntos que estén pendientes. A pesar de que la doctrina del precedente no tiene aplicación en este ámbito, el incremento de las cuestiones problemáticas surgidas en los procedimientos arbitrales invita a que la publicidad de los resultados sea un elemento que contribuirá a una mayor profundización en el debate y a evitar posibles laudos contradictorios en el futuro. Junto con lo anterior y aclarando cuál debe ser el contenido de dicha publicación, se sustituye la expresión “normas jurídicas aplicadas” por la de “razonamiento jurídico” del tribunal, lo que de alguna manera amplía el mismo.

procesal número 5 en la que se otorga autorización a cinco organizaciones no gubernamentales –en adelante ONGs– a realizar una presentación en calidad de *amicus curiae* de acuerdo a la nueva Regla 37.2 de Arbitraje.⁽⁷⁾ Sin embargo, en esta misma resolución, se deniega a los solicitantes la posibilidad tanto de acceder a los documentos originados en el procedimiento arbitral como a su petición de asistir e intervenir en las actuaciones orales de acuerdo con la nueva Regla 32.2 de Arbitraje.

Diez días después, otro tribunal arbitral del CIADI, en el asunto *Suez c. Argentina*, dictaba una resolución similar a la anterior.⁽⁸⁾ En este caso, el tribunal arbitral también ha permitido que cinco ONGs puedan presentar un escrito *amicus curiae*, denegando la opción solicitada de poder acceder a la documentación del proceso, negativa que se viene así a sumarse a la que este mismo tribunal había ya mostrado con anterioridad en relación con la posibilidad de que estos terceros pudiesen asistir a la fase oral del procedimiento arbitral.⁽⁹⁾ Estas primeras dos resolucio-

(7) *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd., c. Tanzania*, caso CIADI N° ARB/05/22, Resolución Procesal N° 5, de 2 de febrero de 2007, disponible en <http://www.investmentclaims.com>. Las ONGs peticionarias a las que ha sido concedida la posibilidad de someter un escrito *amicus curiae* son: The Lawyers' Environmental Action Team (LEAT), The Legal and Human Rights Centre (LHRC), The Tanzania Gender Networking Programme (TGNP), The Center for International Environmental Law (CIEL) y The International Institute for Sustainable Development (IISD). Este escrito ha sido ya presentado con fecha de 26 de marzo de 2007 y puede consultarse en la dirección electrónica http://www.ciel.org/Publications/Biwater_Amicus_26March.pdf.

(8) *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona y Vivendi Universal c. Argentina*, caso CIADI N° ARB/03/19, Resolución en respuesta a la solicitud de autorización de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae*, de 12 de febrero de 2007, disponible en <http://www-investmentclaims.com>. Las ONGs peticionarias en este asunto son: el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), Consumidores Libres Cooperativa Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, la Unión de Usuarios y Consumidores y por último, the Center for International Environmental Law (CIEL). El escrito *amicus curiae* conjunto de estas ONGs ha sido presentado el 4 de abril de 2007 y está disponible en la dirección electrónica http://www.ciel.org/Publications/SUEZ_Amicus_Spanish_4Apr07.pdf.

(9) En este caso, después de haberse constituido el tribunal, las citadas ONGs presentaron una solicitud el 27 de enero de 2005, pidiendo transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* en dicho procedimiento arbitral. Esta solicitud se puede encontrar en la siguiente dirección electrónica http://www.cels.org.ar/Site_cels/documentos/amicus_ciadi_suez.pdf. El tribunal, tras haber consultado a las partes sobre esta cuestión,

nes procesales de los tribunales arbitrales muestran la manera en que éstos comienzan a aplicar las nuevas Reglas de Arbitraje CIADI, y lo que es más importante, pueden servir de modelo para los posteriores tribunales cuando éstos se vean confrontados a situaciones similares. En las próximas páginas trataremos de analizar cual ha sido esta respuesta arbitral y comprobar si y en qué medida, algunas conclusiones pueden extraerse para un futuro.

2. PRIMERA APLICACIÓN: BIWATER C. TANZANIA

5. Este asunto enfrenta a una sociedad de servicios de agua del Reino Unido –Biwater Gauff– con el gobierno de Tanzania. Biwater inició el arbitraje ante el CIADI en 2005 alegando varias violaciones del TPPI entre el Reino Unido y Tanzania. Se argumentaba que Tanzania no había respetado los compromisos asumidos en el contrato de servicios que unía a la empresa subsidiaria de Biwater –City Water– y a la autoridad local de la capital de Tanzania, Dar es Salaam. Por su parte, el gobierno de Tanzania se defendía justificando la resolución del contrato ya que en su opinión la empresa británica había incumplido su compromiso de invertir en la infraestructura de servicios de agua y alcantarillado de Dar es Salaam.

6. El procedimiento arbitral había comenzado con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas Reglas de Arbitraje. Ello significa que, en principio, las Reglas de Arbitraje aplicables son las vigentes en el momento de la iniciación de dicho procedimiento. Sin embargo, las partes acordaron durante la primera audiencia oral ante el tribunal arbitral, que los cambios que pudiesen introducirse en la normativa procesal serían de aplicación a su arbitraje, incluyendo la posibilidad de presentación de escritos *amicus curiae*.⁽¹⁰⁾

dictó una resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, el 19 de mayo de 2005, disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>. Sobre la misma, CAMPOLIETI, F.; “The *Amicus Curiae* in ICSID Arbitration Proceedings”, en: *TDM*, Vol. 2, N° 5, 2005. Sobre el contenido de la misma, en profundidad, vid. *Infra*.

(10) “*It was agreed that the proceedings would be conducted in accordance with the ICSID Arbitration Rules in force since January 1, 2003 up until the date of entry into force of the amended ICSID Arbitration Rules on April 10, 2006, which replace the old Rules on a*

7. El 27 de noviembre de 2006 cinco ONGs presentaron una solicitud ante el tribunal arbitral en la que pedían intervenir en el caso como *amicus curiae*, además de poder acceder a varios documentos procesales y acudir a las audiencias orales.⁽¹¹⁾ Esta petición se fundamentaba en la importancia decisiva que alcanzan los intereses públicos y de la comunidad en la resolución de este asunto —el acceso al agua como un derecho de la humanidad—.⁽¹²⁾ Dicha petición se apoya en la nueva Regla 37.2 de Arbitraje y en un argumento más general como es “*the credibility of the arbitration process in the eyes of the public*”.

8. Tal y como ya hemos señalado, a esta solicitud responde el tribunal en su resolución procesal número 5, de 2 de febrero de 2007. En la misma, el tribunal señala como una vez recibida esta petición, se había pedido a las partes, de acuerdo con lo previsto en las Reglas 32.2 y 37.2 de Arbitraje, que se pronunciasen sobre la misma. Mientras que el demandante se opuso a dicha petición, el demandado no puso ninguna objeción. Lo que el tribunal se pregunta, sin tener una clara respuesta

prospective basis”, “(...) *The claimant reserved its position regarding the Respondent's proposal to allow amicus curiae in the proceeding, and to amended Arbitration Rules setting out of a procedure in this respect. The President stated that, under the Arbitration Rules currently in force, the parties would need to make submissions on the Tribunal's powers to allow amicus curiae in the proceeding. If the parties agree on the application of the amended Arbitration Rules upon their entry into force, the procedure set out in such amended Rules will apply to the question of amicus curiae*”, http://www.investmentclaims.com/decisions/BGI-Tanzania-Meeting_Minutes-23_March_2006.pdf.

(11) Petition for *amicus curiae* status, 27 de noviembre de 2006, p.1: “*The petitioners (...) acting collectively, they are seeking the following orders of the tribunal in the presente arbitration (...):*

Status as amicus curiae in the present arbitration; Access to the key arbitration documents; and Permission to attend the oral hearings when they take place, and to reply to any specific questions of the Tribunal on the written submissions”, disponible en http://ita.law.uvic.ca/documents/investment_petition_arb0522.pdf.

(12) Petition for *amicus curiae* status, cit., p. 7: “*This arbitration raises a number of issues of vital concern to the local community in Tanzania, and a wide range of potential issues of concern to developing countries (and indeed all countries) that have privatized, or are contemplating a possible privatization of, water or other infrastructure services. The arbitration also raises issues from a broader sustainable development perspective and is potentially of relevance for the entire international community (...). This was a critical project, watched by a wide range of observers. In few sectors is the relationship of service delivery to basic human rights and needs more salient than in the water sector. In addition, the management of water services relates closely to environmental management of water resources*”.

sobre la cuestión, es si una vez presentadas las observaciones por la partes a dicha solicitud, cabe la posibilidad de remitir las mismas a los peticionarios, antes de decidir sobre la cuestión presentada. Ante esta duda, finalmente el tribunal decide que no es preciso tal comunicación previa a su decisión.⁽¹³⁾

9. En esta decisión, el tribunal comienza por dejar bien claro cuál es el estatus que las Reglas de Arbitraje conceden a los terceros en un arbitraje CIADI. Así, se señala que “(...) *It might be noted at the outset that the ICSID Rules do not, in terms, provide for an amicus curiae “status”, in so far as this might be taken to denote a standing in the overall arbitration akin to that of a party, with the full range of procedural privileges that that might entail. Rather, the ICSID Arbitration Rules expressly regulate two specific –and carefully delimited– types of participation by non-parties, namely: (a) the filing of a written submission (Rule 37(2) and (b) the attendance at hearings (Rule 32(2)). Each of these types of participation is to be addressed by a tribunal on an ad hoc basis, rather than by the granting of an overall “amicus curiae status” for all purposes. Indeed, Rule 37(2) is specifically drafted in terms of the discretion of a tribunal to accept “a” written submission, rather than all submissions from a particular entity. It follows that there may be some written submissions from any given non-disputing party that are accepted as qualifying under the terms of Rule 37(2), and some that are not. It also follows that a “non-disputing party” does not become a party to the arbitration by virtue of a tribunal’s decision under Rule 37, but is instead afforded a specific and defined opportunity to make a particular submission.*”⁽¹⁴⁾ En consecuencia, el tribunal arbitral en este asunto viene a poner de manifiesto el limitado papel reservado a la intervención de los terceros en el procedimiento arbitral CIADI, intervención que se puede dar mediante la asistencia a las audiencias orales –regla 32.2– y mediante la presentación de escritos *amicus curiae* –regla 37.2–. Una posibilidad además que no es concedida con carácter general para cualquier petición, sino que, por el contrario, está sometida a la evaluación de cada tribunal arbitral en cada asunto en concreto, por lo que la intervención de un tercero ha de ser decidida caso por caso, a la vista de las circunstancias y vicisitudes que rodean a cada asunto.

(13) Order, Procedural N° 5, cit., p. 3.

(14) Orden Procedural, N° 5, cit., cdo. 46.

10. Una vez expuesta por el tribunal arbitral su idea general sobre la intervención de los terceros en el arbitraje CIADI, este tribunal decide, en primer lugar, si en este caso concreto es posible la presentación de escritos *amicus curiae*. En concreto, la petición sobre esta cuestión ha de evaluarse tomando en consideración si existe o no un cumplimiento de los requisitos previstos en la Regla 37.2 de Arbitraje. Así, se señala que: “*The test which the Arbitral Tribunal must apply in deciding whether or not to allow any particular Petitioner to file a written submission in these proceedings is set out in Rule 37(2) (...)*”. Declarado lo anterior, y realizada la evaluación propuesta, el tribunal concluye señalando que “*The Arbitral Tribunal has carefully considered each of the conditions in Rule 37(2) (a), (b) and (c). On the basis of the information provided in the Petition, the nature and expertise of each Petitioner, and the submissions summarised above, the Arbitral Tribunal is of the view that it may benefit from a written submission by the Petitioners, and that allowing for the making of such submission by these entities in these proceedings is an important element in the overall discharge of the Arbitral Tribunal’s mandate, and in securing wider confidence in the arbitral process itself. In particular, the Arbitral Tribunal: (a) considers that a written submission by the Petitioners appears to have the reasonable potential to assist the Arbitral Tribunal by bringing a perspective, particular knowledge or insight that is different from that of the disputing parties (Rule 37(2) (a); (b) accepts the Petitioners indication that their submissions would address matters within the scope of the dispute, and obviously reserves the right to disregard any submission that does not do so (Rule 37(2) (b); (c) accepts that each of the Petitioners has a sufficient interest in this proceeding (Rule 37(2) (c))*”.⁽¹⁵⁾

Contestado afirmativamente a lo anterior, el tribunal arbitral ha de resolver cómo va a dar cumplimiento al mandato previsto en la Regla 37.2 de arbitraje cuando se declara que: “*El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente*”. Esto es, cómo y de qué manera los terceros en este caso han de presentar su escrito *amicus curiae*, estableciendo determinadas salvaguardas procesales

⁽¹⁵⁾ Order Procedural, N° 5, cit., cdos. 49-50.

que han de ser respetadas con el fin de velar por la integridad de todo el procedimiento arbitral. En este caso, el demandante en sus observaciones había puesto de manifiesto una seria preocupación sobre el desarrollo temporal del procedimiento arbitral y la incidencia que sobre el mismo podría tener la intervención de los terceros. Tomando en consideración dichas preocupaciones, el tribunal arbitral finalmente resuelve ordenando procesalmente dicha intervención en dos etapas: la primera consiste en otorgar la posibilidad de presentar un escrito conjunto *amicus curiae* a los peticionarios limitado en cuanto a su amplitud a cincuenta páginas, sin posibilidad de aportar documentación complementaria. La segunda consistiría en permitir las observaciones de las partes a dicho escrito que podrían realizarse antes o con posterioridad a la celebración de la audiencia oral principal.⁽¹⁶⁾

11. En relación con la segunda de las peticiones presentadas por la ONGs en su solicitud referida a la posibilidad de poder acceder a una serie de documentos procesales, el tribunal, sin embargo, deniega la misma. Las ONGs le habían pedido al tribunal que con el fin de fundamentar su escrito *amicus curiae* les era imprescindible tener determinada documentación del procedimiento como la demanda y su contestación o la declaración de los testigos. Esta documentación ya se les había negado a través de la Resolución Procesal N° 3, de 29 de septiembre de 2006.⁽¹⁷⁾ El tribunal en esta última resolución ya había decidido que con el fin de salvaguardar la integridad del procedimiento, era necesario que los documentos procesales no se hiciesen públicos. En la Resolución Procesal N° 5, de 2 de febrero de 2007, después de recordar lo anterior, señala cuál es el verdadero papel del *amicus curiae* en estos casos y su incidencia en la posibilidad de acceder a la documentación procesal. En concreto, este tribunal declara que “*In this case, given the particular qualifications of the Petitioners, and the basis for their intervention as articulated in the Petition, it is envisaged that the Petitioners will address broad policy issues concerning sustainable development, environment, human rights and governmental policy. These, indeed, are the areas that fall within the ambit of Rule 37(2) (a) of the ICSID Rules. What is not expected, however, is that the Petitioners (a) will consider themselves as simply in the same position as either party’s lawyers,*

(16) Order Procedural, N° 5, cit., cdos.60-61.

(17) Disponible en http://www.worldbank.org/icsid/cases/arb0522_procedural_order3.pdf.

or (b) that they will see their role as suggesting to the Arbitral Tribunal how issues of fact or law as presented by the parties ought to be determined (which is the sole mandate of the Arbitral Tribunal itself)". En consecuencia y dado que "This has been a very public and widely reported dispute. The broad policy issues on which the Petitioners are especially qualified are ones which are in the public domain, and about which each Petitioner is already very well acquainted. These, after all, are the very issues that have led to their application to intervene in these proceedings. None of these types of issue ought to require –at least for the time being– disclosure of documents from the arbitration";⁽¹⁸⁾ el tribunal, en principio, por tanto, deniega esta petición de las ONGs. Sin embargo, su decisión no es definitiva, pues en todo caso, se señala que la misma podría cambiar una vez que se hubiese celebrado la audiencia oral principal.

12. Por último, y en relación con la tercera de las peticiones realizadas por las ONGs en su solicitud, referida a la posibilidad de poder acceder y participar en la fase oral del procedimiento arbitral, el tribunal en este caso es muy claro, ya que dicha petición está sometida a lo previsto en la Regla 32.2 de Arbitraje que señala que: "Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida". Dado que, en este caso concreto, el demandante en sus observaciones a dicha petición se había negado a otorgar dicha posibilidad y la claridad con que está redactada esta Regla –"salvo objeción de las partes"– el tribunal denegó la petición presentada.⁽¹⁹⁾

3. SEGUNDA APLICACIÓN: SUEZ C. ARGENTINA

13. Este asunto enfrenta a dos empresas francesas –Suez y Vivendi– y una española –Aguas de Barcelona– contra Argentina. En 1992, estas empresas habían ganado la licitación para la concesión durante un

⁽¹⁸⁾ Order Procedural, N° 5, cit., cdos. 64-65.

⁽¹⁹⁾ Order Procedural, N° 5, cit., cdo. 71.

período de treinta años de los servicios de suministro de agua potable y saneamiento de la ciudad de Buenos Aires y los municipios circundantes. Como consecuencia de la grave crisis económica, el gobierno argentino decidió eliminar la paridad de su moneda con el dólar norteamericano, lo que según las citadas empresas dañaba gravemente sus inversiones y representaba un incumplimiento de los compromisos asumidos por Argentina en el contrato de concesión. Una vez que las negociaciones emprendidas para renegociar las tarifas sobre el suministro del agua y saneamiento fracasaron, en abril de 2003, las empresas francesas y la empresa española iniciaron de acuerdo con las disposiciones de los TPPI entre Francia-Argentina y España-Argentina, respectivamente, un procedimiento arbitral ante el CIADI.

14. Tal y como ya hemos señalado con anterioridad, después de haberse constituido el tribunal, varias organizaciones no gubernamentales presentaron una solicitud el 27 de enero de 2005 pidiendo transparencia y participación en calidad de *amicus curiae* en dicho procedimiento arbitral.⁽²⁰⁾ Dicha solicitud planteaba las siguientes peticiones: a) la concesión a todos los peticionarios para acceder sin restricciones a todos los documentos del proceso, b) el poder concurrir a todas las audiencias que se celebren y c) la posibilidad de plantear sus argumentos legales al tribunal en carácter de *amicus curiae*. Estas peticiones se fundamentaban en una serie de argumentaciones entre las que destacaban la trascendencia pública e institucional del caso y el valor de la transparencia y la participación en el desarrollo progresivo del Derecho internacional.

El tribunal, tras haber consultado a las partes sobre esta cuestión, dictó una resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, el 19 de mayo de 2005.⁽²¹⁾ En la misma, se acepta parcialmente las peticiones formuladas. Así, se concedía a los peticionarios la posibilidad de realizar presentaciones *amicus curiae*, se denegaba la posibilidad de asistir a las audiencias y se dejaba para un momento procesal posterior la decisión sobre el acceso a la documentación del proceso.

(20) *Loc. cit.*

(21) *Loc. cit.*

En concreto, el tribunal denegó la posibilidad de tener acceso y asistir a las audiencias basándose en la entonces vigente Regla 32.2 de las Reglas de Arbitraje del CIADI que “*establece claramente que no pueden asistir a las audiencias otras personas que no sean las mencionadas específicamente en la Regla, a menos que tanto los demandantes como el demandado expresen afirmativamente su consentimiento. En este caso, los demandantes han manifestado claramente, en sus observaciones a la petición de 11 de marzo de 2005, que se oponen a la presencia de los peticionarios en las audiencias. Si bien, como se alega en la petición, el Tribunal tiene ciertos poderes inherentes con respecto al procedimiento arbitral, no está facultado para ejercer esos poderes en oposición a una directriz estipulada claramente en las Reglas de Arbitraje, habiendo tanto los demandantes como la demandada aceptado que las mismas regirán el procedimiento en este caso*”.⁽²²⁾

Con relación a la posible presentación de argumentos escritos como *amicus curiae*, sin embargo, el tribunal mantuvo una opinión diferente. Así, el tribunal tras comprobar que “*en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje del CIADI no se autoriza ni se prohíbe específicamente la presentación de escritos amicus curiae u otros documentos por personas que no sean partes en el caso. Además, hasta donde llega el conocimiento del Tribunal, ningún tribunal anterior funcionando en el marco de las Reglas del CIADI ha otorgado el carácter de amicus curiae a una persona que no sea parte en una diferencia ni tampoco ha aceptado presentaciones amicus curiae*”,⁽²³⁾ estimó que la definición de una presentación *amicus curiae* está comprendida en la definición contemplada en el artículo 44 del Convenio CIADI sobre cuestiones de procedimiento,⁽²⁴⁾ pues puede considerarse que es una medida tendente a ayudar al tribunal a cumplir su misión fundamental de adoptar una decisión correcta en el caso,

(22) Decisión cit., cdo. 6.

(23) Decisión cit., cdo. 9.

(24) El artículo 44 del Convenio CIADI señala: “*Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal*”.

por lo que aceptó dicha solicitud, aunque la sometió a una serie de condiciones.⁽²⁵⁾

La imposición de una serie de condiciones para la aceptación de los escritos *amicus curiae* se hizo depender de tres criterios básicos: a) la pertinencia del objeto del caso, b) la aptitud de cada persona que no sea parte para desempeñarse en calidad de *amicus curiae* en ese caso y c) el procedimiento utilizado para llevar a cabo y analizar dichas presentaciones. Tras aplicar los citados criterios, que permiten buscar un equilibrio entre los derechos de las partes y el desarrollo del proceso, el tribunal llegó a las siguientes conclusiones: a) que en el caso estaban presentes cuestiones de interés público,⁽²⁶⁾ b) que cada petionario debería

(25) Decisión cit., cdos. 10 a 16.

(26) Decisión cit., cdos. 18 y 19: “(...) Los peticionarios fundan su solicitud de participar como *amicus* en el hecho de que este caso involucra cuestiones de considerable interés público en razón de que la diferencia de fondo se refiere a sistemas de abastecimiento de agua y alcantarillado que atienden a millones de personas. Los demandantes, por otra parte, se oponen a esa caracterización alegando que “la importancia pública e institucional” del caso no existe” (párrafo 40) y que se trata simplemente de un caso en que los demandantes reclaman un supuesto derecho a compensación por la pretendida violación de sus derechos por la demandada.

19. Varias cortes han aceptado tradicionalmente la intervención de *amicus curiae* en litigios ostensiblemente privados porque esos casos involucran cuestiones de interés público y porque las decisiones que se adoptan en esos casos pueden afectar, en forma directa o indirecta, a otras personas además de las que intervienen directamente como partes en el caso. Tras examinar las materias planteadas en el presente caso, el Tribunal concluye que el mismo involucra potencialmente cuestiones de interés público. En este caso se analizará la legalidad en el marco del derecho internacional, y no del derecho privado interno, de varias acciones y medidas adoptadas por gobiernos. También está en juego la responsabilidad internacional de un Estado –la República Argentina–, en contraposición a la responsabilidad de una empresa, que emana del derecho privado. Si bien es verdad que estos factores son ciertamente cuestiones de interés público, también es cierto que están presentes en virtualmente todos los casos de arbitraje iniciados en el marco de tratados de inversiones en el ámbito de la jurisdicción del CIADI. El factor por el cual este caso reviste especial interés público consiste en que la diferencia relativa a inversiones gira en torno a los sistemas de distribución de agua y alcantarillado de una extensa zona metropolitana: la ciudad de Buenos Aires y los municipios que la rodean. Esos sistemas proporcionan servicios públicos básicos a millones de personas y, en consecuencia, podrían plantear una amplia gama de cuestiones complejas en materia de derecho público e internacional, incluidas consideraciones relativas a derechos humanos. Toda decisión emitida en este caso, sea a favor de los demandantes o de la demandada, tiene el potencial de afectar el funcionamiento de esos sistemas y, por consiguiente, a la población que los mismos atienden”.

presentar previamente sus “méritos” ante el tribunal para que éste estimase si le concedía la posibilidad de presentar su escrito *amicus curiae*,⁽²⁷⁾ y c) que el tribunal era el competente para decidir qué momento procesal era el idóneo para la presentación de dichos escritos.⁽²⁸⁾

Tras estas consideraciones, el tribunal utilizó un último argumento de vital importancia para aceptar una mayor transparencia y la participación de terceros en un procedimiento arbitral CIADI: la propia legitimidad del sistema arbitral internacional. En efecto, ante las persistentes críticas recibidas de falta de transparencia y de obviar los intereses públicos por parte del sistema arbitral internacional, el tribunal consideró que la mejor manera de responder a las mismas era aceptar la petición recibida. En concreto, este tribunal señaló que *“la aceptación de las presentaciones amicus también tendría como consecuencia beneficiosa adicional el incremento de la transparencia en el procedimiento de arbitraje entre inversionistas y Estados. Una mayor apertura y un mayor conocimiento sobre la forma en que se conducen estos procedimientos reforzaría la aceptación de la opinión pública y la legitimidad del sistema arbitraje internacional, en particular cuando involucran a Estados y materias de interés público. Es este imperativo el que ha impulsado el aumento de la transparencia en los procedimientos de arbitraje de la Organización Mundial del Comercio y el Tratado de Libre Comercio de América del*

(27) Decisión cit., cdo. 24: *“El objetivo de las presentaciones amicus es ayudar al Tribunal a arribar a la decisión correcta, proporcionándole argumentos, conocimientos especializados y perspectivas que las partes puedan no haber presentado. En consecuencia, el Tribunal sólo aceptará dichas presentaciones cuando sean realizadas por personas que establezcan, a entera satisfacción del mismo, que poseen los conocimientos especializados, la experiencia y la independencia necesaria para contribuir a la solución del caso. Para que el Tribunal pueda determinar si se cumplen esas condiciones, cada persona que no sea parte y desee presentar un escrito amicus curiae debe solicitar primero la anuencia del Tribunal para realizar una presentación amicus”.*

(28) Decisión cit., cdo. 29: *“Si el Tribunal decide conceder a una determinada parte no contendiente permiso para presentar un escrito amicus curiae, determinará en ese momento el procedimiento apropiado aplicable a tal presentación. El objetivo de dicho procedimiento será permitir que un amicus curiae aprobado presente sus puntos de vista, procurando al mismo tiempo proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes. En este último contexto, el Tribunal pondrá su mayor empeño para establecer un procedimiento que permita salvaguardar el debido proceso y el trato equitativo, así como la eficiencia de los procedimientos. El Tribunal considera que no es necesario ni apropiado formular ese procedimiento actualmente, en razón de no existir un amicus curiae aprobado”.*

Norte. A través de la participación de representantes idóneos de la sociedad civil en los casos apropiados, el público adquirirá un mejor conocimiento de los procedimientos del CIADI”.⁽²⁹⁾

15. Como consecuencia de esta Resolución, el 1 de diciembre de 2006 las cinco ONGs presentaron ante el tribunal arbitral su solicitud de autorización para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae*, en la que en atención a las cuestiones de interés público suscitadas se solicitaban dos peticiones: a) que se les concediera la oportunidad para realizar una presentación escrita en calidad de *amicus curiae*, en la forma y en el tiempo que el tribunal determinase, a fin de aportar los argumentos y perspectivas que pudieran contribuir a una mejor y más comprensiva resolución del caso y b) que se les concediera acceso suficiente y sin restricciones a los documentos procesales producidos durante el arbitraje.

Una vez recibida dicha solicitud, se dió traslado de la misma a las partes para que realizasen las observaciones que considerasen oportunas, y así mientras que el demandado no presentó objeción alguna, los demandantes solicitaron al tribunal que rechazase tales peticiones ya que no estaban en juego intereses públicos y, por otra parte, esta intervención tendría efectos perjudiciales sobre el desarrollo del procedimiento arbitral.

16. En la citada Resolución en respuesta a la solicitud de autorización de cinco organizaciones no gubernamentales para realizar una presentación en calidad de *amicus curiae*, de 12 de febrero de 2007, el tribunal viene a decidir sobre la petición realizada.

Así, en primer lugar, el tribunal hace referencia a la primera de las peticiones consistente en poder presentar un escrito *amicus curiae*. En este caso, y tal como ya había señalado en su anterior Resolución de 19 de mayo de 2005, es preciso demostrar por parte de los peticionarios su idoneidad para hacer una presentación de este tipo. Para ello, es importante señalar cómo desde la adopción de la citada Resolución del 2005 se ha introducido una nueva Regla 37.2 de Arbitraje que viene a regular la intervención de los terceros en un procedimiento arbitral

⁽²⁹⁾ Decisión cit., cdo. 22.

CIADI.⁽³⁰⁾ El tribunal, por tanto, y aunque señala que tal Regla no era aplicable al caso, corrobora que la misma coincide con los criterios que ya habían sido identificados en su anterior Resolución para juzgar la idoneidad de los peticionarios, a saber: posesión de conocimientos especializados, experiencia e independencia. Aplicados dichos criterios al caso concreto, el tribunal termina señalando que *“la petición proporciona suficiente información para demostrar que los cinco peticionarios son organizaciones no gubernamentales respetadas y que, como grupo, han desarrollado conocimientos especializados y tienen experiencia en materias sobre derechos humanos, medio ambiente, y la provisión de servicios públicos. Más aún, la petición señala que ellos son independientes de cualquiera de las partes en este arbitraje. Las demandantes no refutaron ninguna de las afirmaciones efectuadas por los Peticionarios sobre este particular ni objetaron de manera alguna la idoneidad de los peticionarios para actuar como amici en cuanto a sus conocimientos especializados, experiencia o independencia. El Tribunal concluye que los peticionarios han demostrado su idoneidad para hacer presentaciones en calidad de amicus en este caso”*.⁽³¹⁾

Una vez examinada la idoneidad de los peticionarios, el tribunal entra a valorar si en este asunto concreto puede estimarse que están

⁽³⁰⁾ Regla 37.2 de Arbitraje: *“(2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia. Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:*

- (a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;*
- (b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;*
- (c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.*

El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”.

⁽³¹⁾ Resolución cit., cdo. 15.

involucrados intereses públicos que hacen posible la presentación de un escrito *amicus curiae*. Para el tribunal, a pesar de la renuncia a seguir siendo parte demandante de la sociedad argentina constituida al efecto para llevar a cabo la ejecución de la concesión –AASA–, tal renuncia no cambiaba la naturaleza del caso ya que “*debido a la importancia de las cuestiones en disputa en el presente arbitraje y la notoriedad de los laudos del CIADI, no se puede excluir que una próxima decisión en el presente procedimiento influya en la manera como los gobiernos y los inversionistas extranjeros que operan en la industria del agua enfoquen las concesiones e interactúen cuando tropiecen con dificultades*”.⁽³²⁾ Además, con relación a la oposición mostrada por los demandantes referida a que la petición en este caso no persigue ofrecer ningún elemento fáctico nuevo sino únicamente realizar argumentos jurídicos inapropiados para el papel que le corresponde a un *amicus curiae*, el tribunal rechaza tal objeción pues el papel tradicional de un *amicus curiae* es ofrecer a la autoridad decisoria argumentos, perspectivas y conocimientos especializados que las partes litigantes quizás no presenten con el fin de ayudar a aquella a tomar una decisión. Tales argumentos, perspectivas y conocimientos especializados pueden referirse a cuestiones jurídicas, a fácticas o incluso a la aplicación de normas jurídicas a los hechos, o dicho en otras palabras, pueden ayudar al tribunal “*en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquellos de las partes en la diferencia*” –Regla 37.2 de Arbitraje–. Por último, y en relación con la objeción presentada por los demandantes de que dicha petición perjudicaría el desarrollo normal del procedimiento arbitral, el tribunal estimó que “*hay suficiente tiempo para permitir una presentación amicus por parte de los Peticionarios y para recibir las observaciones de las partes antes del comienzo de la audiencia, integrando de esta manera el proceso de amicus al curso general del procedimiento de arbitraje*”.⁽³³⁾

Tras aceptar, en consecuencia, la presentación de un escrito *amicus curiae*, el tribunal tomando en consideración lo contemplado en la Regla 37.2 de Arbitraje referida a la necesidad de establecer un

(32) Resolución cit., cdo. 18.

(33) Resolución cit., cdo. 21.

procedimiento que permita salvaguardar los derechos sustantivos y procesales de las partes, fijó una serie de condiciones para dicha presentación, destacando que la misma habría de ser conjunta y con un límite de espacio y sin posibilidad de documentación anexa. Además, este escrito habría de ser transmitido a las partes quienes podrían hacer observaciones al mismo antes de la audiencia oral.

17. Por otra parte, respecto a la segunda de las peticiones de las ONGs consistente en la posibilidad de acceder a la documentación procesal del procedimiento arbitral, el tribunal recuerda que los demandantes se han opuesto a dicha solicitud. Por lo tanto, tomando en consideración que la nueva Regla 37.2 no contempla esta cuestión, y que además, a juicio del tribunal, en este caso, los peticionarios parecen contar con suficiente información sobre el mismo para poder ofrecer su visión sobre las cuestiones generales planteadas, no se concede tal petición, ya que debe subrayarse que *“el papel de un amicus curiae no es el de cuestionar los argumentos o pruebas presentados por las partes. Este es función de las partes. El papel de los peticionarios, en su capacidad de amicus curiae, es proveer sus perspectivas, conocimientos especializados y argumentos para ayudar al Tribunal”*.⁽³⁴⁾

4. CONCLUSIÓN: UNA PUERTA ENTRABIERTA AL PROCEDIMIENTO ARBITRAL CIADI PARA LOS TERCEROS

18. Tras las primeras aplicaciones por parte de los dos tribunales arbitrales de las nuevas Reglas de Arbitraje CIADI incluidas para dotar a este procedimiento arbitral de una mayor transparencia y lograr una mayor participación de los terceros, se pueden extraer algunas conclusiones:

- a) Un tercero que desee presentar un escrito *amicus curiae* debe primero y antes de nada, solicitar ante el tribunal dicha posibilidad. Esta conclusión que puede fácilmente extraerse de lo ocurrido en los dos asuntos analizados puede también derivarse de la lectura de la Regla 37.2 de Arbitraje cuando señala que: *“Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o*

⁽³⁴⁾ Resolución cit., cdo. 25.

entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla “parte no contendiente”) que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia”. Si el Tribunal ha de consultar a ambas partes es porque con anterioridad a dicha consulta, los terceros ya habrán solicitado participar.

- b) Una segunda conclusión fácilmente derivada de esta primera: Una vez solicitado, el tribunal debe obligatoriamente pedir a las partes en el procedimiento arbitral su opinión sobre dicha intervención. Esta opinión de las partes, sin embargo, no vincula al tribunal arbitral, cuestión que por otra parte, se ha podido ver de manera clara en los asuntos estudiados donde las dos partes demandantes se oponían a la intervención de las ONGs como *amicus curiae*.
- c) Ante el silencio de la Regla 37.2 de Arbitraje, no parece que el tribunal está obligado a que una vez enviadas por las partes sus observaciones sobre la intervención o no de un tercero como *amicus curiae*, el tribunal tuviese que remitir dichas observaciones a este tercero con anterioridad que el propio tribunal tomase su decisión. Así, parece desprenderse de lo ocurrido en el asunto *Biwater c. Tanzania* donde el tribunal expuso sus dudas sobre tal conducta.
- d) La Regla 37.2 de Arbitraje no obliga al tribunal arbitral a conceder la posibilidad de presentar un escrito *amicus curiae* siempre que así se le solicite. Por el contrario, esta es una cuestión que queda en manos de los árbitros que habrán de tomar en consideración las circunstancias y vicisitudes que rodean a dicha petición. En concreto, el tribunal arbitral habrá de enjuiciar los factores que enumera la Regla 37.2 de Arbitraje y que han sido analizados en los asuntos estudiados: 1) que la presentación del tercero ayude al tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia, 2) que dicho escrito del tercero se refiera a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia y 3) que el tercero ha de tener un interés significativo en el procedimiento.
- e) El tribunal arbitral siempre se ve sometido en su actuación a lo señalado en la última frase de la Regla 37.2 de Arbitraje que señala

que aquél “deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente”. Ello se ha traducido en la práctica en estos asuntos en que los árbitros han obligado a que el escrito *amicus curiae* sea realizado de forma conjunta, con un espacio limitado y sin poder aportar documentación anexa. Además, tal y como indica esta Regla, las partes siempre podrán realizar sus observaciones posteriores a la presentación de este escrito con lo que obligatoriamente les tendrá que ser remitido éste por parte del tribunal arbitral.

- f) Ya que la Regla 37.2 de Arbitraje no ha contemplado el acceso de un *amicus curiae* al expediente, dicha solicitud deberá ser evaluada caso por caso por el tribunal arbitral correspondiente teniendo en cuenta que el tercero ha de contar con “información suficiente” para poder presentar perspectivas, conocimientos o visiones particulares que puedan ayudar al tribunal. En esta evaluación, el tribunal ha de sopesar que la intervención del tercero mediante la presentación de su escrito no es el de cuestionar los argumentos o pruebas presentados por las partes.
- g) Por último, y con relación a dotar de mayor transparencia a las actuaciones orales del tribunal mediante la asistencia de personas distintas a las partes, la nueva Regla 32.2 de Arbitraje es clara: siempre habrá de contarse con la aprobación de las partes. En consecuencia, el tribunal no tiene un margen de apreciación en estas situaciones cuando una de las partes se oponga a esta solicitud de un tercero, tal y como por otra parte nos han mostrado los asuntos estudiados.

19. De las anteriores reflexiones, me gustaría extraer una conclusión final: Aunque no cabe duda de que las modificaciones aportadas a las Reglas de Arbitraje del CIADI han supuesto un cambio a favor de una mayor transparencia y participación de los terceros en el procedimiento arbitral, la puesta en práctica de la mismas nos muestra que la “puerta” del arbitraje no ha quedado abierta de par en par, sino que más bien permanece “entreabierta”. Aún así, bienvenida sea. ▲

✍ JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ(*)
IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE(**)

La prejudicialidad civil de los procedimientos arbitrales sobre los judiciales

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La litispendencia.* 2.1. *La primera fuente de la que beberemos es el derecho positivo del país en el que se desenvuelva la labor del órgano judicial al que queramos plantear esta cuestión.* 2.2. *Los convenios internacionales.* 2.3. *La jurisprudencia.* 3. *La prejudicialidad civil.* 3.1. *La LEC de 1881.* 3.2. *La LEC de 2000.* 3.3. *Los tratados internacionales.* 3.4. *La jurisprudencia.* 4. *La prejudicialidad civil de un arbitraje sobre un proceso judicial.* 4.1. *El supuesto de hecho.* 4.2. *La naturaleza jurisdiccional del arbitraje.* 4.3. *Los efectos de cosa juzgada material del laudo.* 4.4. *Los requisitos para apreciar la prejudicialidad.* 4.5. *El alcance del término "Tribunal civil".* 4.6. *Las resoluciones de los dos Juzgados de Barcelona que analizaron la materia.* 5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Se dice, no sin razón, que la prueba de fuego del sistema arbitral en cualquier país es su nivel de aceptación por la judicatura. Una buena legislación arbitral e, incluso, un adecuado nivel de inclusión de cláusulas arbitrales por los agentes económicos puede resultar ineficaz desde el punto de vista de la utilización del arbitraje como un método de resolución de disputas ágil y eficiente si éste no encuentra el adecuado respaldo entre quienes encarnan el Poder Judicial.

(*) Socio Director del Departamento Procesal de Clifford Chance España.

(**) Socio del Departamento Procesal de Clifford Chance España.

Los ejemplos de necesaria cooperación judicial con el tribunal arbitral son varios: el nombramiento de árbitros, la adopción o ejecución de medidas cautelares, la práctica de prueba en algunos supuestos y la ejecución del laudo.

En otros supuestos no se trata tanto de cooperación como de control, singularmente en el conocimiento y decisión de las acciones de impugnación de los laudos.

Sin embargo hay un aspecto, a nuestro juicio importante, que no suele aparecer mencionado en las leyes de arbitraje y que tampoco ha sido objeto de un tratamiento doctrinal reposado pero que resulta particularmente importante a la hora de enfrentarse a situaciones complejas en las que concurren una pluralidad de procedimientos judiciales y arbitrales.

Nos referimos a la necesaria coordinación de tales litigios para evitar situaciones de enfrentamiento o contradicción entre las sentencias y laudos que se puedan dictar al poner fin a esos procedimientos. Normalmente los derechos procesales nacionales y también los convenios internacionales regulan la litispendencia como el mecanismo idóneo, junto con el efecto de cosa juzgada material, para evitar las situaciones anteriormente descritas.

Ahora bien, existe otra figura que presenta sutiles diferencias con la litispendencia y que resulta enormemente útil, la denominada prejudicialidad civil.⁽¹⁾ En el caso del derecho español su introducción en el derecho positivo es muy reciente⁽²⁾ si bien hay que admitir que ya estaba reconocida en Convenios Internacionales en los que España era parte.⁽³⁾

(1) No vamos a tratar en este artículo la prejudicialidad penal por cuanto obedece a principios jurídicos y razones que difieren de su objetivo.

(2) Aparece por primera vez en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, que entró en vigor en enero de 2001.

(3) Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en ambos textos, el concepto de "prejudicialidad

El objeto de este trabajo es el examen de la figura de la prejudicialidad y el tratamiento de que ha sido objeto recientemente por varios Tribunales españoles en dos supuestos en los que se planteó la paralización de sendos procedimientos judiciales nacionales por existir un arbitraje internacional pendiente en el que se debían resolver una serie de cuestiones que podían afectar a la decisión que los órganos judiciales tuvieran que adoptar.

2. LA LITISPENDENCIA

La litispendencia es un concepto de origen romano⁽⁴⁾ que, en esencia, significa que hay una litis, un proceso abierto, en el que se ha ejercitado una determinada pretensión, que aún no ha sido resuelta de forma definitiva. Son varios los problemas que surgen en relación con esta institución pero los que nos atañen en este momento, por su inmediata relación con la cuestión que analizamos, son dos:

- a) El momento en que se debe entender producida la litispendencia (las tres opciones barajadas por la doctrina son: admisión de la demanda por el juez, emplazamiento al demandado o contestación a la demanda).
- b) Los efectos procesales de exclusión de otra litis sobre el mismo objeto.

Decimos que son estos y no otros los problemas que nos preocupan ahora porque la materia analizada en este trabajo no es otra que la coordinación entre procesos y para ello es fundamental saber cuáles son los requisitos que permiten que un proceso excluya a otro y cuándo se entiende iniciado, a estos efectos, aquél para evitar que avance el segundo por *mor* de la preexistencia del primero.

civil” se califica como de “conexidad” (artículo 22) si bien su fundamento es esencialmente el mismo). El Convenio de Bruselas de 1968 ha sido superado por el Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, cuyo artículo 28 trata también de la conexidad, si bien introduciendo matices respecto del texto del Convenio de Bruselas.

(4) PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, Federico, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1985, T. I, p. 825.

Para dar respuesta a estas cuestiones hay que acudir a tres fuentes, dos de ellas normativas y una jurisprudencial, sin despreciar, por supuesto, la valiosa aportación de la doctrina.

2.1. La primera fuente de la que beberemos es el derecho positivo del país en el que se desenvuelva la labor del órgano judicial al que queramos plantear esta cuestión

- a. En el caso de España, la litispendencia aparecía mencionada en el artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (“LEC”) de 3 de febrero de 1881 como una de las excepciones dilatorias (“*la litispendencia en el mismo o en otro Juzgado o Tribunal competente*”), que debían ser planteadas o bien con carácter previo a la contestación a la demanda, en cuyo caso suspendían el curso del proceso y hasta que no se resolviera sobre ella no había obligación de contestar a la demanda, o bien con la propia contestación a la demanda, en cuyo caso debía resolverse sobre ella antes de que el proceso avanzase puesto que se quería evitar tener que llegar a la sentencia para resolver sobre óbices procesales que impedían entrar en el fondo de la cuestión.

Las excepciones dilatorias, que tenían carácter tasado (artículo 533), tenían así un tratamiento de cuestiones previas que habían de resolverse anticipadamente. Sin embargo, esta materia sufrió cambios en la reforma realizada en la LEC por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la LEC, que instituyó como juicio tipo en España el procedimiento declarativo ordinario de menor cuantía por el tipo de materias que habían de tramitarse por este cauce. Una de las reformas fue la consistente en obligar al demandado a proponer en la contestación a la demanda todas las excepciones que tuviera a su favor, incluidas las llamadas dilatorias (artículo 687), respecto de las cuales el Juez resolvería en sentencia, absteniéndose de entrar en el fondo de la cuestión si se admitiese alguna de las dilatorias que lo impidiese.

De esta manera se renunciaba a conseguir el resultado buscado en la redacción inicial de la LEC que era la innecesariedad de llegar hasta sentencia para resolver cuestiones que impedían resolver sobre el fondo de la cuestión debatida. Bien es verdad que la

renuncia estaba justificada por el uso abusivo que históricamente se había hecho de las excepciones procesales para, en combinación con un sistema de recursos con efecto suspensivo, dilatar el proceso y evitar una sentencia sobre el fondo.

Por otra parte, el derecho positivo español reconocía la litispendencia pero no resolvía en qué casos ni cuándo se producía. Aunque no mencionaba expresamente el efecto de exclusión, se deducía de su tratamiento como excepción dilatoria puesto que, como hemos visto, su resolución favorable podía evitar entrar en el fondo de la materia litigiosa.

Ante este vacío, normalmente se acudía a la regulación de la cosa juzgada que contenía el artículo 1252 del Código Civil (curiosamente era en esta norma y no en la LEC donde se recogía el tratamiento de una institución tan inequívocamente procesal como es la cosa juzgada), sobre la base de que la litispendencia y la cosa juzgada partían de una identidad de razón –evitar la existencia de sentencias contradictorias– y se distinguían sólo por el momento en que se hacían valer (según el procedimiento que habría de producir efectos sobre el segundo no hubiese llegado a sentencia, en el caso de la litispendencia, o ya se hubiese dictado ésta, en el caso de la cosa juzgada).

Los requisitos que se establecían en este precepto eran: identidad de cosas, causas, personas de los litigantes y calidad con que lo fueron. El artículo 1252 del Código Civil establecía:

“Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron.

En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la presunción de cosa juzgada es eficaz contra terceros, aunque no hubiesen litigado.

Se entiende que hay identidad de personas siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los

que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirlos u obligación de satisfacerlas.”

Respecto al momento en que se producía el efecto de litispendencia, se deducía de diversos artículos, también del Código Civil,⁽⁵⁾ comentados luego por diversos autores,⁽⁶⁾ que era el momento de la admisión a trámite de la demanda.

Complemento indispensable de la litispendencia en la intención de evitar procesos con resultados dispares es el instituto de la acumulación de acciones y de autos, en terminología utilizada por la LEC de 1881.

La acumulación de acciones permitía que se discutieran en un mismo proceso y resolvieran en una misma sentencia (artículo 159), entre otras, las acciones que uno tuviese contra varios individuos, o varios contra uno, siempre que naciesen de un mismo título o se fundasen en una misma causa de pedir (artículo 156).

La acumulación de autos (o procesos) debería decretarse (artículo 161) cuando: 1º la sentencia que haya de dictarse en uno de los pleitos cuya acumulación se pida produzca excepción de cosa juzgada en el otro; 2º en Juzgado competente haya pendiente pleito sobre lo mismo que sea objeto del que después se haya promovido; 3º de seguirse separadamente los pleitos, se divida la contienda de la causa (lo que se produciría cuando haya entre dos pleitos identidad de personas, cosa y acción, según el artículo 162.1). También en el caso de la acumulación de autos el resultado

(5) Artículo 1973: “La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor.”; artículo 1100: “Incurrir en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.”; y artículo 1109: “Los intereses vencidos devengarán el interés legal desde que son judicialmente reclamados, aunque la obligación haya guardado silencio sobre este punto”.

(6) PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, cit., T. I, p. 85.

debería ser que se siguieran en un solo juicio y fueran terminados por una sola sentencia (artículo 186).

- b. Pues bien, *la LEC del año 2000*, que deroga la LEC de 1881 en todos los extremos mencionados, así como el artículo 1252 del Código Civil, también referido, regula las instituciones que hemos mencionado con mayor o menor detalle:
- La litispendencia y la cosa juzgada son mencionadas especialmente en sede de audiencia previa, momento procesal clave en la regulación del juicio ordinario que es el procedimiento por el que se tramitan los procesos que abarcan la mayoría de las materias de cierta importancia (artículo 249), además de operar con carácter residual (artículo 248).

Existen, no obstante, otros lugares de la LEC en que se hace referencia a estas figuras.

- La acumulación de acciones y procesos (ha desaparecido la denominación acumulación de autos de la LEC decimonónica) se regulan extensamente en los artículos 71 y siguientes.

Veamos la respuesta que se da, en el caso de la litispendencia, a las preguntas que nos hemos formulado:

- a. *“La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida”* (artículo 410).
- b. La litispendencia y la cosa juzgada se tratan como cuestiones procesales que pueden impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo (artículo 416.2), que han debido ser planteadas en la contestación a la demanda (artículo 405.3) y que deben ser resueltas oralmente en la misma audiencia o en un auto que se pronuncie sobre ellas en los cinco días siguientes a la audiencia (artículo 421).

Para entender el concepto de cosa juzgada hay que tener en consideración el artículo 421 (dedicado a la resolución en la audiencia

previa sobre los casos de litispendencia o cosa juzgada) y el 222 (relativo a la cosa juzgada material).

El artículo 421.1 habla de identidad de objeto en los términos del artículo 222.2 y 3 (el objeto se concreta en las pretensiones y su fundamento y las partes deben entenderse en cuanto son definidas por el artículo 222.3).

La íntima conexión entre litispendencia y cosa juzgada, no sólo se deriva del tratamiento conjunto que reciben en los artículos 416.1.2 y 421, sino que es explícita en la literalidad del numeral 1 de este mismo artículo al decir: *“cuando el Tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico (cosa juzgada) (...) dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento”*.

Por lo que se refiere a la acumulación, la nueva LEC sigue distinguiendo entre acumulación de acciones (en la que no se aprecia ninguna diferencia con el régimen anterior, a los efectos que nos ocupan) y de procesos. En este segundo caso el artículo 76 expone los casos en que procede:

- a. *“Cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro”* (lo que nos lleva a la cuestión de la prejudicialidad sobre la que volveremos más adelante).
- b. *“Cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pide exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes”*.

El importante artículo 78 señala que *“no procederá la acumulación de procesos cuando el riesgo de sentencia con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia”*.

Así pues, contemplamos como la LEC considera a la litispendencia como un primer medio para evitar la existencia de sentencias contradictorias; a la acumulación, como una opción de segundo

grado (siendo así que la prejudicialidad está muy vinculada a aquélla); y la cosa juzgada opera en el último momento, cuando el proceso inicial ya ha concluido.

2.2. Los convenios internacionales

El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ya recogía la figura de la litispendencia, que se distinguía, en requisitos y efectos, de la conexidad.

Posteriormente, el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, sobre idéntica materia, mantiene los mismos conceptos que el de Bruselas de 1968, pero con un ámbito subjetivo más amplio puesto que no sólo se extendía a los países de la Comunidad Económica Europea sino también a los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio.

Como ya dijimos con anterioridad, el Convenio de Bruselas de 1968 ha sido superado por el Reglamento CE 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, del Consejo, cuyo artículo 28 trata también de la conexidad, con matizaciones respecto del antiguo texto del artículo 22 del Convenio de Bruselas.

2.3. La jurisprudencia

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la anterior a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 delimitaba el concepto de litispendencia en el modo que se desprende, por ejemplo, de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1990:

“En sentido estricto, se entiende por «litispendencia» la situación concreta en virtud de la cual queda vedada tanto a la parte actora como a la demandada la válida incoación de un proceso ulterior con el mismo objeto, ya sea ante el mismo o ante otro Juez o Tribunal (...) que impide que puedan seguirse simultáneamente procesos entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, es decir, con las mismas identidades subjetiva, objetiva y causal (...). Con esa finalidad se configura en el derecho

procesal español como excepción 5ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con el carácter de dilatoria”.

El Tribunal Supremo español, sin embargo, adoptaba en ocasiones una postura amplia sobre el concepto de litispendencia, manifestando que existía la denominada “impropia” cuando un primer pleito podía interferir en el devenir de un segundo.

Así, la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo español de 25 de noviembre de 1993 establecía con claridad:

“Aunque, en términos generales, la Jurisprudencia exige para que se dé la litispendencia las tres identidades precisas para la cosa juzgada a que se refiere el artículo 1252 del Código Civil, también la ha apreciado cuando el pleito anterior, interfiere o prejuzga el segundo pleito”.

3. LA PREJUDICIALIDAD CIVIL

Siguiendo el esquema empleado en el caso de la litispendencia empezaremos por el derecho positivo nacional, para continuar con los tratados internacionales y concluir con la jurisprudencia.

3.1. La LEC de 1881

No reconocía el concepto de prejudicialidad civil.

Es cierto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal del 14 de septiembre de 1882 establecía la prejudicialidad penal al afirmar en su artículo 114, que *“promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal”*.⁽⁷⁾

(7) El artículo 40 de la LEC de 2000 cambia el sistema (véanse los artículos 40 y ss.) puesto que la suspensión, además de que sólo se produce una vez que el proceso esté pendiente de sentencia, precisa que la decisión del Tribunal penal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil, evitando de esta forma la utilización abusiva del proceso penal como forma para detener el curso de un pleito civil.

El Tribunal penal sólo tenía atribuida la competencia para decidir sobre cuestiones civiles propuestas con motivo de los hechos perseguidos cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que fuese racionalmente imposible su separación (artículos 3 a 7 de la LECr).

A pesar de que la prejudicialidad sólo estaba contemplada en el derecho positivo penal, algunos autores ya mencionaban el efecto prejudicial de un proceso civil sobre otro de las mismas características al referirse a la cosa juzgada.

En concreto, podemos citar a los Profesores Gómez Orbaneja y Herce Quemada⁽⁸⁾ que afirmaban:

“Lo que ha sido ya objeto de una sentencia puede coincidir estrictamente con el objeto deducido en el ulterior proceso, o puede constituir respecto de este objeto un elemento prejudicial. Sólo en el primer caso la cosa juzgada es susceptible de excluir el pleito ulterior. En el segundo caso, lo juzgado puede alegarse, y tanto por el demandado, como excepción, como por el demandante, para pedir al juez que en su sentencia parta de ello. Pues bien: el artículo 544, pese a que el legislador no ha distinguido en parte alguna con claridad ambas funciones de cosa juzgada, la negativa o preclusiva, y la positiva o prejudicial, parece referirse a ella en el primer sentido. En virtud de esta norma, se hace valer la excepción para excluir el segundo proceso, y no para determinar a tenor de ella una resolución de fondo”.

3.2. La LEC de 2000

La nueva ley rituaría sí introduce expresamente la categoría de la prejudicialidad civil.

⁽⁸⁾ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio / HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, 8ª. ed., Madrid, 1979, pp. 274-275.

La propia Exposición de Motivos hace eco de este acontecimiento⁽⁹⁾ que luce en el artículo 43 bajo el título “Prejudicialidad Civil”:

“Cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto Tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el Tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”.

La LEC de 2000 admite, pues, en nuestro derecho positivo procesal un concepto necesario, la prejudicialidad, tendente a evitar que se puedan producir sentencias contradictorias como consecuencia de dos procedimientos seguidos en paralelo, siendo recomendable que se decida en primer lugar la cuestión prejudicial, por su posible incidencia en el otro procedimiento.

Se pone así fin a una larga tradición establecida por el Tribunal Supremo español, en virtud de la cual, inexistente el concepto positivo de la prejudicialidad hasta el año 2000, se interpretaba de forma amplia el concepto de litispendencia, como ya hemos expuesto con anterioridad, cuando verdaderamente son dos realidades jurídicas distintas que obedecen a la protección de intereses distintos.

En efecto, mientras que la litispendencia trata de evitar que se puedan dictar dos sentencias o resoluciones sobre el mismo objeto, la prejudicialidad, básicamente, trata de evitar que se puedan dictar sentencias que puedan ser contradictorias entre sí, impidiendo una correcta ejecución de las mismas.

⁽⁹⁾ Último párrafo del Expositivo VII: “Se prevé, además, el planteamiento de cuestiones prejudiciales no penales con posibles efectos suspensivos y vinculantes, cuando las partes del proceso civil se muestren conformes con dichos efectos. Y, finalmente, se admite también la prejudicialidad civil, con efectos suspensivos, si no cabe la acumulación de procesos o uno de los procesos se encuentra próximo a su terminación”.

Véase, por ilustrativa, la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala 1ª, de lo civil, del 27 de octubre de 1995, cuando establecía:

“La litispendencia ha de acogerse cuando un proceso civil sea prejudicial respecto a otro de igual naturaleza aunque las acciones ejercitadas sean diferentes, pues si no se diera la excepción se dividiría la continencia de la causa y podrían producirse sentencias contradictorias, de imposible ejecución simultánea”.

3.3. Los tratados internacionales

La diferencia entre litispendencia y prejudicialidad ya se reconocían en el Convenio de Bruselas de 1968, en el Convenio de Lugano de 1988, así como en el Reglamento CE 44/2001, antes citado, en cuyo artículo 28.3 se lee:

“Se considerarán conexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”.

En interpretación de este precepto (y del artículo 22 del Convenio de Bruselas de 1968) la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea nos explica qué debe entenderse por conexidad y cuál es el fundamento de la figura.

3.4. La jurisprudencia

A los efectos de entender el concepto de prejudicialidad (o conexidad) la Sentencia del pleno del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 6 de diciembre de 1994 (caso Taty) nos dice:⁽¹⁰⁾

“A tenor del párrafo tercero del artículo 22 del Convenio de Bruselas de 1968, se considerarán conexas, a efectos del citado

⁽¹⁰⁾ Párrafos 51 a 53.

artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente.

El objetivo de esta disposición es evitar que haya resoluciones judiciales contradictorias, asegurando así una buena administración de justicia de la Comunidad. Además, como la expresión conexidad no cubre la misma noción en todos los Estados miembros, el párrafo tercero da una definición de la misma. En consecuencia, debe afirmarse que el concepto de conexidad definido en dicha disposición debe interpretarse de forma autónoma.

Para alcanzar el objetivo de una buena administración de justicia, esta interpretación debe ser amplia y comprender todos los supuestos en los que exista un riesgo de soluciones contradictorias, aun cuando las resoluciones puedan ejecutarse separadamente y sus consecuencias jurídicas no sean mutuamente excluyentes”.

La doctrina jurisprudencial expuesta anteriormente fue posteriormente seguida por numerosas resoluciones de los Tribunales comunitarios. Cabe destacar la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) de 13 de julio de 2006, cuando dispuso:

“La formulación utilizada por el Tribunal de Justicia en la sentencia Kafelis antes citada recoge la redacción del artículo 22 del Convenio de Bruselas, según el cual se considerarán conexas las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente. El citado artículo 22 fue interpretado en la sentencia de 6 de diciembre de 1994 (Tatry) en el sentido de que, para que haya conexidad entre dos demandas, basta que el hecho de que se tramiten y se juzguen de manera separada implique el riesgo de resoluciones contradictorias, sin que sea necesario que

implique el riesgo de dar lugar a consecuencias jurídicas mutuamente excluyentes.

El alcance dado por la sentencia Tatry, antes citada, al concepto de resoluciones «inconciliables» en el contexto del artículo 22 del Convenio de Bruselas es más amplio que el atribuido a ese mismo concepto por la sentencia de 4 de febrero de 1988 (Hoffman), en el contexto del artículo 27, número 3, de dicho Convenio, que establece que una resolución dictada en un Estado contratante no se reconocerá si fuere inconciliable con una resolución dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido”.

En definitiva, el instituto de la prejudicialidad, tal y como aparece configurado en la LEC, ya citada, así como en el Reglamento CE 44/2001, tiene por objeto llevar a cabo una mejor coordinación de la función de juzgar, evitando la incoherencia y la contradicción de las resoluciones, aun cuando estas últimas fuesen susceptibles de ejecución separada.

4. LA PREJUDICIALIDAD CIVIL DE UN ARBITRAJE SOBRE UN PROCESO JUDICIAL

Sentado así el punto de partida conceptual sobre las figuras a las que nos enfrentamos, debemos preguntarnos si la prejudicialidad, como figura creada para evitar resoluciones contradictorias, puede ser también aplicable respecto de un procedimiento arbitral, de modo que, en virtud de la existencia de éste, se suspenda la tramitación de un proceso judicial.

La respuesta debe ser, a nuestro juicio, afirmativa.

A pesar de que pueda parecer una conclusión sencilla, no lo es en el fondo pues hemos de advertir que el instituto de la prejudicialidad no se contempla en el derecho positivo español que regula el arbitraje (en concreto, ni en la Ley Nacional 60/2003 sobre Arbitraje, ni en el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras).⁽¹¹⁾

⁽¹¹⁾ Al que se adhirió España en virtud del instrumento de 29 de abril de 1977.

La razón que nos llevó a estudiar esta cuestión fue la existencia de una controversia en la que surgió la necesaria discusión sobre la litispendencia y prejudicialidad, por su especial incidencia en el procedimiento.

4.1. El supuesto de hecho

En el año 2001 se firmó un contrato entre una parte, como vendedora, y otra parte, como compradora, en virtud del cual la parte vendedora transmitió a la parte compradora un grupo de empresas.

Para la solución de disputas, las partes pactaron la siguiente cláusula de sumisión:

Arbitraje

20.1 Todos los conflictos, controversias o disputas resultantes de, o relacionados con este contrato, incluyendo el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, serán definitivamente resueltos conforme a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por un árbitro nombrado de conformidad con dichas reglas.

20.2 El lugar del arbitraje deberá ser Madrid.

20.3 El idioma del arbitraje será el inglés.

20.4 Cada una de las partes acuerda no iniciar un procedimiento en relación con este contrato de ninguna otra forma, y expresamente se compromete a cumplir con el laudo arbitral conforme sea emitido.

20.5 No obstante lo anterior y como única excepción a ello, los vendedores estarán también facultados para acudir a los Tribunales de la jurisdicción del comprador o de la sociedad matriz en relación con cualquier reclamación que puedan tener frente al comprador o la sociedad matriz”.

El primer problema que planteaba la cláusula, totalmente ajeno a la materia objeto de este comentario, es el resultante de facultar a la parte vendedora para elegir entre dos foros, el judicial o el arbitral,

mientras que el comprador solamente podría presentar una eventual reclamación ante un tribunal arbitral constituido al amparo del Reglamento de la CCI. La cláusula fue considerada como válida por el árbitro designado por la CCI y el laudo tampoco fue impugnado por esta razón.

En el mes de noviembre de 2002, el comprador informó al vendedor que se negaba a pagar parte del precio de la compraventa porque creía que había sido engañado en el proceso de negociación, a lo que el vendedor contestó que o se pagaba el precio pactado o se iniciarían las acciones judiciales oportunas.

Al no llegarse a un acuerdo:

- En el mes de noviembre de 2002, el vendedor presentó una primera demanda ante los Juzgados de la ciudad de Barcelona (domicilio del comprador) reclamando el pago de parte del precio con base en unas condiciones especiales establecidas en el contrato de compraventa.
- Por su parte, el comprador, en cumplimiento de la cláusula de arbitraje, presentó una solicitud de arbitraje ante la Secretaría de la CCI en el mes de diciembre de 2002, en la que reclamaba una minoración del precio de la compraventa como consecuencia del engaño que decía haber padecido;
- Finalmente, el vendedor, en el mes de enero de 2003, también en aplicación de la cláusula de sumisión a fuero, presentó dos nuevas demandas ante los Juzgados de la ciudad de Barcelona en reclamación de dos partidas del precio fijo pactado, que no habían sido pagadas por el comprador, al haber solicitado la minoración del precio en el seno del arbitraje.

Evidentemente se planteaba un problema puesto que, de admitirse la demanda del comprador, el precio disminuiría sustancialmente, lo que incidiría de forma directa en las dos últimas acciones ejercitadas por la parte vendedora ante los Juzgados de la ciudad de Barcelona.

Otra dificultad añadida era que los procesos judiciales no eran susceptibles de acumulación al arbitral, pues no existe vía jurídica para poder acumular un proceso arbitral a un proceso judicial, y viceversa.

Para solventar la cuestión, el comprador acudió a la vía de la prejudicialidad civil, haciéndose valer la preferencia del arbitraje sobre los procedimientos judiciales iniciados por el vendedor en el mes de enero de 2003, por razón de la materia que se discutía en aquél, cuya decisión podía afectar a éstos, circunstancia que fue finalmente admitida por los dos Juzgados de Barcelona que conocían de las dos últimas demandas presentadas por los vendedores.

Hasta donde sabemos sólo existe un precedente en España de este tipo, aunque no idéntico.

La Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia del 25 de julio de 2002 contempló la posibilidad de que un arbitraje fuese considerado como prejudicial a efectos de la admisión de la excepción de litispendencia. Sin embargo, esta importante Sentencia no analizó en profundidad el sentido de la prejudicialidad tal y como se contempla ahora en el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se pronunciaba así esta resolución:

“Dados los términos en que aparecen formuladas, es indudable la interferencia y el carácter prejudicial que la decisión arbitral tiene respecto de dichas pretensiones, en cuanto que uno de los presupuestos de los que depende la virtualidad de su acción, es el relativo a la existencia de un crédito de la contratista frente a la promotora, cuando precisamente ese constituye el tema esencial del arbitraje, determinar cuál de ellas es acreedora y cuál deudora y fijar, en su caso, el importe de la deuda. De no apreciar la litispendencia, cabría la posibilidad de que los fallos o las decisiones fuesen contradictorios(...). Por último, no se opone a ello el alegato de la actora de no ser juicios de la misma naturaleza, ya que las cuestiones planteadas en uno y otro son coincidentes, su carácter civil es incuestionable y además el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada (...).”

Por su parte, los vendedores plantearon una cuestión de litispendencia, en virtud de la cual sostuvieron que el arbitraje debía

suspenderse pues los vendedores habían iniciado un primer procedimiento judicial en el mes de noviembre de 2002 que generaba esa especial situación procesal.

El árbitro designado por la CCI dictó un laudo parcial, desestimando la petición de litispendencia propuesta por los vendedores, en el que se expresó lo siguiente:

“En relación con las partes hay poco que decir, pues su completa identidad es clara y evidente. Tampoco supone gran relieve el hecho que los papeles del demandante/demandado se hayan invertido en uno y otro procedimiento (...).

Sin embargo, las acciones emprendidas se fundamentan en artículos claramente diferenciados del contrato de compraventa (...) entre las que no hay interferencia relativa a la nulidad o invalidez (...) por lo que claramente no existe litispendencia.”

4.2. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje

La institución del arbitraje, de larga trayectoria normativa en nuestro país, tiene reconocida, doctrinal y jurisprudencialmente, una naturaleza público-procesal, contractual en su origen, en tanto y en cuanto el sometimiento de las partes depende de su voluntad; y jurisdiccional en cuanto a sus efectos, dado que éstos vienen contemplados en la ley y son los mismos para el laudo que para la sentencia.

Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional español al respecto no ofrecen dudas al destacar esa naturaleza mixta, considerando al arbitraje como un auténtico “equivalente jurisdiccional” (Sentencias del Tribunal Constitucional 288/1993 y 174/1995), y disponiendo, por tanto, su compatibilidad constitucional con el artículo 24.1 de la Constitución española de 1978.

En palabras del Tribunal Constitucional “*el arbitraje es un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que en la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada.*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1991).

El mismo Tribunal también se pronunció sobre la inalterabilidad del laudo afirmando que la “*inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 288/1993).

Por su parte, el Tribunal Supremo español ha llegado a referirse al arbitraje como *sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado* (por todas, en su ya antigua Sentencia de 6 del octubre de 1987).

En este orden de cosas, es evidente que el legislador español confiere la misma virtualidad y alcance a los distintos Tribunales, sean jurisdiccionales o arbitrales, para resolver cuestiones civiles. En ambos casos las partes pueden someter la solución de sus diferencias a cualquiera de estos Tribunales civiles (con las prevenciones legales que en cada caso se requieran), para buscar una solución conforme a derecho, gozando la resolución que se dicte (sentencia o laudo) de la misma protección y alcance jurídico-procesal.

Es importante tener presente esta realidad legalmente configurada y constitucionalmente amparada.

4.3. Los efectos de cosa juzgada material del laudo

Por otra parte, si nos atenemos a la eficacia que las resoluciones dictadas en sede arbitral producen, el paralelismo con relación a los pronunciamientos judiciales se hace más evidente.

La ya derogada Ley de Arbitraje española de 1988 contemplaba la fuerza ejecutiva del laudo (artículo 52), y la producción de idénticos efectos de cosa juzgada impugnabile únicamente por vía de revisión (artículo 37). El legislador de la nueva Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, en vigor desde el 26 de marzo de 2004, conforme a su disposición final tercera), recoge la fuerza ejecutiva de los laudos arbitrales, haciendo una remisión a lo dispuesto en la LEC –artículo 517.1.2 LEC– (artículos 44 y 45), y sin titubeos dispone que la firmeza del laudo “*produce efectos de cosa juzgada*” (artículo 43) en cuanto tal con plena eficacia y alcance.

Como es sabido, la fuerza de cosa juzgada encuentra su fundamento en el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo

9.3 de la Constitución española y es proyección de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de esta Norma Suprema.

Es la fuerza que el ordenamiento jurídico otorga a las resoluciones (en este caso arbitrales) que deciden el proceso de declaración postulado en esa sede, que implica la subordinación a los resultados del proceso (arbitral o judicial). Esto hace que el desconocimiento de la cosa juzgada en un proceso posterior se estime contrario al artículo 24.1 de la Constitución (Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1989, 25 de enero).

Por tanto, un laudo arbitral que se dicte tendrá efectos de cosa juzgada en sentido positivo, es decir un efecto condicionante o prejudicial que habrá de ser atendido por el juzgador, con la necesidad jurídica de atenerse a lo resuelto y de no decidir ni promover diversa o contrariamente a ello, para evitar pronunciamientos contradictorios.

El sentido positivo o prejudicial del laudo implica, en palabras de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, “*que lo decidido por el árbitro vincula en el proceso ulterior si el thema decidendi en éste es parcialmente idéntico o guarda conexión con la cuestión planteada ante aquél*” (Sentencia de 24 de mayo de 2000).

Así pues, resulta evidente que de no atribuirse el carácter prejudicial a un arbitraje (solamente por no ser un procedimiento seguido ante un órgano jurisdiccional) podría producirse la coexistencia de dos pronunciamientos contradictorios (uno en sede arbitral y otro en sede jurisdiccional), que es precisamente lo que el legislador trata de evitar salvaguardando la eficacia de la resolución arbitral, donde se habrá conformado la realidad jurídica de una forma determinada que no puede ser desconocida por los órganos judiciales, haciendo posible el efecto de cosa juzgada que legalmente tiene reconocido el laudo arbitral.

Y es precisamente ese pronunciamiento el que, por mor del efecto de cosa juzgada, tiene la eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otro proceso, como ocurre en el presente caso, sin que, como tiene dicho el Tribunal Supremo, sea precisa la identidad entre ambos objetos, sino que tan sólo han de ser *parcialmente idénticos* o *conexos* (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 febrero 1990, 30 diciembre 1986, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 julio de 1990).

Se trata, por tanto, de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entre en el supuesto fáctico de la otra y para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera.

4.4. Los requisitos para apreciar la prejudicialidad

Como ya hemos expuesto con anterioridad, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no contenía regulación de la prejudicialidad civil, que se contempla por primera vez en nuestro ordenamiento en el artículo 43 de la Ley 1/2000, de 7 de enero.

La cuestión prejudicial a que alude el artículo 43 LEC es de carácter homogéneo (afecta al fondo del asunto), esto es, de la misma naturaleza que la cuestión principal. Por decirlo en otras palabras, se acoge una cuestión prejudicial civil en el proceso civil.

El artículo 43 LEC contiene dos requisitos desde el punto de vista conceptual que permiten ordenar la suspensión del curso de las actuaciones:

- a) La de tratarse de una cuestión cuya resolución previa sea necesaria para resolver sobre el objeto del litigio, y;
- b) Que a su vez constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto Tribunal civil.

Con respecto al primer requisito no caben definiciones generales, por lo que debe operarse sobre una base casuística. Diferente es el segundo requisito.

4.5. El alcance del término “Tribunal civil”

Cuando el artículo 43 LEC se refiere a “*Tribunal civil*”, lo hace por oposición a los supuestos de prejudicialidad contemplados en los artículos 40 y 42 (prejudicialidad penal y en sede que no sea civil) sin que pueda entenderse en puridad que alude única y exclusivamente a la jurisdicción civil ordinaria, puesto que ello implicaría desconocer el re-

conocimiento legal que la institución del arbitraje y los propios Tribunales Arbitrales tienen.

El alcance, pues, del término empleado por el legislador no puede quedar limitado a los juzgados y tribunales de la jurisdicción civil, sino que incluye necesariamente a los Tribunales Arbitrales, en cuyo seno también se sustancian y resuelven cuestiones civiles.

La alusión del artículo 43 LEC no puede, en consecuencia, ser interpretada en sentido estricto, puesto que las relaciones prejudiciales podrán operar en el ámbito administrativo, penal, social y civil, como también en el constitucional y comunitario.

Dicho precepto no limita la prejudicialidad a los procedimientos iniciados ante los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino que dice que el procedimiento prejudicial debe haber sido presentado ante un Tribunal civil, como es el caso de un Tribunal Arbitral constituido con arreglo al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional.

Así pues la referencia a *Tribunal civil* no puede ser entendida en otro sentido que no sea la que aquellos Tribunales que tengan facultades legalmente conferidas para conocer de materias civiles.

La vigente Ley de Enjuiciamiento Civil ha contemplado en numerosos artículos los procedimientos arbitrales, reconociéndolos y apoyándolos (reconoce de modo expreso al laudo arbitral como título ejecutivo que lleva aparejada ejecución (artículo 517.2.2 LEC), y posibilita la adopción de medidas cautelares en un procedimiento arbitral (artículo 722 LEC), de modo que no tendría sentido no apreciar la prejudicialidad de un procedimiento de arbitraje.

La apreciación de la prejudicialidad no puede tener un carácter restrictivo, no sólo porque no es querido por el legislador, sino porque iría en contra del más elemental principio de seguridad jurídica que debe acompañar a las resoluciones que ponen fin a los conflictos.

En consecuencia, nada obsta para la apreciación de la prejudicialidad que el procedimiento iniciado, base de la prejudicialidad, sea un procedimiento arbitral.

4.6. Las resoluciones de los dos Juzgados de Barcelona que analizaron la materia

En aplicación de todo cuanto se ha expuesto, los dos Juzgados de Primera Instancia de Barcelona ante los que los vendedores habían presentado sus demandas estimaron las respectivas cuestiones prejudiciales civiles del arbitraje sobre los procedimientos seguidos ante su sede, planteadas por el comprador, a pesar de que el vendedor se opuso a ellas.

El Juzgado de Primera Instancia N° 20 de esa ciudad dictó un Auto el 9 de mayo de 2003 donde dijo con rotundidad:

“En cuanto al fondo de dicha cuestión, es decir, acerca de si la concreta cuestión que es objeto del proceso arbitral prejuzga lo que aquí va a dilucidarse debe decirse lo siguiente: El efecto de la denominada prejudicialidad civil homogénea implica que en un proceso ulterior o pendiente no puede decidirse un tema o punto litigioso de manera distinta a cómo fue resuelto por la Sentencia firme en el pleito precedente (STS. 21 de marzo de 1996), de tal manera que se crea la obligación de que el Juez o Tribunal que conoce del procedimiento posterior o pendiente, deba aceptar o someterse a la decisión del primero para evitar fallos distintos, incompatibles con la seguridad jurídica (STS 20 de febrero de 1990). Del mismo modo, la STS de 17 de julio de 1986 (Sala 6ª) se refiere también a esta prejudicialidad homogénea, razonando que “las decisiones establecidas en el primer proceso deben ser respetadas en el segundo cuando actúen sobre éste como un presupuesto lógico de discusión”. Otro caso de operatividad de la cosa juzgada por prejudicialidad civil homogénea lo contiene la STS del Tribunal Superior de Cataluña de 2 de julio de 1990, según la cual, “para la aplicación del efecto positivo, vinculante o prejudicial, que consiste en no poder decidirse en otro proceso un tema o punto litigioso de manera distinta o contraria a como ya ha sido resuelto por sentencia firme en otro proceso precedente (...) no se precisa la más perfecta identidad, sino la conexión”.

Aplicada la anterior doctrina al caso de autos, resulta que en el procedimiento arbitral que se sigue ante la Cámara de Comercio Internacional, entre las mismas partes, es objeto principal de dicho proceso la declaración acerca del cumplimiento o incumplimiento de los aquí demandantes (y allí demandados) del contrato de compraventa de 30.3.01, así como si procede o no la compensación de cantidades que adeudara la aquí demandada (allí actora) a los aquí demandantes (allí demandados) al amparo del contrato de 30.3.01 modificado según el contrato complementario de 30.5.01, con las cantidades a cuyo pago sean condenados los demandados en el laudo eventualmente que se dicte. Desde el momento, que se condene al demandado a pagar a los actores determinadas cantidades, como parte del llamado Precio de las Participaciones de la compraventa formalizada entre las partes el 30.5.01, y la declaración de que las cantidades indicadas no son compensables con cualesquiera sumas que puedan adeudar los actores a la demanda en virtud de la compraventa de participaciones sociales formalizada entre las partes el 30.5.01, es más que evidente que lo que allí se resuelva (en el procedimiento arbitral) producirá el efecto positivo de la cosa juzgada en este pleito, debiendo estarse a lo allí resuelto y sin que lo que en el presente pleito se decida, en cuanto a dichas cuestiones pueda separarse o contrariar lo resuelto en el laudo arbitral firme.

En cuanto a la distinta naturaleza entre el Tribunal Arbitral y el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, éste encontró que ello no era óbice para apreciar la prejudicialidad civil del arbitraje, diciendo:

“Acerca de la concurrencia del requisito de que el objeto principal de otro procedimiento pendiente ante el mismo o distinto Tribunal civil prejuzgue la resolución del presente pleito, y si dicha prejudicialidad puede originarla un proceso arbitral, debe entenderse que sí, por cuanto el proceso arbitral es un procedimiento, sus resoluciones se dictan por un Tribunal (arbitral) y lo en ellos resuelto mediante laudo arbitral firme produce idénticos efectos a la cosa juzgada (ex artículo 37 de la Ley de Arbitraje - sic. de la antigua, el inciso es de los autores).”

Por su parte, el Juzgado de Primera Instancia N° 2 de Barcelona, ante quien se presentó la segunda demanda por parte de los vendedores, rechazó en un primer momento la cuestión prejudicial planteada por el comprador.

Sin embargo, el comprador presentó un recurso de reposición contra esta primera decisión, que fue estimado por el Juzgado mediante su Auto de 28 de abril de 2004, admitiendo la prejudicialidad civil de un arbitraje sobre un procedimiento judicial, pronunciándose como sigue:

“Esta Juzgadora interpreta el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de forma amplia, atendiendo a su espíritu y, por tanto, concluyo con que el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil también es aplicable a los Tribunales Arbitrales. A esta conclusión se llega por las siguientes consideraciones: el laudo Arbitral goza de las características más relevantes de la sentencia judicial: despliega efectos de cosa juzgada y es ejecutivo y, en este sentido, es asimilable a la resolución judicial.

Además, la rúbrica del artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil “prejudicialidad civil” es predicable también respecto a un Tribunal Arbitral que, aunque no esté incardinado en el Poder Judicial, decide tras un proceso sobre controversias civiles y, pese a que el legislador no haya previsto expresamente este supuesto, el mismo se contiene en el precepto citado no sólo por los motivos doctrinales citados supra, sino también por motivos pragmáticos, ya que entender lo contrario puede ocasionar resoluciones contradictorias que es uno de los riesgos que el legislador pretende conjurar al regular la prejudicialidad civil”.

5. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la figura de la prejudicialidad no ha sido reflejada en sentido positivo en el ordenamiento español hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Con anterioridad a ella, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español acuñó un concepto amplio de la prejudicialidad, llamándola litispendencia impropia, de tal forma

que se evitaran situaciones indeseables mediante la presencia de resoluciones contradictorias.

Ya el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 plasma el concepto de prejudicialidad que, por otra parte, existía a nivel comunitario bajo la figura de la conexidad. En este precepto no se hace expresa mención a la posibilidad de la prejudicialidad civil de un arbitraje sobre un proceso judicial.

Pensamos que dicha mención no se contiene no porque el legislador no lo quisiera, sino simplemente porque no contempló todas las posibilidades existentes en este artículo 43.

A nuestro juicio, y en el de los dos Juzgados de Primera Instancia de la ciudad de Barcelona que abordaron la cuestión, la prejudicialidad de un arbitraje sobre un procedimiento judicial es perfectamente posible.

Así es, puesto que si un laudo produce los efectos materiales y formales de la cosa juzgada, no tendría sentido que se estableciera una distinción entre los procesos judiciales y los arbitrales simplemente por el hecho de que las partes hubiesen elegido acudir a un procedimiento arbitral que, recordemos, ha sido protegido constitucionalmente.

La conclusión contraria tendría un efecto negativo sobre el arbitraje cuando lo que se pretende por el legislador en este siglo XXI es potenciarlo, como lo acredita la nueva Ley española de Arbitraje del año 2003, facilitando el normal desarrollo de los procedimientos arbitrales y, a la postre, el cumplimiento íntegro de los laudos, que debería ser el objetivo final de todo procedimiento arbitral. ▲

 JUAN PABLO CORREA DELCASSO(*)

Arbitraje y référé en Francia. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La tutela cautelar en el derecho francés: el référé.* 2.1. *Origen y evolución histórica.* 2.2. *Naturaleza jurídica.* 2.3. *Objeto y funciones.* 2.3.1. *Objeto.* 2.3.2. *Funciones.* 2.4. *Procedimiento.* 3. *Análisis de la aplicación práctica del référé en materia arbitral, así como de la nueva regulación del “référé pré-arbitral” de la CCI.* 3.1. *Introducción.* 3.2. *Potestades que la ley francesa reconoce a los árbitros en materia cautelar.* 3.3. *Aplicación por la jurisdicción ordinaria del “référé” en materia de arbitraje.* 3.3.1. *Cuando el Juez no prejuzga teóricamente el fondo del asunto.* 3.3.2. *Cuando el Juez prejuzga el fondo del asunto.* 3.4. *El reglamento de référé pré-arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.* 3.4.1. *Introducción.* 3.4.2. *Orígenes.* 3.4.3. *Procedimiento.* 3.4.4. *Naturaleza jurídica.* 3.4.5. *Aplicaciones recientes del référé pré-arbitral.* 4. *Conclusión. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral.*

1. INTRODUCCIÓN

“*Hacer las cosas pronto, y hacerlas bien*”. Tal era, según Calamandrei, la finalidad básica y primordial a la que tendía el instituto de las medidas

(*) Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona. Abogado de Garrigues, España.

cautelares.⁽¹⁾ En palabras de Serra Domínguez (parafraseando al gran Maestro italiano antes citado), “entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares tienden, ante todo, a hacerlas pronto, dejando que el problema de la justicia intrínseca de la medida se resuelva más tarde, con la necesaria ponderación, en las reposadas formas del proceso ordinario”.⁽²⁾

Las anteriores palabras, que recogían fundamentalmente la doctrina sentada sobre este particular por parte de los grandes procesalistas italianos de principios del siglo pasado (si bien magistralmente adaptada a un ordenamiento jurídico que, como el nuestro, era plenamente desconocedor, por aquel entonces, de una construcción doctrinal unitaria en torno a esta importantísima institución procesal de creciente interés práctico), se pronunciaban en un contexto en el cual la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 empezaba a mostrar claros síntomas de agotamiento ante el auge, cada vez mayor, de la litigiosidad, fruto del notable incremento que paulatinamente irían experimentando las transacciones comerciales o el crédito al consumo, entre otros. Tanto es así que nuestra mejor doctrina procesalista no dudaba en afirmar, por aquellas mismas fechas, que la política judicial española “se hallaba orientada hacia un teórico favorecimiento del deudor, cuya causa descansaba en una motivación mayormente sentimental que racional”,⁽³⁾ al igual

(1) CALAMANDREI, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Cedam, Padua, 1936, p. 20.

(2) SERRA DOMÍNGUEZ (junto con RAMOS MÉNDEZ), *Las medidas cautelares en el proceso civil*, s.e., Barcelona, 1974, p. 12.

(3) QUINTANO RIPOLLÉS, citado por MUÑOZ SABATÉ, “La ineficacia de las reclamaciones judiciales de cantidad en España”, en: *Revista Jurídica de Catalunya*, 1972, p. 81. Acto seguido afirma este último autor: “pero la frase viene a corroborar totalmente nuestra opinión de que al lado de una orientación política bien concienciada y elaborada fluctúan y operan otras pulsiones más irracionales incardinadas, por tanto, en instancias afectivas e inconscientes (...). Véase sino una muestra en el estudio etiológico de la política pro debitore, tan prodigada en amplios sectores de nuestra jurisprudencia cuando se trata de pleitos sobre reclamaciones de cantidad, y que permite afirmar que una gran parte de la ineficacia clínica del Derecho en este concreto capítulo de la temática litigiosa radica precisamente en la extremada perduración de un principio tuitivo cuya ratio se sitúa en unas coordenadas históricas muy diferentes a las actuales (...). Digamos en primer lugar que la palabra deudor está cargada de tensiones y resonancias afectivas. Para el común de nuestras gentes el deudor representa al débil, al oprimido, al desgraciado. Dominados todavía por un marco referencial

que denunciara en Italia, decenios antes, el mismo autor de la frase con la cual iniciábamos el presente trabajo.⁽⁴⁾

Pues bien, la consabida necesidad de modernizar y, sobre todo, de agilizar, nuestra depauperada administración de Justicia es, según se afirma en la Exposición de Motivos de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento civil, uno de los principales objetivos –por no decir el primordial de todos ellos– de la gran reforma acometida en nuestro proceso civil. Sin duda alguna, a dicha finalidad responde –o cuanto menos, pretende responder–, entre otros, la aparente simplificación del número de procedimientos; el predominio de la oralidad en fase declarativa; la “poda” operada en sede de recursos (tanto a la hora de limitar el número de resoluciones directamente recurribles en apelación como, sobre todo, a la hora de regular el acceso a los recursos de casación y por infracción procesal); el necesario pero temerario desarrollo, a la vez, de una ejecución provisional sin fianza; la introducción del proceso monitorio y, como no, la novedosa y unitaria regulación de la materia que ahora nos ocupa, la de las medidas cautelares.

Apenas dos años después de la entrada en vigor de la nueva Ley de Ritos, nuestro legislador procede, como es sabido, a la reforma del segundo gran pilar fundamental de la actividad jurisdiccional:⁽⁵⁾ el arbi-

de tipo feudal o propio de una sociedad sumamente estratificada y agrícola, el deudor equivale al vasallo, al siervo de la gleba, al colono hipotecante de la cosecha, y ni qué decir tiene que toda esta conceptualización ha acabado polarizando al extremo la figura del acreedor judío y usurero, terriblemente impermeable al padrenuestro evangélico”.

(4) Así CALAMANDREI, en su magistral obra sobre el procedimiento monitorio (Buenos Aires, 1953), afirmaría en idénticos términos a principios de siglo: *“que en nuestro derecho todos los ordenamientos procesales, y en especial el proceso ejecutivo, están inspirados en una excesiva indulgencia hacia el deudor, la cual nos autoriza a afirmar, parafraseando irónicamente un célebre pasaje latino, que en nuestro proceso melio est conditio debitoris, es verdad archisabida y lamentación antigua (...). En verdad, también éste, nuestro proceso monitorio, que en las palabras se proclama hecho para caer pronto y bien sobre el deudor, pero que en sustancia se derrite de piedad por él y se apasiona por el temor de hacerle demasiado daño, está dominado por aquella especie de aberración óptica, por la cual, en todas nuestras leyes procesales, el deudor representa el papel del desvalido, golpeado por los reveses de la fortuna y de las calamidades familiares, y el acreedor el del parásito voraz, dispuesto, como el viejo SHYLOCK, a saciarse con la carne de su inocente víctima”.*

(5) Creemos que es hoy indiscutible e indiscutido, tanto a nivel interno como en un plano internacional, que el arbitraje es, sin duda alguna, una actividad jurisdiccional. Sobre

traje. Y, nuevamente, la Exposición de motivos de la nueva Ley 60/2003, del 23 de diciembre, tras ensalzar los indudables avances que, según ella, supuso su predecesora, se expresa en idénticos términos que la mentada Ley básica de nuestro proceso civil, y que quedan resumidos en la siguiente frase contenida en el primer apartado de la misma: “*el arbitraje es una institución que, sobre todo en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada*”.

En suma, puede decirse que el legislador español no hace más que constatar lo que muy elocuentemente, desde nuestro país vecino, afirma Perrot del siguiente modo: “*si antes podíamos permitirnos el lujo de esperar varios años hasta que una resolución judicial estableciera los derechos de cada parte, en nuestra época otorgar una pensión alimenticia; fijar una indemnización por accidente de circulación o por resolución de un contrato laboral, son decisiones que no podemos resignarnos a esperar. Y entonces, por una curiosa paradoja, es cuando la justicia deviene más lenta que experimentamos una mayor necesidad de obtener una justicia rápida*”.⁽⁶⁾

Si las anteriores palabras sintetizan a la perfección, en nuestra opinión, la realidad actual a la que se hallan sometidas las administraciones de justicia de los principales países desarrollados de todo el mundo, sin ningún tipo de género de dudas puede afirmarse que dicha constatación es más válida si cabe todavía en materia de arbitraje, institución cuyo notable éxito, particularmente en el ámbito internacional, reside precisamente, como es sabido, en su mayor capacidad de respuesta a la hora de dirimir los contenciosos transfronterizos, sometidos a las imperiosas exigencias de celeridad que conlleva la globalización de la economía mundial.

este particular pueden verse, entre otros (cuando todavía existía algún tipo de polémica sobre este particular), los trabajos de FENECH NAVARRO / CARRERAS LLANSANA, “El arbitraje en derecho español; contribución al estudio del arbitraje. Ensayo de derecho comparado y estudio comparativo de la Ley Española de arbitraje”, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, pp. 415 y ss.; o de SERRA DOMÍNGUEZ, “Naturaleza jurídica del arbitraje”, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, pp. 571 y ss.

(6) PERROT, “L’efficacité des procédures judiciaires au sein de l’Union Européenne et les garanties des droits de la défense”, en: *L’efficacité de la Justice Civile en Europe*, Bruxelles, 2000, pp. 419-420.

Es entonces cuando, llegados al momento actual, frente a la inexorable necesidad, constatada por la propia Exposición de Motivos de la actual Ley de Arbitraje, de que el proceso arbitral “*evolucione al mismo ritmo que el tráfico jurídico*” (constatación en cualquier caso perfectamente extrapolable a la jurisdicción ordinaria), surge una pregunta inevitable: ¿nuestra vigente Ley de Arbitraje y, particularmente, el actual sistema de medidas cautelares que se aplica por remisión a la vigente LEC pueden calificarse de satisfactorios frente a la respuesta que, en materia de tutela cautelar en sede arbitral, brindan otros ordenamientos jurídicos?

A esta fundamental pregunta intentaremos dar respuesta en el presente trabajo, tras analizar, en primer lugar y como paso previo para nuestra ulterior exposición, la institución del *référé* francés (2); la aplicación que de esta última se ha hecho en el ámbito arbitral, tanto por parte de la jurisdicción ordinaria como por parte de algunas instituciones (muy particularmente, por parte del Tribunal de la Corte Internacional de la CCI) que han apostado por una novedosa regulación de la misma en sus respectivos reglamentos (3); para, finalmente, concluir acerca de las actuales virtudes y/o limitaciones de nuestro actual sistema de adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso arbitral a la luz del estudio realizado en los apartados anteriores (4).

2. LA TUTELA CAUTELAR EN EL DERECHO FRANCÉS: EL RÉFÉRÉ

2.1. Origen y evolución histórica

Como señalan la gran mayoría de autores galos, el *référé* es una creación jurisprudencial del Tribunal del *Châtelet* de París, surgida a lo largo del Siglo XVII a petición de los profesionales del foro para intentar solventar la lentitud de unos sobrecargados Tribunales de Justicia parisinos.⁽⁷⁾ En concreto, el primer texto legal que lo reguló, recogiendo la anterior praxis judicial, fue el edicto de 22 de Enero de 1685, cuando

(7) Según indica PERROT (en SOLUS / PERROT, *Droit judiciaire privé*, París, 1991, T. 3, p. 1057), algunos autores han querido ver los orígenes del *référé* en la Ley de las XII Tablas, así como en el proceso de la *Clameur de Haro* que se seguía en Normandía. Ahora bien, en opinión de dicho autor, se trata de procedimientos excesivamente lejanos como para poder vislumbrar con nitidez unos orígenes certeros de esta institución.

literalmente estableció que las partes podrían comparecer ante el Juez el mismo día para ser oídas, debiendo este último “ordenar lo que estimara justo”.⁽⁸⁾ Posteriormente, el derogado Código de Procedimiento Civil de 1806 o *Ancien Code de Procédure Civile (ACPC)* generalizó este proceso al resto de Francia, atribuyendo a los Presidentes de los Tribunales Civiles la potestad para conocer del mismo y de resolver a través de él las cuestiones urgentes o las dificultades surgidas en fase ejecutiva (artículos 806 a 811 ACPC).⁽⁹⁾

Partiendo de estas escasas disposiciones legales, tanto la doctrina como la jurisprudencia elaboraron con posterioridad una sólida teoría general de esta institución que estableció los principios fundamentales de la misma, y permitió su ulterior expansión al ámbito de las jurisdicciones mercantil y rural (operada a través de las Leyes del 11 de Marzo de 1924 y del 13 de Abril de 1946, respectivamente).

Iniciados, en el año 1971, los trabajos de elaboración del vigente Código de Procedimiento Civil o *Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC)*, el *référé* es objeto de profundos cambios normativos que, como viniera aconteciendo hasta la fecha, tienden en lo esencial a ampliar nuevamente su campo de aplicación, tanto a nivel interno (dentro de la propia jurisdicción civil que lo vio nacer, instaurándose por primera vez el novedoso *référé-provision* del cual tendremos ocasión de ocuparnos acto seguido, y generalizándose asimismo a todos los Tribunales que tienen atribuida jurisdicción en primera instancia y, concretamente, a los *tribunaux d'instance*),⁽¹⁰⁾ como a nivel externo, trasladándose su exitosa técnica procedimental al ámbito laboral y administrativo.⁽¹¹⁾

(8) La fórmula en francés rezaba como sigue: “*les parties comparâtront le jour même pour y être entendues et, par lui, ordonné ce qu’il estimera juste*”.

(9) PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1057.

(10) En Francia existen dos órganos jurisdiccionales de primera instancia: el *Tribunal d'instance* (que conoce de asuntos menores y está dirigido por un Juez único); y el *Tribunal de grande instance*, de carácter colegiado, que conoce de todos aquellos litigios no atribuidos a los *tribunaux d'instance*.

(11) Sobre esta última clase de *référé*, pueden verse en lengua castellana los trabajos de GARCÍA DE ENTERRÍA, “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 ¿Tienen efectiva postestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?”, en: *Revista*

En la actualidad, el *référé* es, sin duda alguna, junto con el proceso monitorio (o *procédure d'injonction de payer*, en francés), uno de los procedimientos más utilizados ante los Tribunales de justicia galos y, pese a su naturaleza sumaria,⁽¹²⁾ la principal vía a la que acuden los prácticos para intentar superar la excesiva lentitud de la jurisdicción ordinaria y obtener incluso, a través del mismo, una satisfacción anticipada, cuando no definitiva, para sus representados.⁽¹³⁾ Por ello, acertadamente se dice por parte de la doctrina francesa que el *référé* ha traicionado sus orígenes, siendo numerosos los autores que subrayan en sus estudios cómo paulatinamente se ha ido desdibujando de esta institución el tradicional requisito de la urgencia que permitía acceder a ella, para dar cabida en la era moderna a nuevos mecanismos de tutela anticipada por los cuales apuesta decididamente el legislador actual.

2.2. Naturaleza jurídica

Define Perrot el *référé* como “*aquel proceso de naturaleza jurisdiccional que tiene por objeto la rápida obtención de una decisión provisional denominada ordonnance de référé que emite el presidente de la jurisdicción competente*”.⁽¹⁴⁾

Siguiendo a dicho autor, podemos destacar como notas características del mismo:

de Administración Pública, N° 151, 2000, pp. 251 y ss. así como de COURBE-COURTEMANCHE (traducido por PÉREZ OLEA), “El *référé* administratif en el Derecho francés”, en: *Revista de Administración Pública*, N° 37, pp. 335 y ss.

(12) Entendido el término “sumario” como no producente de plenos efectos de cosa juzgada, siguiendo sobre este particular las enseñanzas de FAIRÉN GUILLÉN, “Juicio ordinario, plenarios rápidos, sumario, sumadísimo”, en: *Temas del Ordenamiento Procesal*, Madrid, 1969, T. II, pp. 825 y ss.

(13) Sobre este particular, puede verse en lengua italiana el estudio de CECHELLA, “Il *référé* italiano nella riforma delle società”, en: *Rivista di Diritto Processuale*, 2003, pp. 1130 y ss., quien acertadamente, refiriéndose al *référé* francés, afirma que: “*il legislatore francese non resiste alla tentazione, a noi ben nota e che a attinto in Italia dalle forme del rito camerale, per un assorbimento nelle forme sommarie di esigenze di tutela ordinaria. Esperienza che snatura la portata innovativa del sistema dei référé, la cui forza espansiva è proprio da data dall'assenza di préjudice au principal*”.

(14) PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., pp. 1055-1056.

- 1º) En primer lugar, su extraordinaria rapidez, hasta el extremo de que puede obtenerse, a través de sus cauces, una decisión prácticamente inmediata o “*sur le champ*”, en palabras de dicho profesor.
- 2º) En segundo lugar, el hecho de que conozca del mismo un Juez único, con rango de magistrado y que, en todos los casos, es el Presidente de la jurisdicción competente o su delegado.

La razón –apunta dicho autor– no es otra que la de atribuir a un profesional con mayor experiencia, decisiones a menudo difíciles de adoptar por la urgencia con la que han de examinarse.

Muy excepcionalmente, cuando el asunto revista mayor complejidad, podrá conocer de él un Tribunal colegiado, que el propio Presidente convocará para resolver la cuestión litigiosa “*en état de référé*”, es decir, por los cauces de este proceso y a la mayor brevedad posible (artículo 487 NCPC).

- 3º) En tercer lugar, es nota característica de esta institución su carácter provisional o “sumario” (en terminología procesal hispana) o, dicho en otros términos, sus inexistentes efectos de cosa juzgada *plena*. Por ello, la resolución que se dicta al final del mismo y que es ejecutiva provisionalmente (motivo por el cual puede solicitarse al ejecutante la aportación de una fianza),⁽¹⁵⁾ siempre podrá ser revocada o modificada de acontecer nuevos hechos que así lo justifiquen (respecto a la concreta tutela judicial pretendida a través del *référé*),⁽¹⁶⁾ y el Juez que conozca de un eventual proceso declarativo ordinario ulterior, en el que se discuta con plenitud la cuestión de fondo (también denominado “*juge du principal*”), nunca estará vinculado para la resolución de esta última por la decisión tomada por su homónimo en el marco de un anterior proceso de *référé*.

(15) Así lo dispone el artículo 489 NCPC cuando establece que: “*l’ordonnance de référé est exécutoire à titre provisoire. Le juge peut toutefois subordonner l’exécution à la constitution d’une garantie dans les conditions prévues aux articles 517 à 522. En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l’exécution aura lieu au seul vu de la minute*”.

(16) Sintéticamente, dispone el artículo 488 NCPC sobre este particular que: “*l’ordonnance de référé n’a pas, au principal, l’autorité de la chose jugée. Elle ne peut être modifiée ou rapportée en référé qu’en cas de circonstances nouvelles*”.

En síntesis, como gráficamente afirma Perrot, “la finalidad del référé es la de calmar al que más prisa tiene pero preservando el futuro”, motivo por el cual, desde tiempos históricos, se afirma que una *ordonnance de référé* “ne fait aucun préjudice au principal”,⁽¹⁷⁾ es decir, no produce efecto prejudicial alguno en un ulterior y eventual proceso declarativo ordinario posterior en el que vaya a debatirse con total amplitud la cuestión de fondo.

- 4º) Por último, aunque rápido y sumario, el *référé* es siempre y en todos los casos un proceso contradictorio, en el cual se emplaza a la parte contraria para que comparezca (aunque en ocasiones extremas el plazo apenas supere una hora!), a diferencia de la *procédure sur requête* la cual, en casos absolutamente excepcionales, en los que puede demostrarse que cualquier aviso al deudor puede poner en riesgo la tutela judicial pretendida, permite adoptar *inaudita parte* y de forma prácticamente inmediata las mismas medidas o actuaciones que pueden solicitarse por vía de *référé* (sin perjuicio de la oposición que puede formular posteriormente el sujeto pasivo de la medida).⁽¹⁸⁾

(17) PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., pp. 1056-1057.

(18) Como explica en lengua española CALDERÓN CUADRADO, “Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las *ordonnances des référés* y *sur requête*”, en: *Revista General del Derecho*, 1992, p. 36, la distinción entre el *référé* y la *ordonnance sur requête* es de simple procedimiento, según exista contradictorio previo o no, siendo las dos decisiones provisionales, con idénticas características y basadas prácticamente en los mismos requisitos. Por ello –añadimos nosotros– el proceso monitorio francés se inicia por simple *requête* y finaliza, en su primera fase, mediante una *ordonnance* que, al igual que en España, conmina al deudor a pagar; oponerse o “dar razones”, al emitirse dicha resolución final por el Juez *inaudita parte*. Sobre este particular puede verse CORREA DELCASSO, Juan Pablo, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1998, pp. 45-49. En idéntico sentido NORMAND, “La fonction des référés”, en: *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, AA.VV. (Directores COMPERNOLLE y TARZIA), Bruxelles, 1998, p. 75, pone de relieve como: “le droit français des mesures provisoires voit coexister en lui deux types de procédures. La juridiction du provisoire s’exerce d’abord selon une procédure contradictoire. C’est la voie normale. La procédure des référés constitue l’application la plus caractéristique. C’est aux référés et aux fonctions qu’ils remplissent dans le système judiciaire français que sera d’ailleurs consacré l’essentiel de ce propos introductif (...). La juridiction du provisoire s’accomplit occasionnellement selon une procédure unilatérale. C’est la procédure des ordonnances sur requête, qui repose sur la technique de l’inversion du contentieux. Plusieurs

De los cuatro aspectos que acabamos de enunciar anteriormente, dos son sumamente importantes a efectos de entender correctamente esta institución y poder abordar debidamente a *posteriori* el estudio de la materia que ahora nos ocupa: por un lado, el *référé* no depende, en modo alguno, de un eventual proceso declarativo ordinario ulterior sobre el fondo del litigio, el cual puede llegar a celebrarse o no;⁽¹⁹⁾ y, por otro, su utilización no se limita a un número o listado concreto de supuestos (por el contrario, la propia definición legal de este instituto está redactada en unos términos amplísimos)⁽²⁰⁾ sino que, por el contrario, como veremos seguidamente, por sus cauces, cabe impetrar múltiples supuestos de tutela distintos, tantos, podría decirse, como la imaginación permite y la jurisprudencia admite:⁽²¹⁾ desde una simple medi-

juges ont, dans les limites de compétence du Tribunal dont ils émanent, vocation à instituer ainsi. Cette voie exceptionnelle est ouverte dans les cas spécifiés para la loi et, d'une façon plus générale, toutes les fois que les circonstances exigent que la mesure ne soit pas prise contradictoirement".

- (19) Así lo afirma también NORMAND en su estudio elaborado en honor al tristemente fallecido Prof. TARZIA, "Le traitement de l'urgence en droit processuel français: exception ou principe?", en: *Studi di Diritto Processuale Civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, T. II, p. 1402: "A la différence de ce qui, il y a peu encore, était de règle en droit italien, le référé civil n'a pas, en France, de caractère instrumental par rapport au fond. La saisine du juge des référés n'est pas subordonnée à l'introduction préalable d'une instance au fond. Une fois prise la mesure sollicitée, la persistance de ses effets n'est pas subordonnée à la saisine du juge de fond dans un délai déterminé. Cette saisine éventuelle est laissée à la discrétion des intéressés. A celle du demandeur auquel il n'aurait été que partiellement fait droit, ou à celle du défendeur, pour faire constater son droit et obtenir en conséquence la mainlevée de la mesure prise contre lui". Tan sólo excepcionalmente —señala este mismo autor— exigen los Tribunales en materia de derechos fundamentales de la persona (concretamente, la *Cour d'appel* de Paris, en unas resoluciones de 13 de Marzo de 1996 y 6 de Abril de 2000) la interposición de una demanda sobre la cuestión litigiosa, so pena de dejar sin efecto las medidas adoptadas por vía de *référé*.
- (20) Así, el artículo 484 NCPC define la decisión final que se dicta en el *référé* del siguiente modo: "l'ordonnance de référé est une décision provisoire rendue à la demande d'une partie, l'autre présente ou appelée, dans les cas où la loi confère à un juge qui n'est pas saisi du principal le pouvoir d'ordonner immédiatement les mesures nécessaires".
- (21) En idéntico sentido, CALDERÓN CUADRADO, "Una solución del Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las ordonnances des référés y sur requête", cit., p. 35, pone de manifiesto como la tutela provisional que puede pretenderse a través de los *référés* o de las *ordonnances sur requête* "parece funcionar como una cláusula general, comprensiva de todas las situaciones posibles, no existiendo

da cautelar asegurativa hasta una resolución que anticipe abiertamente los efectos de la tutela judicial pretendida. De ahí, precisamente, que la doctrina francesa, al mismo tiempo que alaba sus indudables virtudes, destaca el efecto perverso que, en ocasiones, conlleva su abusiva utilización en la práctica, por mucho que, al igual que acontece en España, en sede de medidas cautelares,⁽²²⁾ de los daños y perjuicios que pueda indebidamente causar el actor al demandado a través del *référé* sea enteramente responsable el primero de ellos. Y de ahí también que la gran mayoría de autores de nuestro país vecino destaquen cómo, a lo largo del tiempo, a medida que el tráfico económico ha ido exigiendo paulatinamente mayor celeridad a la Administración de Justicia, el *référé* haya pervertido sus orígenes para abarcar supuestos mucho más amplios que los inicialmente previstos por las antiguas leyes.⁽²³⁾

limitación, en principio, de las medidas que pueden adoptarse ni respecto a las pretensiones que van a referirse”.

- (22) Como es sabido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 721 LEC, las medidas cautelares se adoptan a instancia del actor “*bajo su responsabilidad*”.
- (23) Como afirma NORMAND, “La fonction des référés”, cit., p. 86-87, “*l’effacement relatif de la condition d’urgence et l’importance donnée au rôle du juge des référés en tant que gardien des droits non sérieusement contestables, confèrent à ce juge du provisoire un visage et une fonction assez nouveaux. Certes, le juge des référés est encore, dans bien des circonstances, le juge des cas critiques, celui auquel l’on a recours lorsqu’il faut parer au plus pressé en attendant que le juge du fond soit en mesure de vider le contentieux. Il est aussi le juge des voies de fait, le juge des actes de justice privée. Il joue à l’un et à l’autre titres un rôle comparable à celui que remplit, dans le domaine de la santé publique, le service d’aide médicale urgente (SAMU). Mais il tend à devenir parallèlement à cela, le juge naturel des conflits qui ne suscitent aucune contestation sérieuse sur le fond, des litiges dont la solution est évidente. Le référé constitue ainsi une voie de déstape vers laquelle l’on oriente les litiges les plus simples, les contestations si peu sérieuses qu’il serait superflu d’imposer au demandeur les lenteurs et les frais d’un procès au fond*”. Para un interesante estudio del amplísimo campo que llega a cubrir el *référé* en la práctica judicial francesa véase el trabajo de LE FOYER DE COSTIL, “Le vol d’aigles du juge des référés”, en: *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 341 y ss., quien, sintetizando magistralmente las labores que ejercita este Juez, afirma: “*le juge des référés est un décideur qui accepte de débattre oralement, soit avec les justiciables, soit avec les avocats, soit même avec les uns et les autres; ceci a donné naissance à une technique moderne de plaidoiries et souvent à une recherche d’apaisement et de transaction: en cette occasion le juge devient un participant et, dans la concertation, imagine une solution acceptable pour tous, il devient une sorte de catalysateur de la concorde (...)*”.

En suma, por mucho que la resolución que se dicte al final del mismo sea “provisional”, es decir, no produzca *plenos* efectos de cosa juzgada, un cierto paralelismo puede trazarse, sobre esta cuestión, entre este procedimiento y nuestro derogado juicio ejecutivo de la LEC de 1881 o actual juicio cambiario: que no produzca *plenos* efectos de cosa juzgada no significa que no produzca efectos de cosa juzgada *respecto a lo discutido en el mismo* (como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo no se cansó de repetir respecto al derogado juicio ejecutivo y la *Cour de Cassation* francesa sostiene también desde siempre en materia de *référé*);⁽²⁴⁾ esto es, respecto a la concreta tutela cautelar pretendida, quedando imprejuzgada, eso sí, la cuestión de fondo, aunque ello no significa tampoco, en modo alguno, que el actor vaya a interponer ulteriormente, en todos los casos, un nuevo proceso declarativo ordinario para zanjar definitivamente la controversia dado que, en muchos supuestos, la tutela anticipatoria que habrá obtenido por vía de *référé* habrá servido para poner punto y final a la controversia surgida entre ambas partes.⁽²⁵⁾

En definitiva, el *référé* es mucho más que el mecanismo a través del cual se ejercita la tutela cautelar en Francia. Por el contrario, como acertadamente se ha dicho en España, “*la jurisdicción de référé se extiende a un amplio abanico de asuntos, entre los cuales se vislumbra alguno de naturaleza cautelar*”, motivo por el cual se nos antoja difícil, cuando no peligroso (so pena de poder incurrir en un manifiesto error de análisis), intentar trazar un paralelismo entre nuestro actual sistema de medidas

(24) En concreto, como enseña PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1144, “*l’ordonnance de référé est dotée d’une autorité qui, au niveau du provisoire et en l’absence de tout fait nouveau survenu ou révélé, fait obstacle à ce qu’elle puisse être modifiée ou rapportée sur un objet identique; et cela, non seulement par le juge qui l’a rendue, mais d’une manière plus générale, par toute juridiction de référé quelle qu’elle soit*”.

(25) Como afirma PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1142, “*partant du principe incontestable et souvent répété que l’ordonnance de référé est une décision provisoire, la doctrine classique en a parfois déduit qu’elle était dépourvue de toute autorité de chose jugée. Ce n’est pas exact (...). Lorsqu’il s’agit d’une véritable ordonnance de référé (ou d’une décision rendue en état de référé), s’il est vrai qu’elle n’a pas autorité de chose jugée au principal (a), on ne saurait oublier qu’elle est une décision de nature contentieuse: à ce titre, elle est dotée d’une autorité provisoire en référé (b), et parfois même en certaines circonstances, d’une efficacité définitive*”.

cautelares y esta histórica institución francesa.⁽²⁶⁾ En nuestra opinión, como enseña en numerosas ocasiones la doctrina de Derecho internacional privado y, muy particularmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas,⁽²⁷⁾ los conceptos de Derecho comparado requieren interpretaciones autónomas, alejadas de incorrectas asimilaciones que pueden llegar a pervertir su correcta comprensión (al igual que acontece, dicho sea de paso, con el aprendizaje de idiomas extranjeros, a través del cual se constata cómo, en múltiples ocasiones, una concreta palabra o expresión no goza de la debida traducción al castellano).⁽²⁸⁾

2.3. Objeto y funciones

2.3.1. Objeto

Como hemos expuesto anteriormente, el *référé* es una institución autónoma, difícilmente asimilable a otras que, como tal, debe ser, por lo

⁽²⁶⁾ En idéntico sentido se expresa CALDERÓN CUADRADO, “Una solución de Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las ordonnances des référés y sur requête”, cit., p. 34, cuando afirma explícitamente: “*Es curioso, sin embargo, observar como, en esta materia, la legislación francesa, tan atenta a las necesidades prácticas puede, teóricamente, calificarse de caótica. En efecto, si bien en otros países de nuestro entorno no ofrece excesiva dificultad encontrar preceptos que recojan formas de tutela cautelar, no es tarea fácil descubrir en su ordenamiento una institución similar. Y no lo es por la diferente fisonomía que adquieren las medidas cautelares en Francia al aparecer indeterminadas, dispersas y confundidas con otras materias tanto en disposiciones legales como en obras doctrinales. Aunque esta primera afirmación no constituye un obstáculo insalvable, teniendo en cuenta que otros países, el nuestro sin ir más lejos, carecen de una visión legal unitaria, la falta de un estudio común por parte de la doctrina supone un inconveniente adicional en la búsqueda, no sencilla, de la institución. Evidentemente existen medidas de naturaleza cautelar, pero, como veremos a continuación, se encuentran mezcladas con otras de diferente condición, lo cual hará indispensable una comprobación de su función, características y presupuestos*”.

⁽²⁷⁾ Sobre este particular véase, entre otros, el interesante estudio de CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Competencia judicial internacional: regulación por instrumentos internacionales. Estudio especial del Reglamento 44/01*, Editorial VLEX (www.vlex.com), 24-3-2006, pp. 9-12.

⁽²⁸⁾ Muy explícitamente afirmaba CERVANTES que, a menudo, una traducción era “*un tapiz vuelto del revés*”.

tanto, entendida como un todo, a la luz de los principios rectores que la inspiran y del ordenamiento jurídico en el cual se inserta. ¿Cómo encuadrar sistemáticamente, en efecto, un proceso rápido y sumario que faculta tanto para solicitar lo que en España entendemos como medidas cautelares propiamente dichas (siendo ésta una de las funciones que nos atreveríamos, incluso, a calificar de “residual” en el mismo), como para anticipar plenamente los resultados de un eventual proceso que nunca puede llegar a interponerse; para solicitar la práctica de algunas diligencias preliminares; o, para practicar anticipadamente determinados medios de prueba? Basta con analizar el índice de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil para constatar cómo, atendiendo a las instituciones procesales que regula esta norma (y que recogen, como es de rigor, nuestra particular concepción histórica del proceso), las diligencias preliminares (artículos 256 a 263 LEC), las medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba (artículos 293 a 298 LEC), las medidas cautelares (artículos 721 a 747 LEC) y, hasta hace muy poco, determinadas dificultades que podían surgir a la hora de ejecutar un título ejecutivo (y de las que conoce actualmente el *juge de l'exécution*), se tramitarían en Francia por los cauces del *référé* y, constituirían, por lo tanto, materia objeto de este proceso y no propiamente instituciones autónomas como acontece, actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico. Y ello –cabría añadir– salvando las oportunas (y grandes) distancias que las separan puesto que, sin ir más lejos en la materia que ahora nos ocupa, sería, hoy por hoy, absolutamente impensable en España (por vedarlo sin más la propia Ley de Ritos en sus artículos 730 y 731) que cualesquiera de las medidas cautelares que prevé nuestro ordenamiento jurídico (y que, al menos en teoría y según autorizadas voces doctrinales, presentan un amplísimo elenco)⁽²⁹⁾

⁽²⁹⁾ Según ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, pp. 126 y ss., el *iter* normativo de nuestra vigente LEC demostraría que el legislador actual ha querido configurar en todo momento un *numerus apertus* de las medidas cautelares que pueden acordarse, pudiendo ser muy distintas y diversas en la práctica. Aunque coincidimos plenamente en un plano teórico con el citado autor, la praxis del día a día demuestra que los Tribunales siguen siendo muy reticentes a la hora de acordar medidas cautelares que implican una mayor inmisión del Juez en los asuntos del deudor como, por ejemplo, una administración judicial o determinadas órdenes o prohibiciones (a diferencia de lo que acontece precisamente en nuestro país vecino).

podiera mantenerse en el tiempo *sine die* sin la debida pendencia de un proceso principal, perdiendo así la nota de su instrumentalidad.⁽³⁰⁾

En resumen, prescindiendo de dogmatismos, pero mucho más atento a las necesidades prácticas de su país, el legislador francés ha configurado el *référé*, en sus más de tres siglos de existencia, en atención a la principal finalidad que ha deseado perseguir a través del mismo en cada momento histórico y que no es otra, en la actualidad, que la de utilizar sus cauces procedimentales para intentar otorgar al justiciable una tutela judicial rápida y eficaz cuando de lo pretendido por el actor se deduzca que no existe, como sintetiza NORMAND, “*une contestation sérieuse sur le fond*”, poniendo más así el acento –por utilizar unas expresiones que nos son mucho más familiares– en el *fumus boni iuris* que en el *periculum in mora*.⁽³¹⁾ De ahí que, como acertadamente afirma dicho

(30) Como es sabido, entre las características de nuestras medidas cautelares, se cita precisamente la nota de su instrumentalidad, de forma que esta última consiste, siguiendo a CALAMANDREI, “*en su relación de dependencia o subordinación respecto de la resolución definitiva sobre el fondo*”. (SERRA DOMÍNGUEZ–junto con RAMOS MÉNDEZ–, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., p. 15). Al hilo de idéntica concepción y doctrina, puede verse el trabajo de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, “Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares”, en: *El sistema de medidas cautelares. IX Reunión de Profesores de Derecho procesal*, AA.VV., Pamplona, 1974, pp. 11 y ss. La doctrina española sobre esta materia ha sido, como es sabido, ampliamente difundida por latinoamérica. Una muestra de esta recepción puede verse en el estudio de MONROY PALACIOS, *Bases para la formación de una teoría cautelar*, Lima, 2002.

(31) Como afirma CALDERÓN CUADRADO, “Una solución de Derecho francés a la duración del proceso civil: tutela cautelar indeterminada en las ordonnances des référés y sur requête”, cit., p. 40, “*A la hora de conceptuar este presupuesto– refiriéndose, añadimos nosotros, al fumus boni iuris– la doctrina francesa en principio partía de la imposibilidad del Juez para resolver cualquier cuestión de fondo en la adopción de la medida, hoy por hoy se entiende que la ausencia de contestación sería hace referencia precisamente a la apariencia de buen derecho, a su incontestabilidad manifiesta, sin limitación de ningún tipo respecto a la pretensión que se deduzca en el proceso principal. Con relación al periculum, éste se configura bajo la amplia y genérica expresión de urgencia (...). Sólo en un caso concreto quiebra la necesidad de urgencia, quiebra además paradójica teniendo en cuenta la gravedad del supuesto a que se refiere, el référé-provision*”. Sin embargo y en relación a esta última afirmación, no puede olvidarse que, como afirma NORMAND, “Les fonctions des référés”, cit., p. 86, la noción de urgencia, que inicialmente constituía la esencia misma de este proceso, cede en el Derecho actual frente a la noción de Derecho aparentemente poco controvertido, para primar precisamente la tutela anticipatoria y descargar así de trabajo a los Tribunales.

autor, el Juez del *référé* se haya convertido en la actualidad en el “*guardián de los derechos aparentemente poco controvertidos*”, contribuyendo mediante su labor a “*moralizar la vida jurídica*”, en la medida en que evita, por ejemplo, que un deudor de mala fe se “*esconda en el maquis del proceso para aprovecharse impunemente de la lentitud de la Justicia*”.⁽³²⁾

2.3.2. Funciones

¿Qué funciones son, por lo tanto, las que cumple actualmente el *référé* en Francia?

Habitualmente, las funciones que desarrolla este proceso suelen subdividirse, por parte de la doctrina francesa, en dos grandes grupos: (A) la función “*conservatoire*” o conservativa; y (B) la función anticipatoria o “*de policía*” para la tutela de situaciones manifiestamente ilícitas.⁽³³⁾

A. La función conservativa es, según la gran mayoría de autores franceses, la más antigua y clásica de este proceso. Consiste, como su propio nombre indica, en la adopción, por parte del Juez, de todas aquellas medidas cautelares o preparatorias de un proceso que el conflicto *inter partes* requiera:

- 1º) Entre las primeras (las cautelares) se citan, por ejemplo, el depósito de un bien, hasta que sea dirimida su propiedad; la suspen-

⁽³²⁾ NORMAND, *Les fonctions du référé*, cit., pp. 86-87. En un sentido muy parecido, afirma elocuentemente GARCÍA DE ENTERRÍA, “Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva potestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?”, cit., p. 266: “*estos référés vuelcan inmediatamente la situación, privando al incumplidor, al injusto, de la ventaja posicional que le da el hecho de que quien tiene una fuerte apariencia de razón frente a él tenga que montar un proceso declarativo y esperar los largos años que normalmente tardará el proceso a llegar a sentencia firme*”.

⁽³³⁾ DE LEVAL, “Le juge et l’arbitre”, en: *Les mesures provisoires en Droit belge, français et italien. Etude de Droit comparé*, AA.VV., Bruxelles, 1998, pp. 440-441, habla por su parte de “*mesures d’instruction, qui se rapportent à l’établissement et à l’administration des preuves (...); les mesures de stabilisation ou encore d’aménagement équitable d’une situation d’attente pour les parties pendant la durée du procès (...); les mesures d’anticipation de la décision au fond, lorsque la sanction d’un droit évident ne peut attendre la fin de l’instance Arbitrale*”.

sión de una obra nueva, ante la duda de que se cumpla la normativa vigente; pero también la suspensión de los efectos de un despido colectivo adoptado ante una huelga general; o, la suspensión de la venta de un libro hasta que se demuestren las afirmaciones difamatorias vertidas en el mismo.

- 2º) En el segundo bloque de medidas (las preparatorias de un proceso), quedarían englobadas, entre otras, el nombramiento de un administrador judicial para que convoque una Junta en el seno de una sociedad; el nombramiento de un mediador en un conflicto de trabajo; o, la adopción de determinadas diligencias instructoras de un proceso cuando, en mérito de lo establecido en el artículo 145 NCPC, “*exista un motivo legítimo de conservar o preconstituir, antes de un litigio, la prueba de unos hechos de los cuales podría depender la futura resolución del mismo*”.

Requisito indispensable para su otorgamiento es que todas ellas, a tenor de lo establecido en el artículo 808 NCPC, revistan el carácter de urgentes y “*no sean objeto de una oposición seria*”⁽³⁴⁾ (según reza literalmente el texto legal) o, si efectivamente son objeto de tal oposición, que urgentemente se requiera de una decisión judicial para resolver una determinada situación fáctica sumamente perjudicial para los intereses de una o de ambas partes (por ejemplo, cuando una grave desavenencia entre socios impide gestionar debidamente una sociedad, sumiendo sus órganos corporativos en una parálisis total).⁽³⁵⁾

(34) Como todo concepto jurídico indeterminado, la noción de “oposición seria” o “*contestation sérieuse*” resulta sumamente difícil de determinar y concretar en la práctica. Algún autor como HEBRAUD (citado por PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1075) ha llegado a afirmar que ésta constituye, sin duda alguna, “*una de las llaves más intangibles del référé*”. NORMAND (“Les fonctions des référés”, cit., p. 80) entiende, por su parte, a efectos de determinar el alcance de este concepto, que “*le juge doit apprécier la légitimité de la mesure envisagée à l’une de deux types de considérations. 1º Il lui faut considérer d’abord le sérieux du différend, c’est-à-dire le sérieux des moyens qu’il invoque le demandeur à la mesure pour contester la situation qu’il reproche à son adversaire. 2º Il lui faut dire, d’autre part, la balance des intérêts en présence, comparer la gravité du risque que recèle en elle-même la situation litigieuse et auquel le demandeur serait exposé si le juge n’intervenait pas, et la gravité du dommage que subirait le défendeur si cette mesure, précisément, était prescrite*”.

(35) Unánimemente se crítica, por parte de la doctrina francesa, la defectuosa redacción legal de la disposición antes mencionada, que literalmente establece que “*dans tous les*

Pero, por si fuera poco, añade acto seguido el texto legal (artículo 809.1 NCPC, introducido por el Decreto N° 73-1122 de 17 de Diciembre de 1973) que, aunque exista una “*oposición seria*”, cabe solicitar ambos tipos de medidas para “*prevenir un daño inminente*” o “*hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita*” (supuestos que, como acertadamente se ha dicho, son conceptualmente muy cercanos),⁽³⁶⁾ siempre y cuando se acredite en todos ellos la inminencia del daño.

cas d'urgence, le président du Tribunal de grande instance pourra ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend”. Como afirma PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., pp. 1078-1079, “*ces deux propositions juxtaposées, reliées par la conjonction alternative “ou”, donnent à penser que le juge des référés a le pouvoir d'ordonner toute mesure sans la moindre limitation, même si elle doit se heurter à une contestation sérieuse, dès lors que cette mesure est destinée à régler un différend entre les parties (...). Une telle interprétation est difficilement acceptable (...). En réalité, cette fin de texte (dont on conviendra aisément que la rédaction est maladroite) vise une hypothèse bien particulière qui est celle où c'est précisément l'existence d'un différend sérieux entre les parties qui rend nécessaire l'intervention rapide du juge des référés; et où, de ce fait, la contestation sérieuse au lieu de porter sur les moyens qui servent de fondement à la mesure demandée, constitue l'objet même du différend sur lequel le juge des référés est appelé à se prononcer (...)*”, poniendo dicho autor como ejemplo cuando “*en matière de société, lorsqu'une grave mésentente entre les administrateurs ne permet plus de gérer convenablement cette société, c'est précisément parce qu'il existe un différend sérieux qu'il est nécessaire d'obtenir du juge des référés qu'il désigne rapidement un administrateur provisoire. Il serait irrationnel qu'en de telles circonstances, la notion de contestation sérieuse puisse apparaître comme une entrave au pouvoir de juridiction du juge des référés. Mais il est juste de convenir que cette distinction est d'une mise en oeuvre parfois délicate et que, à la faveur de certaines incertitudes, la notion même de contestation sérieuse, comme limite aux pouvoirs du juge des référés en cas d'urgence, risque d'être facilement oubliée*”.

⁽³⁶⁾ Según afirma PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., pp. 1088-1090, “*ces deux causes d'ouverture très voisines sont souvent confondues (...). a) Le dommage imminent s'entend du dommage qui n'est pas encore réalisé, mais qui se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer. Ce peut être le risque d'un grave préjudice commercial, d'une atteinte à la réputation ou à l'intégrité de la vie privée, ou encore une menace sérieuse d'accident. Un dommage éventuel ne suffit pas; mais un dommage conditionnel, au cas où un événement déterminé viendrait à se produire, peut donner lieu à un référé au titre de l'article 809.1 NCPC. Le caractère irrémédiable du dommage, sans être un élément déterminant, est souvent pris en considération. b) Le trouble manifestement illicite désigne toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit, au sens le plus large du terme: par exemple, la méconnaissance d'une disposition légale ou réglementaire, d'une décision de justice antérieure (...). On remarquera que l'appréciation du trouble manifestement illicite implique de la part du juge des référés un certain préjugé sur le fond, dans la mesure où il lui appartient de se prononcer sur l'illicéité du trouble et son évidence*”.

En resumen, para obtener cualesquiera de las medidas antes expuestas, o bien podrá invocarse el artículo 808 NCPC; o bien podrá acudir al apartado primero del artículo 809 NCPC, en cuyo caso, como también pone de manifiesto la mejor doctrina, desaparece explícitamente la noción de urgencia (tan indeterminada conceptualmente como en su aplicación judicial),⁽³⁷⁾ si bien los Tribunales parecen exigirla implícitamente en la práctica.⁽³⁸⁾

B. La segunda función, anticipatoria o “de policía” para la tutela de situaciones manifiestamente ilícitas, se desdobra a su vez, siguiendo a Normand, en dos “sub-funciones” o facetas distintas:

- 1º) Una primera de ellas consiste en la tutela, por parte del Juez, de lo que este autor califica como “*velar por el respeto de aquellos derechos que no son objeto de una oposición seria*” como, por ejemplo, cuando conmina al deudor a abonar al acreedor un anticipo de la suma por él debida en mérito de una obligación contraída (es el caso del famoso “*référé-provision*”, introducido en la reforma legal operada por el Decreto N° 73-1122 del 17 de diciembre de 1973, posteriormente modificado por el Decreto N° 85-1330 del 17 de diciembre de 1985 que lo extendió a las obligaciones de hacer); cuando prescribe la demolición de unos trabajos manifiestamente irregulares; el cierre de un despacho por haber violado

⁽³⁷⁾ Como pone de manifiesto PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., pp. 1072-1073, “*l’urgence se caractérise par un trouble grave si le demandeur devait être exposé aux lenteurs de la procédure ordinaire. La simplicité de cette idée directrice ne doit pas faire illusion. L’urgence est une notion essentiellement relative dont le contenu peut varier en fonction de la matière du litige, des circonstances en cause, de la mesure qui est demandée, voire même de l’encombrement des rôles de la juridiction compétente sur le fond. A cause de cela, la notion d’urgence est d’une malléabilité déconcertante: et d’autant plus d’ailleurs que, dans bien des cas, le juge saisi retient des considérations de fait dont l’infinie diversité défie toute synthèse*”. De forma idéntica NORMAND, “Les fonctions des référés”, cit., p. 79, afirma por su parte: “*en pratique, même lorsqu’elle reste juridiquement requise, la condition d’urgence ne semble guère contraignante. Elle n’est assurément pas de nature à freiner l’expansion des référés. Il est extrêmement rare qu’une demande de mesure conservatoire soit rejetée pour défaut d’urgence*”.

⁽³⁸⁾ Dado que, como también afirma PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1091, “*dans de nombreux cas, l’urgence est impliquée par la nécessité d’éviter un dommage imminent ou de faire cesser un trouble illicite*”.

una cláusula de no-competencia; la difusión de una revista que vulnera gravemente los derechos de imagen o la readmisión de un trabajador despedido.⁽³⁹⁾

En todos estos supuestos, entienden unánimemente los autores que el Juez debe examinar forzosamente el fondo de la cuestión litigiosa (traicionando así la concepción clásica que la doctrina francesa tenía de esta institución, la cual supuestamente vedaba cualquier análisis, siquiera indiciario, de la cuestión litigiosa o de fondo por parte del Juez),⁽⁴⁰⁾ y que tan sólo puede otorgar la tutela judicial pretendida si, efectivamente, no existe “oposición seria” alguna o, dicho de otro modo, si no tiene alguna duda razonable en cuanto al éxito de las pretensiones de la parte actora en un eventual proceso declarativo ordinario final.

A la hora de interponer su demanda, el actor deberá acudir a los mismos preceptos anteriormente citados (artículos 808 y 809.1 LEC); si bien, en la práctica, normalmente fundamentará sus alegaciones en ambos o, sencillamente, acudirá la mayoría de las veces al último, el cual, aunque explícitamente no hable de urgencia, implícitamente la requerirá puesto que, como acertadamente se ha dicho, “*siempre es urgente hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita*”.⁽⁴¹⁾

- 2º) La segunda de ellas consiste en lo que este mismo profesor define como la de “*abortar actos de Justicia privada*”; es decir, ordenar el cese de un conflicto en el cual una de las partes, violentamente o por vía de hecho, se ha tomado la justicia por su propia mano, asegurándose el inmediato beneficio del derecho que pretende. En estos supuestos, poco importa saber de antemano, quién tiene razón o no, por cuanto que se ha cometido un ilícito al cual, en

⁽³⁹⁾ Ejemplos todos ellos, al igual que los anteriores, contenidos en el estudio de NORMAND, “Les fonctions des référés”, cit., pp. 81-82.

⁽⁴⁰⁾ Como acertadamente pone de manifiesto PERROT, en contra de lo afirmado por la *Cour de Cassation* francesa, la experiencia demuestra que, en numerosas ocasiones, el Juez debe pronunciarse sobre cuestiones de fondo (*Droit judiciaire privé*, cit., p. 1076).

⁽⁴¹⁾ NORMAND, “Les fonctions des référés”, cit., p. 83.

cualquier caso, ha de ponerse coto. Ahora bien, nuevamente se requerirá al *juge des référés* que compruebe fehacientemente la evidencia del ilícito (en particular, que no deriva, a su vez, de otro ilícito) y, en concreto, al igual que se exige en España a la hora de otorgar una medida cautelar, que la tutela pretendida no sea susceptible de ser acordada a través de otras medidas menos gravosas.⁽⁴²⁾

En resumen, como anticipáramos al inicio de nuestra exposición, puede afirmarse que el campo que cubre el *référé* es amplísimo: desde la tutela cautelar propiamente dicha (por lo menos, tal y como la concebimos tradicionalmente en España o en Italia), hasta la tutela anticipatoria, pasando por otro tipo de medidas preparatorias de un proceso, como la práctica de determinados medios de prueba o de lo que nuestra LEC conoce en la actualidad bajo la denominación de diligencias preliminares.

2.4. Procedimiento

El proceso del *référé*, en concordancia con la celeridad que lo caracteriza, es sumamente sencillo en su tramitación procedimental. Su regulación normativa se contiene, con carácter general, en los artículos 484 a 492 NCPC (que resultan de aplicación común a todas las jurisdicciones) y, con carácter específico, en numerosas disposiciones normativas (en su mayoría, repetidas), tanto del propio Código Procesal Civil como de otras leyes, que establecen determinadas especificidades en función del Tribunal ante el cual se tramita (*Tribunal de grande instance; Tribunal d'instance, Tribunal de commerce; Tribunal paritaire des baux ruraux; cour d'appel*)⁽⁴³⁾ o de la concreta jurisdicción que conoce del mismo (social y laboral, principalmente).⁽⁴⁴⁾ Sin embargo, la mayoría de autores coincide en afirmar que todas estas previsiones legales resultan sumamente parcas de contenido, debiendo de completarse con el importantísimo cuerpo jurisprudencial sentado al efecto.

(42) NORMAND, “Les fonctions des référés”, cit., pp. 85-86.

(43) Artículos 808 a 811 NCPC; 848 a 850 NCPC; 872-873 NCPC; 893 a 896 NCPC y 956-957 NCPC, respectivamente.

(44) Artículo R. 142-21-1 del *code de la sécurité sociale* y R. 516-30 a R. 516-35 del *code du travail*.

En concreto, el *référé* principia por demanda (no necesariamente firmada por abogado),⁽⁴⁵⁾ en la cual el actor solicita la tutela judicial pretendida y emplaza a su adversario “*par voie d’assignation*” (es decir, a través de un *huissier de Justice*), para que comparezca a una vista que se celebrará ante el Juez en los días y horas habituales en los que se ventilan este tipo de asuntos (artículo 485.1 NCPC). Habitualmente, el plazo para comparecer será de aproximadamente unos quince días, que el Juez verificará de oficio a efectos de velar por que la parte demandada haya podido preparar su defensa con la antelación suficiente puesto que, de lo contrario, *l’ordonnance* o resolución final sería nula de pleno derecho.⁽⁴⁶⁾ No obstante, en casos de extrema urgencia, el Juez podrá conocer del litigio el mismo día –“*incluso los días festivos o de huelga*”,⁽⁴⁷⁾ afirma la Ley–, en cuyo caso deberá celebrar el juicio en la sede del Tribunal o, de lo contrario, en su propio domicilio “*a puertas abiertas*” (*référé* este último que recibe la denominación, en la praxis del foro, de “*référé d’heure à heure*”).⁽⁴⁸⁾

El día señalado, las partes comparecerán ante el Juez (salvo que, como expuesto anteriormente, atendida la complejidad del caso, el asunto se remita a un Tribunal colegiado para que decida “*en état de référé*”) y, de forma similar a lo que acontece en nuestro juicio verbal, en ella se practicarán en unidad de acto todos los medios de prueba admisibles, siendo de destacar (a diferencia de lo que sucede en nuestro sistema

(45) Que el abogado sea facultativo no supone que la parte que no desea sus servicios pueda hacerse representar por otro profesional, dado el monopolio que ostentan éstos últimos (PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1132).

(46) Así lo sentenció, en concreto, una vieja resolución de la *Cour de Cassation* de 6 de Noviembre de 1861.

(47) El legislador francés parece muy sensibilizado, mediante esta disposición, por las contundentes huelgas que de tanto en cuanto asolan nuestro país vecino y de las que tanto eco se suelen hacer los medios de comunicación pública.

(48) Según LE FOYER DE COSTIL, *Le vol d’aigles du juge des référés*, cit., p. 343, “*Tels sont le dynamisme et la dynamique du juge des référés que dans certains grands tribunaux a organisé des permanences des référés de cabinet pouvant être tenues tous les jours de la semaine, ouvrables ou non, même à des heures tardives avec obligatoirement une permanence du greffe. Le juge des référés peut rendre une justice extrêmement rapide et voilà pourquoi, plus qu’ailleurs le respect du contradictoire, sous son contrôle, doit être vigilemment observé*”.

jurídico) que el Juez podrá, de oficio, ordenar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos: desde una primera investigación (“*enquête*”) hasta una compleja prueba pericial, pasando por el eventual levantamiento de un acta por parte de un *huissier* a efectos de proceder a la constatación de determinados hechos.

Celebrada la vista, el Juez dictará la tan mencionada *ordonnance de référé*, que el *huissier de Justice* notificará a ambas partes, al no ser imperativa la intervención de abogado. Como ha quedado también expuesto anteriormente, la citada resolución judicial, al no producir *plenos* efectos de cosa juzgada, podrá ser revocada en cualquier momento de acontecer nuevos hechos que así lo justifiquen (al igual que sucede en España en materia cautelar, como dispone el artículo 743 LEC). De forma idéntica, cualquiera de las partes podrá acudir al correspondiente juicio declarativo ordinario para debatir con total amplitud la cuestión de fondo, en cuyo caso el Juez o Tribunal que conozca del mismo no estará en ningún caso vinculado por el contenido de la resolución dictada por el *juge du référé*.⁽⁴⁹⁾

L’*ordonnance de référé*, al igual que expusiéramos en líneas precedentes, constituye título ejecutivo por lo que podrá ser ejecutada provisionalmente, bajo la responsabilidad del ejecutante, como cualquier otra resolución judicial, si bien el órgano jurisdiccional podrá requerir de este último la aportación de una fianza para garantizar los eventuales daños y perjuicios que puedan irrogarse al ejecutado (la cual, dicho sea de paso, no suele exigirse casi nunca en la práctica).⁽⁵⁰⁾ Contra la misma, cabrá interponer recurso de apelación en un plazo de quince días (cuando el importe del litigio así lo permita o, dicho sea en terminología francesa, cuando supere el *taux de ressort*, salvo, obviamente, que la *ordonnance* la haya dictado el propio Presidente de la audiencia o *Cour d’appel*);⁽⁵¹⁾ de

(49) Ello no obsta, sin embargo, a que, como bien indica PERROT (*Droit judiciaire privé*, cit., p. 1143), l’*ordonnance de référé* esté desprovista en estos casos de autoridad alguna, dado que su opinión será sin duda alguna tenida en cuenta por el nuevo magistrado.

(50) Explícitamente, afirma PERROT, en torno a este extremo que “*les juges de référé ne prescrivent que très rarement la constitution d’une garantie. On ne peut que le déplorer*” (*Droit judiciaire privé*, cit., p. 1149).

(51) Una cuestión interesante que suscita el recurso de apelación interpuesto contra una *ordonnance de référé* es que, como señala PERROT (*Droit judiciaire privé*, cit., p. 1157),

opposition (si la parte ha permanecido en rebeldía); de casación (a interponer conjuntamente con la sentencia que ponga fin al proceso declarativo ordinario que, en su caso, haya podido presentarse, salvo que el *référé* haya versado sobre alguna de las materias previstas en el artículo 145 NCPC en cuyo caso la resolución será directamente recurrible en casación); y, por último, de *terce opposition* (recurso extraordinario, que tan sólo podrá interponer un tercero que acredite un interés legítimo en recurrir la resolución judicial).

A destacar finalmente que, para lograr el cumplimiento de lo acordado, el Tribunal podrá imponer multas coercitivas (*astreintes*) y liquidarlas incluso a título provisional.⁽⁵²⁾

3. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL RÉFÉRÉ EN MATERIA ARBITRAL, ASÍ COMO DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL “REFÉRÉ PRÉ-ARBITRAL” DE LA CCI

3.1. Introducción

Una vez analizada la institución del *référé*, que por su particular naturaleza requería, bajo nuestro punto de vista, de una explicación previa para poder entender debidamente la materia que ahora nos ocupa, pasaremos seguidamente al estudio de la aplicación práctica que de este proceso se realiza en Francia en materia de arbitraje.

Al efecto, y en aras de una mayor claridad, procederemos a dividir el presente apartado en tres subapartados o epígrafes distintos:

si bien el Tribunal de segunda instancia únicamente puede resolver— como es de rigor— aquellos aspectos de la controversia que le han sido sometidos (en méritos de la conocida regla *tantum devolutum quantum appellatum*), puede y debe tener en cuenta, en cambio, todos aquellos hechos que han acontecido con posterioridad y, por consiguiente, dictar una nueva resolución acorde con el momento actual. Otro ejemplo más, por lo tanto, de sentido práctico, pero también de sentido común jurídico. Por último, es de señalar también que, según afirma dicho autor, la *Cour de cassation* ha reconocido la posibilidad para las *Cours d’appel* de condenar al apelante al abono de daños y perjuicios cuando su recurso de apelación fuere abusivo (Sentencia de la *Cour de Cassation* – de ahora en adelante, STCC - de 16 de Diciembre de 1986).

⁽⁵²⁾ PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., pp. 1153-1162.

- 1º) En primer lugar, como paso previo, expondremos cuáles son los poderes que, con carácter general, reconoce la ley francesa a los árbitros en materia cautelar (3.2.)
- 2º) En segundo lugar, habida cuenta de la gran diversidad de medidas que pueden solicitarse por los cauces del *référé*, expondremos cuál es la doctrina jurisprudencial que los Tribunales galos –y, muy particularmente, la *Cour de Cassation*– han sentado en cada caso (3.3).
- 3º) Por último, analizaremos la novedosa institución del *référé pré-arbitral* que ha sido objeto de regulación por parte de la CCI (y que actualmente han incorporado los reglamentos de otras instituciones arbitrales) así como las recientes aplicaciones que se han efectuado del mismo, cuyo principal interés estriba precisamente en la trasposición que de esta histórica institución francesa se ha hecho en sede de arbitraje (3.4.)

3.2. Potestades que la ley francesa reconoce a los árbitros en materia cautelar

El arbitraje se regula, en la actualidad, en los artículos 1442 a 1507 NCPC, los cuales conforman, de por sí, todo el Libro IV de dicho código. Paradójicamente, aunque ninguna disposición alude directamente a la potestad de los árbitros para otorgar medidas cautelares (*rectius*, “*mesures conservatoires et provisoires*” en francés, concepto éste sobre el cual volveremos seguidamente), tal potestad parece indiscutida desde antaño, cuanto menos desde el año 1922 en que una institución pionera en esta materia como es la CCI, ya preveía en su primer reglamento una autorización expresa a los árbitros para dictar este tipo de resoluciones.⁽⁵³⁾

(53) SCHWARTZ, “Pratique et expérience de la Cour de la CCI”, *Mesures conservatoires et provisoires en matière d’arbitrage international*, AA.VV., Publicación de la CCI N° 519, París, 1993, p. 47. En concreto, según dicho autor, el artículo XVIII del Reglamento de 1922 afirmaba que: “*dans tous les cas, les arbitres auront le droit, à la demande d’une des parties intéressées, de rendre une décision provisoire, portant qu’il sera pris telles mesures conservatoires qui peuvent être indispensables et, en cas de nécessité absolue, toutes mesures pour réaliser les marchandises ou objets dont il s’agit, étant toutefois bien entendu qu’une telle décision de la part des arbitres ne saurait entraîner pour eux aucune responsabilité personnelle*”.

No obstante, debido precisamente a la inexistencia de una teoría general en materia de medidas cautelares y a la total indeterminación que conllevan los términos “*mesures conservatoires y provisoires*” que habitualmente designan estas medidas en derecho francés⁽⁵⁴⁾ (de ahí precisamente también que la tutela que dispensa el *référé* sea tan amplia en la praxis, al confundirse bajo tales términos medidas tan dispares como la práctica anticipada de determinados medios de prueba; unas diligencias preliminares o un embargo preventivo, entre otras muchas), la propia doctrina jurisprudencial ha ido delimitando en el tiempo la clase de *mesures provisoires et conservatoires* que podían adoptar los árbitros.

Sin embargo, una atenta lectura de la doctrina de los autores y de las resoluciones dictadas por los Tribunales Arbitrales (muy particular-

(54) DE LEVAL, *Le juge et l'arbitre*, cit., p. 423, entiende que “*sous le vocable mesures provisoires, on englobe généralement les mesures provisoires et les mesures conservatoires. La mesure provisoire est la mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive. La mesure conservatoire est une mesure d'urgence prise pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose. Alors que la mesure provisoire permet de régler la situation des parties dans l'attente de la sentence Arbitrale, la mesure conservatoire permet à une partie à la procédure Arbitrale de prendre certaines précautions en vue de garantir l'effectivité de la sentence à intervenir ou de se prémunir contre les conséquences défavorables de celle-ci. Les mesures provisoires et les mesures conservatoires présentent des caractéristiques communes: elles sont urgentes, accessoires et temporaires; elles ne portent pas préjudice au principal; il est fréquent que la même mesure soit à la fois provisoire et conservatoire; la recevabilité d'une demande de mesures provisoires ou conservatoires n'est pas subordonnée à l'introduction antérieure ou concomitante d'une demande au fond devant un Tribunal Arbitral, mais le sort définitif de la mesure provisoire ou conservatoire dépendra, en règle, du contenu de la décision rendue au fond*”. En idéntico sentido, citando a otros autores, se pronuncia BOND, “La nature des mesures conservatoires et provisoires”, en: *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, AA.VV., Publicación de la CCI, N° 519, París, 1993, p. 8, cuando afirma que: “*la notion de mesure conservatoire est l'une des plus obscures qui soit (...). Les mesures conservatoires couvrent des significations très disparates*”; BERNARDINI, “Les pouvoirs de l'arbitre”, en: *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, AA.VV., Publicación de la CCI, N° 519, París, 1993, p. 24; o PLUYETTE, “Une vue française”, en: *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, AA.VV., Publicación de la CCI, N° 519, París, 1993, p. 74. SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 52, constata por su parte como en la experiencia de la CCI, “*les mesures provisoires et conservatoires que les tribunaux ont accepté d'accorder en pareil cas sont extrêmement diverses: elles vont d'injonctions et de saisies à des ordonnances exigeant un paiement provisoire, nommant un expert ou prenant d'autres mesures*”.

mente, por parte de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI)⁽⁵⁵⁾ revela que, en términos generales, los poderes que se reconocen a los árbitros son muy amplios.⁽⁵⁶⁾ Dos exclusiones parecen contemplarse sistemáticamente por parte de la doctrina: cuando la resolución de medidas cautelares pueda afectar derechos de terceros⁽⁵⁷⁾ y cuando los árbitros ordenen medidas cautelares que impliquen una ejecución forzosa o el concurso de la fuerza pública como, por ejemplo, ordenar el embargo preventivo de unos bienes. No obstante, en relación a este segundo supuesto creemos, al igual que PLUYETTE, que este último razonamiento confunde la potestad del Tribunal para poder otorgar una medida cautelar de esta naturaleza (que, en nuestra opinión, sí la tiene), con su *imperium* o capacidad de ejecutar la misma la cual, como es sabido, le es negada por el ordenamiento jurídico y atribuida en exclusividad a la jurisdicción ordinaria.⁽⁵⁸⁾

(55) Un extracto de las principales resoluciones dictadas hasta el año 2000 por este Tribunal en materia cautelar, puede verse en el Boletín N° 11 de la CCI del primer semestre del año 2000, pp. 39 a 119.

(56) Algo parecido acontece también en el Reino Unido donde, según explica BOND, *La nature des mesures conservatoires et provisoires*, cit., p. 11, “l’article 13 du Règlement de la London Court of International Arbitration prévoit que, à moins que les parties ne conviennent qu’il doit en être autrement, et sous réserve des limitations imposées par les lois applicables, les arbitres peuvent ordonner aux parties de mettre certaines choses à la disposition d’une inspection, ou peuvent ordonner la cession de certains biens, sous le contrôle de l’une ou de l’autre partie, ou peuvent ordonner la production de certains documents. De même, l’article 22 des AAA International Arbitration Rules déclare que les mesures intérimaires comprennent la remise de biens en dépôt à une tierce personne, ou la vente de marchandises périssables”. Por último, según indica también este autor, “l’article 38 du Règlement de l’Institut d’Arbitrage des Pays Bas donne pouvoir à un Tribunal d’ordonner que l’une ou l’autre partie remette des garanties pour couvrir les frais entraînés par un arbitrage”.

(57) Como es de imaginar, la situación es parcialmente distinta en el Reino Unido: sobre este particular véase el trabajo antes mencionado de BOND, *La nature des mesures conservatoires et provisoires*, cit., pp. 17 y ss.

(58) PLUYETTE, “Une vue française”, cit., p. 89: “les arbitres peuvent-ils prescrire des mesures impliquant une exécution forcée ou nécessitant le concours de la force publique, telles des mesures de garanties sur les biens ou des obligations de faire. La question est délicate car l’arbitre est dépourvu d’impérium même à l’égard des parties elles-mêmes; il ne peut pas de même adresser des injonctions à des tiers. Ces seules raisons ne me paraissent pas devoir exclure, par principe, l’intervention du Tribunal Arbitral déjà constitué et donc le pouvoir des arbitres en ce domaine car il faut, me semble-t-il, bien distinguer ce qui relève de leurs

En relación al momento a partir del cual pueden los árbitros ordenar dichas medidas, como indica Normand la doctrina se halla dividida y, desgraciadamente, la jurisprudencia, hasta este momento, no se ha pronunciado tampoco de forma clara sobre este extremo: así, mientras unos consideran que estas últimas no podrán ser adoptadas hasta que se haya producido la aceptación del último árbitro (en el caso de un Tribunal colegiado), otros estiman, por el contrario, que no podrán otorgarse las mismas hasta que el expediente les haya sido remitido.⁽⁵⁹⁾ Ahora bien, como acontece habitualmente en esta materia, en el caso de que se haya optado por un arbitraje institucional habrá de estarse también a lo que disponga el Reglamento de la institución en sí el cual, muy probablemente, determinará con mayor precisión el *dies a quo* para la adopción de las medidas por parte de los árbitros.⁽⁶⁰⁾

En todos los casos, al igual que acontece actualmente en España o en Bélgica,⁽⁶¹⁾ la doctrina entiende que las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes⁽⁶²⁾ (superada la vieja concepción de que, en estos casos, la competencia del *juge des référés* era de orden público y, consecuentemente, no podía excluirse nunca) y así lo establecen numerosos reglamentos como, por ejemplo, el de la CCI (en su artículo 23)⁽⁶³⁾ o la propia Ley Modelo de la CNUDMI/

pouvoirs propres pour décider ou pour ordonner en leur qualité de juge et de ce qui relève de l'exécution volontaire ou forcée de la mesure prescrite”.

(59) NORMAND, “Les mesures provisoires et l’arbitrage”, cit., p. 464. SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 57, entiende por su parte que “une fois saisis du dossier, les demandes de mesures provisoires ou conservatoires doivent normalement leur être adressées”.

(60) Tal es el caso del vigente Reglamento de la CCI que, en su artículo 23, dispone que el Tribunal Arbitral podrá dictar “dès remise du dossier” las medidas cautelares pertinentes.

(61) Así lo pone de manifiesto DE LEVAL, *Le juge et l’arbitre*, cit., p. 436.

(62) Por ello, como destaca PLUYETTE, *Une vue française*, cit., p. 77, la *Cour de Cassation* francesa admite que, de nada estipular las partes en contra, éstas podrán acudir ante la jurisdicción ordinaria para solicitar cualesquiera medidas cautelares (STCC de 6 de Marzo de 1990, entre otras).

(63) Para un comentario de este Reglamento en su última redacción actualmente vigente véase REINER, “Le règlement de la CCI, Version 1998”, en: *Revue de l’arbitrage*, N° 1, 1998, pp. 25 y ss.

UNCITRAL, de 21 de junio de 1985.⁽⁶⁴⁾ Concretando incluso un poco más el alcance del anterior principio, la doctrina mayoritaria entiende también que, con carácter general, puede decirse que la intervención del Juez es complementaria antes del arbitraje y subsidiaria una vez constituido el Tribunal Arbitral,⁽⁶⁵⁾ produciéndose principalmente la intervención del Juez una vez iniciado el proceso arbitral cuando concurren situaciones de urgencia o de peligro inminente.⁽⁶⁶⁾ En cualquier caso también, nada se opone a que las partes excluyan contractualmente la potestad de una u otra jurisdicción,⁽⁶⁷⁾ ya sea explícitamente, ya sea remitiéndose al reglamento de cualquier institución que así lo establezca⁽⁶⁸⁾ o, incluso, estipulen contractualmente el tipo de tutela cautelar que deseen, previendo sus límites y alcance.⁽⁶⁹⁾

Por otro lado, aunque sumamente infrecuente en la práctica, dado el carácter provisional que ostenta toda *ordonnance de référé*, la doctrina ha entendido que es dable a los árbitros modificar una anterior reso-

⁽⁶⁴⁾ En concreto, en su artículo 17.

⁽⁶⁵⁾ GARAUD/ DE TAFFIN, “Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI”, en: *Bulletin de la Cour internationale de la CCI*, Vol. 16, N° 1, 2005, p. 35. En idéntico sentido se manifiesta PLUYETTE, “Une vue française”, cit., p. 89: “Après la saisine des arbitres, la jurisprudence considère qu’il ne doit pas y avoir d’ingérence ou d’immixtion du juge étatique dans l’instance Arbitrale (...). Cela n’exclut pas pour autant l’intervention du juge pour ordonner certaines mesures provisoires ou conservatoires; mais son rôle n’est plus seulement complémentaire, il devient subsidiaire des pouvoirs des arbitres”. En el caso de la CIADI (organización pública creada por el Convenio para la resolución de conflictos relativos a inversiones entre Estados), su Reglamento ha partido del principio inverso: cuando las partes se someten a su arbitraje, se entiende que renuncian a solicitar medidas cautelares ante los jueces salvo disposición contraria por su parte. Para un estudio de este organismo y de sus funciones arbitrales véase PARRA, “Pratique et expérience du CIRDI”, en: *Mesures conservatoires et provisoires en matière d’arbitrage international*, AA.VV., Publicación de la CCI, N° 519, París, 1993, pp. 39 y ss.

⁽⁶⁶⁾ PLUYETTE, “Une vue française”, cit., p. 91.

⁽⁶⁷⁾ Así lo ha declarado, en efecto, la *Cour de Cassation* (SSTCC de 18 de noviembre de 1986 y de 20 de marzo de 1989). Según afirma DE LEVAL, *Le juge et l’arbitre*, cit., p. 440, otro tanto sucedería en Bélgica. Sobre este particular véase también SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 53.

⁽⁶⁸⁾ BERNARDINI, *Les pouvoirs de l’arbitre*, cit., pp. 25-28.

⁽⁶⁹⁾ BERNARDINI, *Les pouvoirs de l’arbitre*, cit., p. 29.

lución dictada por el *juge des référés* si, como es doctrina jurisprudencial consolidada en este ámbito (según hemos expuesto con anterioridad), sobrevienen nuevos hechos que así lo justifican.⁽⁷⁰⁾ Ahora bien, unánimemente entiende la doctrina que los árbitros, a la hora de pronunciarse sobre una determinada medida cautelar, habrán de respetar en todo momento el principio del contradictorio, no pudiendo en ningún caso resolver *inaudita parte* por ser abiertamente contrario a los principios que inspiran el arbitraje.⁽⁷¹⁾

Asimismo, se discute también la naturaleza que ha de revestir la resolución que deben dictar los árbitros en esta materia: si auto (*ordonnance*) o sentencia. Como se comprende, la cuestión no es baladí puesto que, en función de la forma que revista tal resolución, podrá o no reconocerse la misma por vía convencional y, muy particularmente, por los cauces del Convenio de Nueva York aunque precisamente este extremo, según la mejor doctrina, sea precisamente uno de los más discutidos.⁽⁷²⁾ Una vez más, deberá acudir al reglamento de cada institución para intentar esclarecer este extremo (como otros tantos, dicho sea de paso); a la práctica seguida en cada caso dado que, en numerosas ocasiones (como acontece ante la CCI), en función de la mayor o menor complejidad del supuesto de hecho, la resolución revestirá una u

(70) Así lo entiende SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la CCI*, cit., pp. 58-59, quien apoya su opinión en el trabajo de GAILLARD, "Arbitrage commercial international", en: *Jurisclasseur droit international*, fasc. 586-2, N° 142. En idéntico sentido se manifiesta PLUYETTE, "Une vue française", cit., p. 87. A idéntica solución parece llegarse en Bélgica según pone de manifiesto DE LEVAL, *Le juge et l'arbitre*, cit., p. 438.

(71) Así lo manifiestan, entre otros, SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 62; BERNARDINI, *Les pouvoirs de l'arbitre*, cit., pp. 22 y 28: "il est douteux que cette solution soit légitime dans la mesure où, d'une part, contrairement aux procédures devant les juridictions étatiques, il n'existe pas de recours à l'encontre des ordonnances Arbitrales et où, d'autre part, en l'absence d'une exécution volontaire de l'ordonnance Arbitrale rendue ex-parte, la juridiction étatique, saisie par la partie désirant voir ordonner l'exécution, peut considérer l'ordonnance inefficace dès lors qu'elle viole le principe de la contradiction".

(72) BERNARDINI, *Les pouvoirs de l'arbitre*, cit., p. 29, entiende, por ejemplo, que una resolución de medidas cautelares podrá ser reconocida por los cauces del Convenio de Nueva York (y, concretamente, en méritos de lo establecido en los artículos IV y V) si reviste la forma de sentencia o laudo arbitral parcial. En idéntico sentido véase PLUYETTE, "Une vue française", cit., pp. 89 -90; DE LEVAL, *Le juge et l'arbitre*, cit., p. 425.

otra forma;⁽⁷³⁾ y, como no también, a lo que hayan podido pactar las partes sobre este extremo.

Por último, en materia de arbitraje internacional, es de resaltar que tanto la doctrina como la jurisprudencia destacan que es sumamente importante cerciorarse de que el país en el que vaya a ejecutarse la medida cautelar reconozca la potestad de los árbitros en esta materia y, en su caso, el concreto alcance de la medida que vaya a adoptarse (es decir, que no vulnera por su extensión ni por sus efectos su orden público interno),⁽⁷⁴⁾ aunque algún autor subraya acertadamente también cómo la mayor independencia de la justicia arbitral frente a los órganos del Estado permite, precisamente, la adopción de medidas cautelares mucho más contundentes.⁽⁷⁵⁾

3.3. Aplicación por la jurisdicción ordinaria del “référé” en materia de arbitraje

Como hemos expuesto anteriormente, tanto los autores como la jurisprudencia francesa han venido reconociendo tradicionalmente a los árbitros potestades en materia cautelar.

Muy singularmente, y a diferencia de lo que acontecía en numerosos países de su entorno geográfico –entre ellos España–, los Tribu-

⁽⁷³⁾ Sobre este particular SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 66, pone de manifiesto cómo “*les mesures provisoires et conservatoires ordonnées par des tribunaux de la CCI ont souvent pris la forme, ou font partie, de sentences soumises à l’examen de la Cour selon l’article 21 du Règlement de la CCI, et la Cour a régulièrement approuvé ces sentences, même si elles n’ont pas pu être ni définitives, ni même toujours exécutoires (...). Une sentence peut néanmoins être parfois souhaitée pour certaines mesures provisoires afin de renforcer leur force exécutoire. Cependant, comme il a déjà été indiqué, on ne saurait présumer qu’une telle sentence sera nécessairement exécutoire en tant que telle. Il est donc essentiel d’être familiarisé avec les exigences de la loi applicable là où la mesure provisoire devra être exécutée*”.

⁽⁷⁴⁾ En este sentido véanse SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 61; BERNARDINI, *Les pouvoirs de l’arbitre*, cit., p. 23, quien destaca entre los países en los cuales se denegaría al árbitro la potestad de dictar medidas cautelares a Italia, Austria o Alemania.

⁽⁷⁵⁾ Sobre este particular véase BOND, *La nature des mesures conservatoires et provisoires*, cit., p. 15.

nales galos han admitido desde siempre que, en casos de urgencia, podía acudir al *juge des référés* aunque existiera una cláusula de sumisión a arbitraje y sin que ello comportara renuncia alguna a este último, al estimarse que, de lo contrario, se vulneraría el orden público jurisdiccional⁽⁷⁶⁾ (y ello, tanto en materia de arbitraje interno como de arbitraje internacional aunque en este último supuesto, al igual que en otros países de la Unión Europea –el Reino Unido, singularmente⁽⁷⁷⁾– la doctrina jurisprudencial se haya mostrado vacilante a la hora de exigir algún tipo de conexión con el derecho francés para poder otorgar la tutela cautelar pretendida).⁽⁷⁸⁾

Paradójicamente (en comparación con otros ordenamientos jurídicos), los mayores problemas surgirían en épocas relativamente recientes, debido precisamente a la metamorfosis gradual que sufriría el proceso que ahora nos ocupa (en los términos que hemos visto anteriormente), al abrirse el cauce del mismo a muchos otros supuestos de tute-

(76) NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., p. 462: “il a été toujours admis que le juge des référés pouvait être saisi, aussi bien avant la constitution du Tribunal Arbitral que durant l'instance ouverte devant ce dernier, afin de prendre toutes les mesures conservatoires que l'urgence imposait. On justifiait cette compétence par le caractère d'ordre public de la compétence étatique en cas d'urgence”.

(77) Así lo pone de manifiesto BOND, *La nature des mesures conservatoires et provisoires*, cit., pp. 12-13, cuando narrando lo acontecido en el caso “Channel Tunnel Group Ltd and Another c/ Balfour Beatty Construction Ltd and Others”, pone de manifiesto cómo la *Court of Appeal*, en fecha 22 de Enero de 1992, declaró que no podía otorgarse la tutela cautelar pretendida por celebrarse el Arbitraje en el extranjero (Bélgica, en este supuesto). Asimismo, relata este autor cómo en otro litigio en el cual se pretendía una tutela cautelar en Inglaterra sin que existiera nexo algún con el derecho inglés (asunto *Voest-Alpine Aktiengesellschaft c/ Ken-Ren Chemicals et Fertilizers Ltd* (en liquidación), el Juez Hirst se manifestó en términos muy parecidos. Para un análisis de lo que se regula sobre este particular en los reglamentos de otras instituciones arbitrales véase BERNARDINI, *Les pouvoirs de l'arbitre*, cit., pp. 25-27 y, en particular, sobre la “American Arbitration Association”, HOELLERING, “Pratique et expérience de l'AAA”, en: *Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international*, Publicación N° 519 de la CCI, 1993, pp. 32 y ss.

(78) Por ejemplo, MOREAU, comentando una resolución de la *Cour d'Appel* de París de fecha 10 de Junio de 1982 (*Revue de l'Arbitrage*, 1983, pp. 181 y ss.) estima que “le juge des référés devra justifier sa compétence ratione loci et qu'il ne pourra le faire qu'en fonction du domicile des parties, car on ne concevrait pas que la seule localisation en France de la procédure Arbitrale en dehors de tout lien de rattachement des parties avec la France suffise à justifier sa compétence”.

la judicial distintos que excederían, con mucho, la finalidad para la cual había sido éste ideado⁽⁷⁹⁾ o, sin ir más lejos, lo que en España o en otros Estados de la Unión Europea (singularmente en Italia, pese a la novedosa regulación normativa que se ha efectuado, en fechas relativamente recientes, de este procedimiento) se entendía y se sigue entendiendo por tutela cautelar. ¿Puede, por ejemplo, un *juge des référés*, en un litigio sometido a arbitraje, otorgar una medida de tintes clarísimamente anticipatorios de la tutela arbitral pretendida, prejuzgando así –ni que sea superficial o indiciariamente– el fondo del asunto sometido a los árbitros?

La pregunta, como se comprende, no tiene una respuesta fácil, y las vacilaciones que han dado tanto la doctrina como la jurisprudencia así lo demuestran. Todas ellas, como expondremos seguidamente, han girado y giran en parte todavía en torno a una única obsesión, que se nos antoja errónea por momentos: si la medida que dicta el *juge du référé* implica prejuzgar el fondo del litigio, salvo que se impetre la tutela de este Juez con carácter previo a la constitución del Tribunal Arbitral y por motivos de estricta urgencia, no podrá acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar alguna medida de esta naturaleza. Ahora bien, como acertadamente señala Perrot, la ausencia de toda apreciación del fondo de la controversia por parte del Tribunal del *référé* no deja de ser un mito,⁽⁸⁰⁾ y la teoría general de la tutela cautelar y, muy particular-

(79) Así lo reconoce, entre otros, NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., p. 462: “la question s’est trouvée profondément renouvelée par l’extension considérable qu’a connu, depuis bientôt vingt ans, le rôle du juge des référés. Ce juge est aujourd’hui investi d’une double fonction: une fonction purement conservatoire ou préparatoire, dont l’exercice ne le conduit à prendre aucun parti sur le fond; une fonction d’anticipation sur ce dernier, d’autre part, qu’il exerce généralement lorsqu’il prend des mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou celles qui s’imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite, ou mieux encore, lorsqu’il accorde une provision sur obligation non sérieusement contestable”.

(80) PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1076: “On a parfois pensé qu’il n’appartenait pas au juge des référés de prendre parti sur le fond du droit. Cette limitation est très arbitraire. L’expérience prouve en effet que, dans bien des cas, le juge des référés doit se prononcer sur des questions de fond”. De forma muy parecida COUCHEZ, “Référé et arbitrage, Essai de bilan (...) provisoire”, en: *Revue de l’arbitrage*, N° 2, 1986, p. 165, afirma también que: “alors qu’on affirmait qu’il n’était pas apte à porter, même provisoirement, une appréciation sur le fond d’un litige (...) c’est actuellement une solution différente qui prévaut”.

mente, la desarrollada en torno a uno de sus presupuestos esenciales –como es el del *fumus boni iuris*– así lo enseña.

En cualquier caso, tomando como pauta distintiva la que acabamos de señalar (teórica ausencia o no de una apreciación del fondo de la controversia por parte del Juez), veamos cuáles son los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial para que pueda impetrarse directamente la tutela de los Tribunales ordinarios en materia de *référé* en presencia de un convenio arbitral, así como los casos en los que ésta se otorga.

3.3.1. Cuando el Juez no prejuzga teóricamente el fondo del asunto

En estos casos –nos enseña la doctrina– no suelen haber mayores problemas a la hora de impetrar la tutela del Juez del *référé* en materia Arbitral, tanto si es antes como durante el proceso.

Dos son básicamente los tipos de medidas que suelen englobarse bajo este epígrafe:

- 1º) Las diligencias instructoras previstas en el artículo 145 NCPC;
- 2º) Las *mesures conservatoires* o “medidas conservativas” que, por así decir, son las que más se asemejan a nuestras medidas cautelares por cuanto que su finalidad es la mera “*salvaguarda de los intereses en juego a la espera de que se dicte resolución definitiva sobre el fondo*”.⁽⁸¹⁾

En concreto:

- 1º) A tenor de lo establecido en la norma antes mencionada, las diligencias instructoras son aquéllas que, “*ante un interés legítimo, se otorgan para conservar o predeterminedar, antes de todo proceso, la prueba de los hechos de los cuales podría depender la resolución del litigio*”.

Como se desprende del tenor literal de la disposición que acabamos de transcribir, para solicitar tales medidas no se requiere ni urgencia ni ausencia de “oposición seria” (en los términos que

⁽⁸¹⁾ NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., p. 465.

explicábamos en el apartado segundo de este estudio), sino tan sólo la concurrencia de un interés legítimo.

Si bien desde principios de los años ochenta el Alto Tribunal francés ya tuvo ocasión de sentenciar que la existencia de un convenio Arbitral no obstaba a que las partes pudieran invocar en estos casos la tutela del *juge des référés*, más recientemente la primera Sala de lo Civil de la *Cour de Cassation*,⁽⁸²⁾ en relación al conocido litigio en el que estuvo envuelta la sociedad promotora de Eurodisney, ha tenido ocasión de afirmar que la jurisdicción ordinaria puede, ex artículo 145 NCPC, ordenar cuantas diligencias instructoras estime necesarias, inclusive la práctica de una determinada prueba pericial aunque, para su concesión, el Juez deba examinar la cuestión de fondo.⁽⁸³⁾ Y ello por cuanto que el *juge des référés* no resuelve controversia alguna en estos casos, sino que tan sólo analiza el trasfondo del litigio para ordenar la práctica de un medio de prueba, que podrá libremente apreciar el árbitro *a posteriori*, “según las reglas de la sana crítica” en terminología procesal hispana.

- 2º) Como hemos anticipado anteriormente, son *mesures conservatoires* aquéllas cuya finalidad es la mera “*salvaguarda de los intereses en juego a la espera de que se dicte resolución definitiva sobre el fondo*”. En suma, y como también exponíamos con anterioridad, excepción hecha de las controvertidas y novedosas disposiciones contenidas en los artículos 726.2 y 727.11 LEC, son éstas las medidas que más se asemejan a las que en España concebimos como medidas cautelares.

Todas ellas, como explicábamos asimismo líneas más arriba, se pueden solicitar antes o simultáneamente al proceso arbitral, al ser la competencia en este ámbito “alternativa y concurrente” entre ambas jurisdicciones,⁽⁸⁴⁾ como dicho sea de paso reconocen numerosos reglamentos

(82) STCC de 15 de octubre de 1995.

(83) NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., p. 464.

(84) Sobre este particular véase nuevamente NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., p. 465; PELLERIN, “Les droits des parties dans l'instance Arbitrale”, en: *Revue de l'arbitrage*, 1990, p. 407. Según explica DE LEVAL, *Le juge et l'arbitre*, cit., p. 436, en

de instituciones arbitrales, entre ellos y como más emblemático quizá, el de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.⁽⁸⁵⁾ Ahora bien, las partes pueden excluir en todo momento, implícita o explícitamente, la competencia del *juge des référés*, al haberse abandonado, en la actualidad, la vieja concepción antes expuesta de que su intervención era, en estos casos, de *orden público*.⁽⁸⁶⁾

A destacar, por último, que la doctrina francesa coincide unánimemente en afirmar que vista la falta de *imperium* que posee el Tribunal Arbitral, éste constituye probablemente uno de los supuestos en los cuales revestirá mayor utilidad acudir directamente al *juge des référés* dado que éste último podrá, de forma mucho más rápida y eficaz, acordar y ordenar simultáneamente en pocos días la práctica de un embargo preventivo o la de una anotación preventiva en algún registro.⁽⁸⁷⁾

Bélgica tan sólo estaría permitido acudir al *juge des référés*, una vez constituido el Tribunal Arbitral, en supuestos de extrema urgencia.

(85) Aunque el Reglamento de esta institución intenta privilegiar acertadamente la facultad de los árbitros para dictar medidas cautelares durante el proceso arbitral, no es menos cierto que como literalmente establece en el apartado 2 de su artículo 23, “*Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en circunstancias apropiadas aún después, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares. La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene el acuerdo de Arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta a los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral*”.

(86) Así parece haberlo afirmado claramente la Sala Primera de lo Civil del Alto Tribunal francés mediante sentencia de 18 de Noviembre de 1986, citada por NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., p. 466. Con anterioridad, en cambio, no era así, tal y como expone COUCHEZ, *Référé et arbitrage, Essai de bilan (...) provisoire*, cit., p. 156, quien afirma literalmente: “*La jurisprudence admet depuis longtemps un tel recours, malgré l'existence d'une convention d'arbitrage, il ne saurait être question de remettre en cause ce principe. Sans doute l'article 1458 NCPC affirme-t-il l'incompétence des juridictions étatiques dès lors que les intéressés sont convenus de soumettre leurs conflits à une juridiction étatique, mais ce texte ne fait que consacrer la solution antérieure interdisant (logiquement) à un juge public du fond de connaître d'un litige que les parties ont voulu voir régler par un juge privé. Dès lors qu'il s'agit simplement d'obtenir certaines mesures provisoires, on ne saurait en revanche exclure a priori la saisine du juge des référés*”.

(87) Sobre este particular véase nuevamente NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., pp. 466-467: “*On observera, au plan pratique, que l'arbitre n'est sans doute pas le*

3.3.2. Cuando el Juez prejuzga el fondo del asunto

Aquí, como anticipábamos al inicio de este apartado, la cuestión se complica o, cuanto menos, puede decirse se complicó en sus inicios, cuando el *référé*, traicionando sus orígenes, fue objeto paulatinamente de una considerable expansión, a los solos efectos de descargar de trabajo a una sobrecargada Administración de Justicia. Por consiguiente, es cuando el *référé* cumple funciones de tutela anticipatoria que han existido mayores dudas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia a la hora de admitir su procedencia ante la presencia de un convenio arbitral.

Dos son las grandes clases o tipos de *référé* que caen de lleno en este ámbito:

- 1º) Por un lado, y como más emblemático (por ser también uno de los mayormente aplicados en la práctica) encontramos el *référé-provision*, es decir, aquél que permite al Juez acordar un pago a cuenta al acreedor ante lo que podríamos denominar la “apariencia de buen derecho” de su petición.

En estos casos en los cuales se permite incluso que el pago a cuenta cubra el 100% de la pretensión del acreedor⁽⁸⁸⁾ (en contra del sentido literal del propio concepto,⁽⁸⁹⁾ tras numerosos titubeos por parte de las *Cours d'appel* (lógicos, dicho sea de paso, si se piensa en los contundentes efectos que tiene esta institución),⁽⁹⁰⁾

mieux placé pour agir au plus vite: sa décision devra, de toute façon, faire l'objet d'un exequatur, à défaut de quoi les saisies ou inscriptions conservatoires ne pourraient être prises ou réalisées”.

- (88) Es ésta una práctica admitida en Derecho francés, particularmente en el ámbito de la jurisdicción mercantil. Sobre este particular véanse las SSTCC de la Sala de lo Mercantil de 20 de Enero de 1981 o de 12 de febrero de 1991.
- (89) Así lo pone efectivamente de manifiesto COUCHEZ, *Référé et arbitrage, Essai de bilan (...) provisoire*, cit., p. 171. En idéntico sentido PERROT, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 1102, tras destacar que *provision* significa “pago a cuenta”, pone de manifiesto cómo la verdadera intención que late tras esta jurisprudencia es la de poner fin anticipadamente al proceso declarativo ordinario posterior.
- (90) Así COUCHEZ, *Référé et arbitrage. Essai de bilan (...) provisoire*, cit., pp. 158-159, explica cómo una sentencia de la *Cour d'Appel* de París rechazó en el año 1979 un *référé-*

la *Cour de Cassation* ha enunciado un gran principio que ha sentado doctrina, y ello tanto para el arbitraje interno como para el arbitraje internacional: el *juge des référés* tan sólo podrá conocer de esta clase de peticiones mientras no esté constituido el Tribunal Arbitral dado que, con posterioridad, tan sólo a esta jurisdicción corresponderá resolver sobre las mismas, aunque medie incluso extrema urgencia.⁽⁹¹⁾

- 2º) Por otro lado, caen también de lleno en este apartado, las medidas que tienden a hacer cesar una perturbación manifiestamente ilícita, por el inevitable examen de fondo que, como indica el propio concepto, debe realizar el Juez. Sin embargo, según afirma Normand,⁽⁹²⁾ no existe sobre este punto, a diferencia del supuesto anterior, una jurisprudencia unánime que permita concluir acerca del mismo y exponer de forma clara cuál es la postura que actualmente sostienen los Tribunales franceses en esta materia.

Siguiendo a Schwartz puede afirmarse no obstante, con carácter general que, excepción hecha de estos últimos supuestos y, muy especialmente, del caso específico del *référé-provision* en los términos que acabamos de exponer, las medidas cautelares que otorgan los Tribunales franceses en el marco de un arbitraje para cumplir con su misión de “*Juez del buen socorro*”⁽⁹³⁾ cubren, sin embargo, en la práctica, un amplísimo espectro de medidas y supuestos distintos.⁽⁹⁴⁾

provision ante la presencia de un convenio arbitral, decisión que, posteriormente, anuló o “casó” la *Cour de Cassation*.

(91) Según explica COUCHEZ, *Référé et arbitrage. Essai de bilan(...) provisoire*, cit., p. 160, en sentido contrario pareció pronunciarse la *Cour d'Appel* de Rouen con anterioridad a que se sentara esta doctrina por parte de la *Cour de Cassation*, al estimar que la urgencia, una vez constituido incluso el Tribunal Arbitral, podía justificar la competencia del *juge des référés*. Por su parte, no sin razón discute este autor la doctrina sentada por la *Cour de Cassation*, al opinar que una gran urgencia (como, por ejemplo, una insolvencia a corto plazo del deudor) debería poder motivar la intervención del *juge des référés*. Sobre esta cuestión véase también SCHWARTZ, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 52.

(92) NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., pp. 470-471.

(93) Expresión de CORNU, citado por NORMAND, *Les mesures provisoires et l'arbitrage*, cit., p. 461.

(94) Como afirma sintéticamente este autor, *Pratique et expérience de la Cour de la CCI*, cit., p. 52, “*les mesures provisoires et conservatoires que les tribunaux ont accepté d'accorder*

3.4. El reglamento de *référé pré-arbitral* de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

3.4.1. Introducción

Hasta el momento, hemos analizado la técnica francesa del *référé* y cuál es el uso que se ha efectuado de la misma en materia arbitral, tanto por parte de los propios árbitros (una vez constituido el Tribunal), como por parte de la jurisdicción ordinaria, en mérito de la potestad “alternativa y concurrente” que le reconoce, en este ámbito, el ordenamiento jurídico francés.

Tras haber analizado el amplísimo campo que abarca esta institución así como la imparable progresión que experimenta en nuestro país vecino (tanto en una como en otra forma de tutela jurisdiccional), nos falta todavía por exponer lo que podríamos calificar de “punto culminante” en esta inexorable y firme evolución hacia un completo sistema de medidas cautelares en materia arbitral: el *référé pré-arbitral* de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

Como su propia denominación indica, mediante su introducción en el mundo del arbitraje se pretende colmar así la principal laguna que, con anterioridad a su creación, se constataba habitualmente en un arbitraje (sobre todo, de carácter internacional), cada vez que se deseaban solicitar determinadas medidas cautelares urgentes: la falta de potestad de los árbitros para conocer de tales medidas hasta, como mínimo, el momento en el cual se constituía el Tribunal Arbitral.

en pareil cas sont extraordinairement diverses; elles vont d'injonctions et de saisies à des ordonnances exigeant un paiement provisoire, nommant un expert ou prenant d'autres mesures". Entre las medidas que los Tribunales franceses han otorgado en el marco de un arbitraje seguido ante el Tribunal de la Corte internacional de la CCI destacan (p. 55), “*la saisie des comptes bancaires de l'autre partie (affaire 4415, 1984); la mise en marche de procédures de nantissement pour sauvegarder des marchandises objet du litige entre les parties; l'obtention d'un ordre pour empêcher l'appel d'une garantie bancaire; l'obtention d'une ordonnance autorisant à passer contrat avec un nouveau sous-traitant à la place du sous-traitant initial (affaire 4126; 1987); l'obtention d'une ordonnance de paiement provisionnel (affaire 5103; 1988); l'obtention d'un Tribunal italien d'une ordonnance de séquestre libératoire*”.

En las siguientes páginas analizaremos, por consiguiente: los orígenes de esta institución (3.4.2.); su procedimiento (3.4.3); su controvertida naturaleza jurídica; (3.4.4.) y, por último, las aplicaciones que se han hecho recientemente de la misma, con los interrogantes más frecuentes que éstas han suscitado y las soluciones que propone la doctrina para resolverlos (3.4.5).

3.4.2. Orígenes

Como apuntan la gran mayoría de autores, el *référé pré-arbitral* debe en gran medida su existencia a la iniciativa de Yves Derains quien, al tiempo de ser Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, impulsó dos grupos de trabajo para estudiar, en paralelo, dos temas complementarios: por un lado, las dificultades que habitualmente surgían en arbitrajes que versaban sobre Derecho de la construcción; y, por otro, la necesidad de crear un procedimiento rápido, similar al *référé* jurisdiccional, que permitiera adoptar rápidamente medidas cautelares a efectos de evitar la dilación que siempre comportaba la constitución del Tribunal Arbitral, particularmente pernicioso y perjudicial en arbitrajes internacionales.⁽⁹⁵⁾ En palabras del propio impulsor de este proceso:

“La experiencia demuestra que determinadas operaciones del comercio internacional exigen medidas urgentes que deben tomarse durante la ejecución del contrato, como acontece muy particularmente en materia de contratos de construcción (...). Si bien en casos excepcionales pueden las partes adoptar de común acuerdo las medidas que se imponen, normalmente son éstas cautivas de las decisiones tomadas por el ingeniero o Director de la obra o, incluso, unilateralmente por cualquiera de ellas. Se producen así abusos, particularmente cuando han de abonarse pagos a cuenta (...). La adopción de medidas

⁽⁹⁵⁾ GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 36. Para una explicación de los antecedentes de esta iniciativa véase también BOND, *La mise en place du Règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, conferencia pronunciada en el marco del Seminario del IAI en mayo de 2002 (disponible en internet en la página web de este instituto).

cautelares por un tercero independiente, provisionalmente obligatorias para las partes, resolvería el problema (...). La puesta en marcha de un sistema de référé arbitral podría ofrecer una solución a las dificultades jurídicas que deben resolverse de forma urgente”.⁽⁹⁶⁾

En este sentido –continuaba afirmando este autor–:

”Desde un punto de vista práctico, un arbitraje no es lo suficientemente rápido, por mucho que se extreme la diligencia (...). En un référé arbitral, el árbitro debería ostentar total libertad para fijar las reglas procesales; tomar conocimiento de los documentos que le pudieran suministrar las partes; solicitar la práctica de determinados medios de prueba (...). Debería resolver en un plazo breve. Un mes parece razonable en términos generales, siendo un plazo inferior poco realista en muchos casos (...). La cláusula del référé arbitral debería indicar que las partes se comprometen a ejecutar sin demora l’ordonnance de référé arbitral y a renunciar a todo recurso al cual puedan válidamente renunciar”.⁽⁹⁷⁾

Pues bien: como podremos constatar seguidamente, estas palabras escritas en el año 1982 recogen, prácticamente sin cambios, la esencia del actual *référé pré-arbitral* de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI cuyo reglamento, vigente a partir del 1 de Enero de 1990, ha sido adoptado en gran medida con posterioridad por otras instituciones Arbitrales como la NAI (*Netherlands Arbitration Institute*); la AFA (*Association Française d’arbitrage*); la *Chambre Arbitrale de Paris*; la *Cour Européenne d’arbitrage* o la *Chambre Maritime de Paris*.⁽⁹⁸⁾

Sin embargo, como también expondremos acto seguido, si bien el reglamento entró en vigor en la fecha antes indicada, no ha sido hasta

⁽⁹⁶⁾ DERAIS, “Expertise technique et référé arbitral”, en: *Revue de l’arbitrage*, N° 3, 1982, pp. 239-240.

⁽⁹⁷⁾ DERAIS, “Expertise technique et référé arbitral”, cit., pp. 243-249.

⁽⁹⁸⁾ Sobre este particular véase nuevamente GARAUD / DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 37.

pasados aproximadamente unos diez años que ha sido objeto de las primeras aplicaciones prácticas.

3.4.3. Procedimiento

El procedimiento de esta novedosa institución es, como deseaba su creador, sumamente sencillo en su tramitación, si bien no exento de numerosas interrogantes, como también explicaremos en el siguiente apartado.

En concreto, puede afirmarse que el mismo se subdivide en cinco fases esenciales: 1º) demanda; 2º) contestación; 3º) nombramiento del Tercero por parte del Presidente del Tribunal; 4º) práctica de diligencias instructoras y probatorias, con celebración de vista; 5º) resolución final que, al igual que en un proceso de *référé* jurisdiccional, recibe la denominación de “*ordonnance*”.

1º) A tenor de lo establecido en el artículo 3 del Reglamento, el proceso empieza con la demanda (a la cual podrán adjuntarse cuantos documentos se estimen oportunos), de la cual la parte presentará dos ejemplares en Secretaría, debiendo notificarla simultáneamente a su adversario por el medio más rápido posible (“incluyendo telefax”,⁽⁹⁹⁾ afirma en concreto el Reglamento). El idioma a utilizar para su redacción deberá ser el acordado por las partes o, en su caso, el mismo en el que figure redactada la cláusula por la cual las partes hayan acordado someterse al *référé pré-arbitral* (vocablo este último que la propia CCI traduce impropiaemente por el de “*procedimiento precautorio pre-arbitral*”) dado que, como estipula el propio reglamento, la sumisión por ambas partes a este particular proceso es por completo independiente de la sumisión que para la cuestión de fondo puedan acordar éstas, ya sea al arbitraje de la Corte internacional de Arbitraje de la CCI o al de cualquier otra institución arbitral; ya sea incluso a la propia jurisdicción ordinaria.⁽¹⁰⁰⁾ Más

⁽⁹⁹⁾ La disposición acusa, obviamente, el paso de los años (aunque sea relativamente reciente) puesto que, como afirman GARAUD / DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 41, en los cinco casos tramitados a través de este proceso el medio más utilizado fue el correo electrónico.

⁽¹⁰⁰⁾ Motivo por el cual en el Reglamento del *référé pré-arbitral* se ofrecen dos cláusulas de sumisión distintas: una al propio proceso especial en sí; y otra para el supuesto de que

dudoso es, en cambio, que la sumisión a este proceso signifique, sin más, una renuncia por las partes a la jurisdicción del *juge des référés*.⁽¹⁰¹⁾

Como aspectos más importantes de la demanda, estipula el Reglamento que en ella deberán concretarse “*la orden u órdenes que se solicitan y una explicación del fundamento de las mismas para demostrar que está comprendida dentro de los supuestos del artículo 2.1*” –es decir, dentro de las facultades del tercero (“*Tiers*”, en francés) independiente que las resolverá– y que, dicho sea de paso, son extremadamente amplias (aunque siempre dentro de los límites establecidos por las partes en sus escritos de alegaciones),⁽¹⁰²⁾ dado que éste último puede:

“*a.- Ordenar cualesquiera medidas conservatorias o medidas restitutorias que sean urgentemente necesarias, ya sea para evitar*

también se desee someter la controversia sobre el fondo al Tribunal de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Para un comentario de este segundo caso, véase el artículo de quien actuó como Tercero en el mismo: TERCIER, “Le référé pré-arbitral”, en: *ASA Bulletin*, Vol. 22, N° 3, 2004, pp. 464 y ss.

(101) Así lo entienden, por ejemplo, GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 40, refiriéndose además a un caso concreto, el que enfrentó a la multinacional petrolera TOTAL E&P a la República del Congo, y que constituyó el segundo litigio que se sometía al Reglamento que estamos analizando ahora. En este supuesto, ponen de manifiesto dichos autores cómo la cláusula de sometimiento al *référé pré-arbitral* excluía expresamente, además, la posibilidad de solicitar medidas cautelares ante la jurisdicción ordinaria. Pues bien, en opinión de estos últimos, “*l’efficacité d’une telle exclusion, qu’elle soit expresse ou implicite du fait du recours au référé pré-arbitral, semble douteuse en droit français compte tenu de la nature non juridictionnelle de la mission du tiers. Ainsi, de même que la concurrence des juridictions étatiques et du Tribunal Arbitral a été consacrée malgré le pouvoir reconnu aux arbitres d’ordonner des mesures provisoires, il nous semble que ce principe de compétence concurrente régit également l’articulation des pouvoirs du tiers et du juge des référés*”.

(102) Como afirman GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 48, “*les pouvoirs dévolus au tiers sont très vastes (...). Cependant, le Règlement ne permet pas au tiers d’ordonner des mesures provisoires ex parte (...). Les pouvoirs du tiers sont limités par la demande, la demande reconventionnelle et les éventuelles modifications apportées à ces demandes (...). Le tiers ne peut pas ordonner des mesures allant au-delà de celles qui ont été demandées par une partie conformément à l’article 3*”. En idéntico sentido se pronuncian ARNALDEZ / SCHAFER, “Le règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale (en vigueur depuis le 1 janvier 1990)”, en: *Revue de l’Arbitrage*, N° 4, 1990, p. 836.

el daño inminente o la pérdida irreparable, y así salvaguardar cualquiera de los derechos o bienes de una de las partes;

b.- Ordenar a una de las partes que efectúe a otra de las partes o a cualquier otra persona, un pago que debiera ser efectuado;⁽¹⁰³⁾

c.- Ordenar a una de las partes que tome cualquier medida que pudiere ser adoptada de conformidad con el contrato entre las partes, incluyendo la firma o entrega de cualquier documento o la intervención de una de las partes para procurar la firma o entrega de un documento;

d.- Ordenar cualesquiera medidas que sean necesarias para conservar o constituir pruebas⁽¹⁰⁴⁾

En este sentido, es de destacar, por cierto, que en dos de los cinco casos tramitados a través de este proceso, los terceros designados por el Presidente del Tribunal para otorgar la tutela cautelar impetrada han entendido que la “urgencia” en la solicitud de la medida tan sólo es requisito necesario en el primer supuesto del apartado a) y no en los tres restantes.⁽¹⁰⁵⁾

Por lo demás, la demanda deberá concretar cualquier información concerniente a la selección del tercero “*incluyendo, si procediera, las habilidades técnicas y profesionales, así como los requerimientos de nacionalidad e idiomas*” (artículo 3.2e), y acreditar asimismo la forma en que ha sido notificada a la otra parte.

2º) Recibida la demanda de la manera antes expuesta, el contrario deberá someter su contestación por escrito a la Secretaría del Tribunal dentro de un plazo máximo de ocho días, debiendo a su vez notificarla

⁽¹⁰³⁾ Esta norma, como puede comprobarse, sería comparable a la del *référé-provision* del NCPC y de aplicación tan discutida en materia arbitral.

⁽¹⁰⁴⁾ Algunos autores entienden, por cierto, que el Reglamento debería especificar que la lista anterior es enunciativa y no limitativa (GARAUD / DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 52).

⁽¹⁰⁵⁾ Sobre este particular véanse nuevamente GARAUD / DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 51.

a su adversario utilizando el método de entrega más rápido y efectivo (artículo 3.4).

A destacar que el Reglamento prevé, en la norma antes mencionada, que el demandado podrá, a su vez, indicar “*cualquier orden que solicite*”, debiéndose de entender por tal (como hemos podido comprobar de una atenta lectura de las resoluciones dictadas sobre este particular) no una simple orden “sustitutoria o menos gravosa” que la solicitada (en terminología de nuestra LEC), sino una auténtica y verdadera “orden” de las contempladas en el artículo 2.1 de la norma arbitral y, por consiguiente, con autonomía y efectos propios.

3º) Contestada la demanda, si no se hubiera efectuado antes, el Presidente del Tribunal procederá al nombramiento del tercero que, a falta de haber sido designado en el convenio (cuya existencia comprobará de oficio), nombrará “*teniendo en cuenta sus habilidades técnicas o profesionales, su nacionalidad, su lugar de residencia y sus otras relaciones con los países en los que estén establecidas las partes o con los que éstas pudieran estar relacionadas de cualquier otra forma, y cualesquiera otras indicaciones de las partes en relación con la selección de un tercero*”⁽¹⁰⁶⁾ (artículo 4.2).

Nombrado el tercero (que podrá ser recusado, sustituido o removido en los términos establecidos en el Reglamento), toda la documentación de las partes deberá ser remitida directamente a éste con copia a la Secretaría, y viceversa.

4º) Sumamente interesante es el artículo 5 del Reglamento, que regula la forma en la cual el tercero debe dirigir el proceso: y, como es de esencia al arbitraje (aunque acertadamente se haya criticado últimamente su creciente procedimentalismo),⁽¹⁰⁷⁾ éste goza de amplias facultades

⁽¹⁰⁶⁾ Como afirman GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 43, aunque la norma no lo diga expresamente, el tercero deberá ofrecer garantías de imparcialidad suficientes. De hecho, es para preservar la misma que, en la totalidad de los casos tramitados, el Presidente escogió siempre reputados profesores de Derecho expertos en materia de arbitraje y de nacionalidad distinta a la de las partes enfrentadas.

⁽¹⁰⁷⁾ GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 63.

directivas que se traducen en una total flexibilidad procedimental: puede decidir sobre su propia competencia; resolver libremente quién ha de soportar las costas del proceso; sugerir medios de prueba que considere útiles; acordar de oficio la práctica de cualquier *“investigación o indagación, que podrá incluir su visita a cualquier lugar en que se esté ejecutando el contrato, o a las instalaciones de las partes, o a cualquier otro lugar relevante; la obtención del dictamen de un experto; y la audiencia de cualquier persona de su elección en relación con la desavenencia, ya sea en presencia de las partes, o en ausencia de éstas, habiendo sido debidamente convocadas”* (artículo 5.3). Por otro lado –dispone la norma– las partes se comprometen a facilitar al tercero toda clase de facilidades para el desempeño de su misión y, en particular, a suministrarle todos los documentos que pueda considerar necesarios, así como a permitirle libre acceso a cualquier lugar para toda investigación o indagación (artículo 5.4). Asimismo, además de subrayarse el carácter confidencial del procedimiento, estipula el Reglamento que *“el tercero podrá convocar a las partes para que comparezcan ante él dentro del menor plazo posible, en la fecha y lugar que determine”* (artículo 5.5), pudiendo continuar el proceso en su ausencia siempre y cuando se le haya notificado debidamente el trámite procesal correspondiente y, por consiguiente, se haya respetado en todo momento el derecho de audiencia. Por último, es de destacar que, como la praxis ha demostrado con posterioridad y, en cualquier caso también, es norma habitual que en el proceso arbitral, no rigen los preclusivos trámites de presentación de documentos o escritos, habiéndose admitido en varias ocasiones, siempre respetando el principio del contradictorio, la presentación tardía de documentos (con posterioridad a los escritos de demanda y contestación); la presentación de escritos de réplica y dúplica; o la modificación no sustancial de la demanda inicial, a efectos de adaptarla a las nuevas circunstancias del caso, atendida la propia finalidad perseguida mediante la tutela cautelar invocada.⁽¹⁰⁸⁾

5º) A los 30 días desde que le haya sido remitido el expediente (plazo que podrá prorrogar el Presidente del Tribunal, a petición motivada del tercero o a iniciativa propia, si así lo considera necesario

⁽¹⁰⁸⁾ Así aconteció, en concreto, en el segundo caso de *référé pré-arbitral* dirigido por el Prof. TERCIER, por estimar este último, como explicó en las jornadas celebradas en

(artículo 6.2 del Reglamento), el tercero dictará su resolución u “*ordonnance*” debidamente fundamentada la cual, al igual que la del *juge des référés*, “no prejuzgará el fondo del asunto ni será vinculante para la Autoridad Competente⁽¹⁰⁹⁾ que podrá oír sobre cualquier duda, cuestión o desavenencia que haya suscitado la orden”, aunque, en cualquier caso, “la orden seguirá en vigor mientras no se decida lo contrario por el propio tercero o por la Autoridad Competente” (artículo 6.3). Por lo demás, el tercero podrá decidir que el cumplimiento de la orden quedará sujeto a las condiciones que estime apropiadas como establecer, por ejemplo, que una parte deberá iniciar un procedimiento ante la Autoridad Competente dentro del plazo determinado, o solicitar la prestación de caución (artículo 6.4). Asimismo, además de salvaguardar la responsabilidad de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y del propio Tercero (salvo falta consciente y deliberada de este último: artículo 6.8), se deja a la decisión de la Autoridad Competente “si la parte que rechaza o incumple la orden del Tercero es responsable frente a cualquier otra parte por el perjuicio causado por dicho rechazo o incumplimiento”, al igual que la resolución sobre los eventuales daños que pueda haber causado indebidamente la parte instante a su adversario (artículos 6.8).⁽¹¹⁰⁾

mayo de 2002 en el “*Institut pour l’Arbitrage International*” (documento disponible en la página web de este instituto) que sería contraria a la flexibilidad inherente a este proceso una solución distinta. En este sentido véase también su trabajo antes citado, *Le référé pré-arbitral*, cit., así como el estudio de GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 47, donde así lo explican perfectamente, opinando muy acertadamente que “*les droits de la défense et le principe du contradictoire ne doivent pas être sacrifiés au bénéfice d’une recherche aveugle d’efficacité*”. En idéntido sentido opinan GAILLARD/ PINSOLLE, “The ICC Pre-arbitral Referee: First Practical Experiences”, en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 1, p. 16, cuando califican expresamente de “*commendable*” la decisión del tercero (pese a haber asistido como abogados a una de las partes enfrentadas en el litigio en cuestión).

(109) Nótese cómo el Reglamento habla de “autoridad competente” y no de “tribunal arbitral” o “jurisdicción ordinaria”, por ejemplo. Y ello porque, como señalan GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 39, “*le demandeur dispose en pratique d’une option lui permettant soit de se tourner directement vers la juridiction compétente au fond, soit de déposer une requête de référé pré-arbitral ou encore de déclencher les deux procédures*”.

(110) Como señalan GAILLARD/ PINSOLLE, *The ICC Pre-arbitral Referee: First Practical Experiences*, cit., p. 19, esta norma “*suggest a hint, in the sense that such jurisdiction is a jurisdiction empowered with the task of allowing damages for non-compliance with the*

3.4.4. Naturaleza jurídica

Como también vislumbrara el propio impulsor del Reglamento, la naturaleza jurídica de esta institución es cuestión hartamente discutida, tanto por parte de la doctrina como por parte de los Tribunales y, en concreto, por parte de la *Cour d'appel* de París en una única resolución recaída hasta la fecha.

En concreto, ya en el año 1982 advertía Derains que la noción de laudo arbitral “*puede, con ciertos matices, aplicarse a la ordonnance de référé Arbitral*”, puesto que, sin duda alguna, es una decisión y no una simple opinión, al ser obligatoria por haberse comprometido las partes a ejecutarla. Sin embargo –continuaba afirmando dicho autor–:

“No podríamos afirmar que una decisión obligatoria dictada por un tercero independiente pueda considerarse como un laudo en todos los sistemas jurídicos. Por ejemplo, es dudoso en Derecho francés que la decisión obligatoria de un tercero encargado de colmar lagunas de un contrato o de adaptarlo a nuevas circunstancias sea un laudo arbitral. Por otro lado, cabe preguntarse también si la ordonnance de référé arbitral es definitiva o no. No prejuzga el fondo, no afecta los derechos de las partes y no vincula a la jurisdicción de fondo (...).”⁽¹¹¹⁾

Pues bien: apelada por una de las partes la resolución dictada por el Tercero en el segundo asunto de esta naturaleza que se ha tramitado

order, which is provisional in nature. In other words, the Rules do not seem to envisage the direct enforcement of the order, but appear to limit the consequences of non-compliance to the allocation of damages. As such, is arguable that the competent jurisdiction to allow such damages would be the jurisdiction competent to hear the merits of the case, generally arbitration”. Por su parte LÉCUYER-THIEFFRY, “First Court Ruling on the ICC Pre-Arbitral Referee Procedure”, en: *Journal of international arbitration*, Vol. 20, N° 6, 2003, p. 604, opina que: “*the most compelling argument in favor of voluntary compliance with the referee’s order results from the provision of Article 6.8.1 of the Rules, which states that the competent court may determine whether any party who refuses to carry out the order of the Referee is liable to any other party for loss or damage caused by such refusal or failure. This is the core of the efficiency of the referee’s order, which favors amicable settlement at a stage when the consequences of the dispute still be minimized”.*

(111) DERAIS, *Expertise technique et référé arbitral*, cit., pp. 247-248.

ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, la *Cour d'appel* de París, en una sentencia dictada el 29 de Abril de 2003, declara que el *référé pré-arbitral* es un “mecanismo contractual”, que no reviste autoridad de cosa juzgada, en el cual el tercero emite “una decisión cuya obligatoriedad han reconocido voluntariamente las partes”. Como bien afirman Gaillard y Pinsolle, “haciendo gala de la habitual parquedad que habitualmente caracteriza las resoluciones de los Tribunales franceses”,⁽¹¹²⁾ la *Cour d'appel* de París tan sólo añade, para fundamentar su opinión, que los redactores del Reglamento habían evitado “cuidadosamente” en el mismo el calificativo de “Arbitraje” (lo cual, a juzgar por las propias manifestaciones vertidas años antes por Derains es, dicho sea de paso, absolutamente cierto).

Como era de imaginar, la anterior resolución ha suscitado opiniones muy dispares y discrepantes aunque, sin miedo a equivocarnos, podríamos afirmar que son mayoritarios los autores franceses que parecen compartir la tesis vertida por el Tribunal de apelación parisino.

Por nuestra parte, aunque ciertamente pueda resultar prematuro extraer una conclusión definitiva en torno a una normativa arbitral que todavía debe ser objeto de mayor desarrollo práctico, compartimos con carácter general el pronunciamiento del citado Tribunal parisino, dada la ausencia de cosa juzgada y, *por ende*, coercitiva de que adolece la citada resolución, unida a la función que cumple el tercero en este procedimiento, que asemeja más su figura a la de un arbitrador⁽¹¹³⁾ que a la de un verdadero árbitro.⁽¹¹⁴⁾

(112) GAILLARD/ PINSOLLE, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, cit., p. 21.

(113) Siguiendo a CARRERAS LLANSANA, “El arbitraje en derecho español”, en: *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, p. 418, podemos definir la figura del arbitrador como “aquél que recibe de las partes unos poderes que efectivamente tienen; o sea, ellos podían libremente pactar el precio, es decir, fijar cada uno lo que quiere dar y lo que quiere recibir, y entra dentro de sus poderes el delegar a otro para que fije dicho precio; se ha resuelto por tanto una controversia económica por un tercero, y éste obra en virtud de un poder que le confiere no el Estado, sino las partes”. En idéntico sentido véase PRIETO-CASTRO y FERRÁNDIZ, “El arbitraje”, en: *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, p. 453; SERRA DOMÍNGUEZ, *Naturaleza jurídica del arbitraje*, cit., pp. 582-583.

(114) En contra véase GAILLARD / PINSOLLE, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, cit., p. 21: para quienes “it’s not only because the procedure is contractual in

3.4.5. Aplicaciones recientes del *référé pré-arbitral*

Como hemos anticipado anteriormente, pese a estar en vigor desde el 1 de Enero de 1990, el *référé pré-arbitral* tan sólo ha sido aplicado transcurridos más de diez años de existencia y, concretamente, a partir del año 2001. En total, cinco son los asuntos que se han tramitado por sus cauces y con una problemática latente muy parecida en todos ellos: obtener determinadas órdenes para lograr el cumplimiento de unos contratos.

En todos los casos, la resolución dictada por el tercero se ha ejecutado voluntariamente por las partes⁽¹¹⁵⁾ (no se olvide que el propio Reglamento establece en su artículo 6.6 que la sumisión al mismo implica también el compromiso de cumplir a la mayor brevedad la resolución adoptada por el tercero)⁽¹¹⁶⁾ y tan sólo en un único supuesto se ha interpuesto recurso ante los Tribunales (y que fue, precisamente, el que motivó la anterior sentencia dictada por la *Cour d'appel* parisina).

nature that it does not lead to a jurisdictional decision. Arbitration is also contractual in nature, but nevertheless undoubtedly leads a jurisdictional decision (...). In our opinion, the referee does render a jurisdictional decision unlike, for example, an expert. This view is shared by many french authors. What is certain, however, is that the decision is provisional in nature. As a result, it arguably does not pass the test set out by French courts to characterized as an Arbitral award (...). It would be probably have been more appropriate for the Paris Court of Appeal not to insist too much on the contractual nature of the referee's mandate, but to focus on the absence of finality of his decision".

(115) Como afirman GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 58, a buen seguro las partes cumplen voluntariamente la decisión del tercero puesto que, de lo contrario, podrían predisponerse en contra del árbitro.

(116) Como muchos autores señalan, éste constituye el "nudo gordiano" de la institución y el que debe determinar su éxito o fracaso. En cualquier caso, como señalan GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 55, el hecho de que la resolución dictada por el tercero revista la forma de *ordonnance*, puede constituir un serio obstáculo para obtener con posterioridad su reconocimiento o ejecución. Sin embargo, tal obstáculo no es insalvable, puesto que en algunos Estados se permite la ejecución de este tipo de resoluciones (partiendo de una noción más amplia de lo que debe entenderse por "sentence" o laudo arbitral) y, por otra parte, cada vez son más las resoluciones en materia cautelar que revisten forma de laudo. En idéntico sentido opinan TERCIER, *Le référé pré-arbitral*, cit., p. 474; PLUYETTE, *Une vue française*, cit., p. 89, quien desde un punto de vista de Derecho interno francés opina que los árbitros pueden adoptar medidas cautelares por *ordonnances* o laudos interlocutorios y ARNALDEZ/ SCHAFER, *Le règlement de référé pré-arbitral de la Chambre de commerce internationale (en vigueur depuis le 1 janvier 1990)*, cit., p. 847, para quienes "il ne semble pas évident,

Entre las experiencias más significativas, comentadas por los propios intervinientes en dichos procesos, destacaríamos las siguientes:

- 1º) Las previsiones contenidas en el Reglamento y, muy particularmente, el elenco de “órdenes” que pueden dictar los terceros, se han interpretado *latu sensu* por éstos a la hora de otorgar la tutela cautelar pretendida, de forma muy similar –podría decirse– a lo que sucede en la práctica del *référé* jurisdiccional;
- 2º) En todos los casos también, las normas de procedimiento se han interpretado de forma muy flexible admitiendo, como también exponíamos en el anterior apartado, nuevos escritos de ampliación de hechos; réplicas y dúplicas; o la aportación tardía de documentos, habiéndose respetado siempre el principio del contradictorio;
- 3º) En ningún supuesto, el tercero ha sobrepasado el plazo reglamentariamente establecido de 30 días para dictar su resolución, por lo que, como afirman los autores franceses, este último parecería, por lo general, realista.

Entre sus principales ventajas, destacarían:

- a) La confidencialidad;
- b) Su rapidez (frente al inevitable tiempo de espera que ha de aguardarse hasta la constitución del Tribunal Arbitral);⁽¹¹⁷⁾

en l'état des différents systèmes juridiques, qu'une ordonnance rendue par un tiers soit susceptible d'exécution forcée au sens de la Convention de New York de 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences Arbitrales étrangères: indépendamment de la qualification de l'activité du tiers que le juge pourrait être amené à faire, son éventuelle application dépendra de la conception que le juge retiendra de ce qui est ou non obligatoire au sens du Règlement de référé pré-arbitral et de la Convention de New York”.

- (117) No en todos los países, sin embargo, puede el *référé pré-arbitral* presentar una indudable ventaja frente a una solicitud de medidas cautelares interpuesta ante la jurisdicción ordinaria con carácter previo a un arbitraje. Así, como destacan GAILLARD/ PINSOLLE, *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences*, cit., p. 23, singularmente en Francia, donde el *référé* se caracteriza por su gran rapidez, “*the pre-arbitral referee does not replace interim relief that can be obtained before state courts (...). In particular, when there is absolute urgency, state courts are probably more appropriate. Selecting a referee and*

- c) Su neutralidad (frente a la de la jurisdicción ordinaria que, por motivos de soberanía, puede verse inclinada a favorecer los intereses del Estado al cual pertenece);⁽¹¹⁸⁾
- d) El idioma, puesto que el tercero, persona cuidadosamente elegida por el Presidente del Tribunal, puede acceder al texto de los contratos en su lengua original.⁽¹¹⁹⁾
- e) El mayor tiempo de que dispone el tercero para resolver la cuestión litigiosa, a diferencia del *juge des référés*, mucho más saturado de trabajo.⁽¹²⁰⁾
- f) Su gran flexibilidad, hasta el punto que, en el primer asunto, las partes prorrogaron de mutuo acuerdo la misión del tercero para que pudiera ulteriormente resolver cualesquiera dificultades que pudieran surgir en la ejecución de la medida.⁽¹²¹⁾
- g) Y, por último, que puede permitir una resolución anticipada del litigio dado que, en ocasiones, una tutela cautelar concedida y ejecutada a tiempo, hace decaer el interés que una parte incumplidora pueda tener en la dilación del proceso principal.

Entre sus principales inconvenientes, se destaca el hecho de que la resolución que se emite es una simple *ordonnance* y no un laudo (de naturaleza interlocutoria), con el consiguiente obstáculo que ello puede conllevar tanto a la hora de intentar ejecutar la medida (aunque, por lo general, se

obtaining an order takes a matter of days, not hours. Sometimes a decision is required in a matter of hours. In such a case, there is no substitute for state courts (...). Another advantage of state courts justice is that the decision is immediately enforceable, at least within the territorial limits of the state in question”.

(118) GARAUD/ DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 59.

(119) GAILLARD, *Séminaire IAI du 31 Mai 2002, Les premières applications du Règlement de Référé Pré-arbitral de la CCI* (documento disponible en la página web de este instituto), p. 6.

(120) GAILLARD, *Séminaire IAI du 31 Mai 2002, Les premières applications du Règlement de Référé Pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 6.

(121) CAMBOULIVE, *Séminaire IAI du 31 Mai 2002, Les premières applications du Règlement de Référé Pré-arbitral de la CCI*, p. 7.

constate que las partes le han querido dar voluntario cumplimiento para evitar ponerse en contra del árbitro en un futuro) como a la hora de solicitar su *exequatur* o ulterior reconocimiento por la vía convencional.⁽¹²²⁾

4. CONCLUSIÓN. REFLEXIONES FINALES EN TORNO A NUESTRO ACTUAL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA ARBITRAL

Tras haber analizado la institución del “*référé*” en Francia y, en concreto, su aplicación al proceso arbitral (ya sea por la jurisdicción estatal como por los propios árbitros, antes o durante el arbitraje), conviene interrogarse, al igual que en cada ocasión en que se realiza un estudio de derecho comparado (de ahí precisamente el interés que reviste, en nuestra opinión, este tipo de análisis), acerca de cuáles son los pros y los contras de nuestro actual sistema y, en su caso, las mejoras o lagunas que convendría introducir o colmar, respectivamente. Previamente, quisiéramos dejar constancia de que no pretendemos ahora, a través de estas breves conclusiones finales, realizar un examen pormenorizado de todas las ventajas o deficiencias que presenta nuestro actual sistema de medidas cautelares (muy particularmente, en su vertiente más procedimental, lo cual exigiría a buen seguro un amplio estudio aparte,⁽¹²³⁾ sino destacar aquellos aspectos que nos parecen más relevantes de cara a concluir única y exclusivamente acerca de las potestades que, en materia cautelar, tienen atribuidas los árbitros en nuestro sistema jurídico.

Una primera conclusión general –quizá la más evidente de todas ellas– que se nos antoja inevitable llegados a este momento, es que por muy amplia que sea la interpretación que queramos hacer de las disposiciones que rigen nuestra tutela cautelar (ya sea del propio artículo 23 de la Ley de Arbitraje; ya sea de los artículos 721 y ss. LEC y, muy particularmente, de los artículos 726.2 y 727.1.11^a de esta última norma), no existe sin duda alguna disposición normativa que pueda suplir

⁽¹²²⁾ Sobre este particular véanse, entre otros, GARAUD / DE TAFFIN, *Le règlement de référé pré-arbitral de la CCI*, cit., p. 55.

⁽¹²³⁾ Sobre este particular, véase MUÑOZ SABATÉ, “Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española”, en: *Anuario de Justicia Alternativa*, 2001, pp. 9 y ss.

ni la eficacia ni la amplitud del *référé* en su vertiente cautelar. Indiscutiblemente, la LEC ha supuesto un paso adelante en una materia que, con anterioridad, se hallaba huérfana de una regulación unitaria y sistemática. Y, en este sentido, no faltan opiniones autorizadas que destacan cómo una lectura a fondo de los preceptos de nuestra LEC, a la luz si cabe de los distintos avatares que sufrió su tramitación parlamentaria, demuestra que nuestro ordenamiento jurídico no pretende regular medidas cautelares simplemente “asegurativas”, sino también conservativas e, incluso, innovativas o anticipatorias (aunque con ciertas reservas) de la situación existente al interponerse la demanda.⁽¹²⁴⁾

Sin embargo, idénticas voces tampoco pueden obviar, por ejemplo, que “*la opción sistemática de la nueva LEC no ha conducido a una regulación expresa menos estricta de las preclusiones respecto a la petición de medidas cautelares y a las peticiones de revisión de resoluciones ya dictadas sobre las mismas, aproximando el tratamiento al de la preclusión de la aportación de hechos y medios de prueba durante el proceso de declaración*”; que el propio Tribunal Constitucional, al pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el alcance que ha de tener la tutela cautelar, no admite “*difíciles fórmulas reintegrativas*”, que puedan conducir a situaciones irreversibles; que el prometedor artículo 726.2 LEC (por la amplitud de los distintos supuestos de tutela cautelar que puede llegar a otorgar), no permite que puedan ser acordadas “*medidas que generen un estado irreversible y prácticamente equivalente al que puede ser objeto de la sentencia principal*”; o, por último, que característica esencial de toda medida cautelar es la de su instrumentalidad, es decir, la de servir a un proceso principal sin cuya existencia carece de autonomía y vida propias.⁽¹²⁵⁾

En suma, nos hallamos en todos los casos muy lejos de lo que puede obtenerse a través del *référé*, no sólo a nivel de contenido, sino también a nivel de celeridad o de tiempo, puesto que ¿cuál es el Juez español que, en el ámbito civil, es capaz de otorgar, con la inmediatez que el caso requiere (en un mundo en el que cada vez más, como muy

(124) ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, pp. 138 a 145.

(125) ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., pp. 45; 115; 146 a 148, entre otras. Sobre el presupuesto de la instrumentalidad de las medidas cautelares véase nuevamente SERRA DOMÍNGUEZ (junto con RAMOS MÉNDEZ), *Las medidas cautelares en el proceso civil*, cit., pp. 15 y ss.

elocuentemente señala Muñoz Sabaté, el *periculum in mora* acaba objetivizándose legalmente bajo la ecuación tiempo = riesgo,⁽¹²⁶⁾ una medida cautelar en un día festivo, en su propio domicilio y a puertas abiertas? En resumen, por más que se intenten ensanchar los cauces de las disposiciones actualmente vigentes, como acertadamente afirma García de Enterría, los procesalistas autores de la nueva LEC siguen siendo excesivamente “tributarios de los viejos vestigios del Derecho procesal clásico de origen germánico y mantienen el tradicional desdén que sus predecesores sostuvieron sobre el Derecho procesal francés”, obviando así una técnica que mejor que cualquier otra debe servir a la auténtica tutela cautelar,⁽¹²⁷⁾ al permitir “volcar inmediatamente la situación, privando al incumplidor, al injusto, de la ventaja posicional que le da el hecho de que quien tiene una fuerte apariencia de razón frente a él tenga que montarle un proceso declarativo y esperar los largos años que normalmente tardará el proceso a llegar a sentencia firme”.⁽¹²⁸⁾

En conclusión, en aras de una mayor eficacia de nuestra tutela cautelar, se echa en falta un *référé* y, *mutatis mutandi*, dicha ausencia se nota también, y mucho, a la hora de acordar medidas cautelares en el marco de un proceso arbitral. Ciertamente, el artículo 23 de nuestra nueva Ley de arbitraje ha supuesto un gran avance en la materia, frente a la absurda regulación que de esta materia se efectuaba en el artículo 50 de la anterior Ley de 1988.⁽¹²⁹⁾ De muy positivo cabe calificar, por ejemplo

(126) MUÑOZ SABATÉ, *Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, cit., p. 9.

(127) Como bien afirma ORTELLS RAMOS, *Las medidas cautelares*, cit., p. 140: “En mi opinión, el problema real es, sin embargo, que limitar los efectos de las medidas cautelares a los de mero aseguramiento, implica tolerar una consecuencia más grave que una ejecución sin título. Implica que, durante la pendencia del proceso de declaración, el litigio existente entre las partes –no se olvide que éstas no han sometido al Juez un caso teórico– esté siendo resuelto extraprocesalmente mediante la autotutela activa o pasiva de alguna de ellas, sin otro límite que el muy remoto –no se olvide, por coherencia, el principio de intervención penal mínim – que pueda establecer la ley penal”.

(128) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Observaciones sobre la tutela cautelar en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998. ¿Tienen efectiva postestad de acordar tutela cautelar las Salas de los Tribunales superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional?*, cit., pp. 264-266.

(129) Así calificaba acertadamente esta regulación MUÑOZ SABATÉ en varios trabajos y, particularmente, en el antes citado *Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva*

(a la luz de la problemática que estas cuestiones suscitan en nuestro país vecino y en otros, como hemos tenido ocasión de exponer anteriormente), que el precepto, a imagen y semejanza del artículo 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL (actualmente en fase de revisión,⁽¹³⁰⁾ opte *a priori* por otorgar a los árbitros una amplia potestad en este ámbito (“los árbitros –dispone este precepto– *podrán (...) adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio*”); o que prevea también la posibilidad de que las resoluciones que se dicten sobre este particular puedan adoptar la forma de laudo. Más positivo si cabe todavía es que determinados Reglamentos de instituciones Arbitrales, como el del Tribunal Arbitral de Barcelona, prevea en su artículo 22 que los árbitros, en casos de suma urgencia o de riesgo de frustración de las medidas, puedan otorgarlas incluso *inaudita parte*.

Sin embargo, inevitablemente topa la práctica arbitral, con posterioridad, con esos viejos postulados a los que tan acertadamente se refiere García de Enterría: y es que difícilmente, como nos enseña el día a día, unos juzgados otorgarán una auténtica tutela anticipatoria como la que dispensa el *référé*, ni que sea bajo el estrecho y tímido marco del artículo 726.2 LEC o, si se prefiere, del cauce genérico previsto en el artículo 727.1.11^a LEC. De todos es sabido, por ejemplo, hasta qué punto es extremadamente difícil, en la actualidad, obtener determinadas medidas cautelares que, sin ser anticipatorias de la sentencia, suponen una ingerencia en el patrimonio del deudor como, por ejemplo, una administración judicial. Y esa tradición jurídica, que exprimidos al máximo los preceptos de la LEC podría evolucionar notablemente (sin llegar empero a la rapidez y eficacia del *référé*), pesa sin duda alguna también en la capacidad y espíritu de los árbitros. Así, de entrada ha de descartarse hoy por hoy, por ejemplo, que una institución arbitral pueda dictar en España medidas cautelares con carácter previo a un proceso (al ser ésta una función, como unánimemente destaca la doctrina, re-

LEC, cit., p. 11. En idéntico sentido véase ORTEGO PÉREZ, “Las medidas cautelares en el arbitraje (reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, en: *Revista de la Corte española de arbitraje*, 2005, pp. 214-218.

(130) Sobre los trabajos que se están realizando en torno a esta disposición pueden verse los distintos estudios de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional y, singularmente, los trabajos del Grupo III en su 43^a Sesión.

servada a la jurisdicción ordinaria),⁽¹³¹⁾ por lo que entendemos podría revestir sumo interés estudiar la implantación, con las debidas adaptaciones, de la interesante vía abierta en Francia por el *référé pré-arbitral* (a efectos de evitar precisamente, como indica Muñoz Sabaté, la dilación de varios meses que a veces conlleva el período pre-arbitral, “*con el innegable alertamiento que ello supone para quien se sabe futuro demandado*”).⁽¹³²⁾

A continuación, por muy amplias (y para algunos criticable, por excesivamente genérica)⁽¹³³⁾ que puedan ser las medidas que teóricamente pueden acordar los árbitros, nadie aceptaría, hoy por hoy, que éstas pudieran ultrapasar el marco de las previstas, con carácter general, en la vigente LEC. En cuanto a los presupuestos que deben reunir las medidas, también la doctrina opina mayoritariamente, por ejemplo que, por mucho que el artículo 23 configure la caución como potestativa, ésta deberá ofrecerse siempre, al igual que ante la jurisdicción ordinaria.⁽¹³⁴⁾ En conclusión, la gran mayoría de autores se inclina casi siempre (como es lógico, por otra parte), por una aplicación analógica de los preceptos de la LEC (y que, dada la escasa regulación que nos ofrece la Ley de Arbitraje sobre este particular, conlleva una remisión a la práctica totalidad de los preceptos de la Ley de Ritos) o, dicho sea de otra forma y como exponíamos anteriormente, inevitablemente se hace sentir el peso de la tradición procesal civil, al ser el procedimiento arbitral, como acertadamente se ha dicho, una “mímesis” del proceso judicial.⁽¹³⁵⁾

Por todo ello, para poner punto final al presente trabajo, concluiríamos afirmando que una actualización de los postulados que estos

(131) CUCARELLA GALIANA, “La potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares”, en: *Anuario de Justicia Alternativa*, N° 5, 2004, p. 88.

(132) MUÑOZ SABATÉ, *Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva LEC española*, cit., p. 24.

(133) Así lo entiende ORTEGO PEREZ, “Las medidas cautelares en el arbitraje (Reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, cit., p. 230.

(134) ORTEGO PEREZ, “Las medidas cautelares en el arbitraje (Reflexiones sobre la potestad cautelar de los árbitros)”, cit., p. 230; CUCARELLA GALIANA, *La potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares*, cit., p. 101.

(135) MUÑOZ SABATÉ, *Las medidas cautelares en el arbitraje tras la nueva LEC española*, cit., p. 10.

últimos decenios se han mantenido en España en torno a la tutela cautelar, concebida ésta única y exclusivamente como una tutela auxiliar o instrumental de la impartida en el proceso principal, nos parece indispensable para cumplir con las exigencias de la vida moderna.⁽¹³⁶⁾ Ciertamente, podría darse un gran paso hacia adelante sacando el máximo rendimiento a los actuales preceptos de la LEC. Pero el marco de tutela que contemplan los mismos sigue siendo, en nuestra opinión, notoriamente insuficiente frente a las previsiones legales de otros países (singularmente Francia, como hemos visto anteriormente) y, sobre todo, mucho más cuando deben aplicarse al arbitraje (y, muy particularmente, al internacional), teniendo en cuenta que el éxito de esta última institución ha residido precisamente desde siempre, como es sabido, en su mayor capacidad de adaptarse a las cada día mayores exigencias de flexibilidad y rapidez que demanda el tráfico comercial transfronterizo. Y, en este sentido, la institución del *référé* y, concretamente, la aplicación que de la misma se realiza en la praxis judicial y arbitral francesas, nos parece, al igual que a García de Enterría, un referente indispensable para permitir al legislador avanzar hacia una mejor tutela cautelar, muy particularmente en el arbitraje en el cual es y seguirá siendo decisivo el factor tiempo. ▲

⁽¹³⁶⁾ De forma idéntica se expresa en Italia ANDOLINA, “Processo cautelare e tutela anticipatorio”, en: *Studi di Diritto Processuale in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, T. II, pp. 1352-1353.

 ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA^(*)

La motivación de los laudos y el recurso de anulación

SUMARIO: *1. Introducción. 2. La jurisdiccionalidad del arbitraje. 3. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva como derechos fundamentales. 4. Cuándo se incumple con el deber de motivar. 5. La consecuencia de la falta de motivación del laudo. 6. Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

No son pocos los casos en los que nos hemos encontrado, la mayoría de ellos en arbitrajes institucionales, con laudos que carecen de una motivación razonada que justifique adecuadamente la decisión a la que se llega en el fallo. Ante esto, la opción que aparece como natural es impugnar el laudo mediante el recurso que corresponde; el de anulación. Sin embargo, la Judicatura, a través de las Salas Superiores, viene denegando estos recursos por improcedentes, pues la falta de motivación no es una de las causales de anulación previstas en la Ley General de Arbitraje (LGA).

Partiendo de la jurisdiccionalidad del arbitraje, pretendemos sostener que el laudo, como acto jurisdiccional, debe cumplir con las garantías mínimas del debido proceso para garantizar la tutela jurisdiccional efectiva.

^(*) Socio del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. LA JURISDICCIONALIDAD DEL ARBITRAJE

Tradicionalmente se ha reservado el término jurisdicción para referirse a la potestad de administrar justicia por parte de los órganos estatales. Así pareciera ser también en el Perú, si nos ceñimos a lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución, según el cual: “(l)a potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Es más, el artículo 139 de la Carta Fundamental establece como principio y derecho de la función jurisdiccional, la unidad y exclusividad de la misma, prohibiendo el establecimiento de alguna jurisdicción independiente. Sin embargo, el mismo artículo 139 establece que esta regla tiene su excepción en la jurisdicción militar y la arbitral.

Tenemos por lo tanto que la Constitución reconoce, excepcionalmente, naturaleza jurisdiccional al arbitraje, con lo cual los justiciables tienen la posibilidad de optar entre la jurisdicción a cargo del Estado y aquella brindada de manera privada, como consecuencia de un convenio arbitral celebrado con la contraparte. Como lo tiene establecido el Tribunal Constitucional, el reconocimiento constitucional de fueros especiales como el militar y arbitral, de comunidades campesinas previsto en el artículo 149 de la Constitución, y en materia constitucional en el artículo 202, no vulnera el principio de igualdad ante la ley “*siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva*”.

Estamos plenamente convencidos de la esencia jurisdiccional del arbitraje, no sólo por las disposiciones constitucionales citadas, sino por su propia naturaleza. Como sabemos, los árbitros son nombrados por las partes para solucionar o resolver sus conflictos de intereses o controversias sobre las cuales las partes tengan facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental. Esta función heterocompositiva de los conflictos, la realizan los árbitros a través de un proceso, cuyas reglas son previamente conocidas por las partes en tanto ellas, generalmente, son quienes las han establecido; o en todo caso han escogido someterse a las mismas, que por lo general están preestablecidas por instituciones organizadoras de arbitrajes. Finalmente, la solución al conflicto se produce mediante una decisión de los árbitros, inmutable e irrevisable, sin perjuicio de los medios impugnatorios previstos por la ley, inherentes a toda decisión jurisdiccional.

Tenemos entonces que el arbitraje contiene todos los componentes que, como enseña Couture,⁽¹⁾ son propios del acto jurisdiccional: La forma o elementos, constituidos por las partes, el juez (en este caso árbitro) y los procedimientos establecidos previamente; el contenido, dado por la existencia de un conflicto de intereses, una controversia o diferendo de relevancia jurídica,⁽²⁾ que debe ser resuelto por el agente jurisdiccional mediante una decisión que pasa en autoridad de cosa juzgada; la función o el cometido, que es asegurar la solución de los conflictos en aras de la paz social y demás valores jurídicos. Las facultades coercitivas y de ejecución en el arbitraje, que constituyen elementos de la actividad jurisdiccional, son negadas por algunos. Discrepamos de ellos, porque los árbitros ejercen estas funciones indirectamente, recurriendo a los jueces ordinarios para que, en un acto de colaboración, impongan su fuerza coercitiva. Ello sin perjuicio de que, si las partes les confieren a los árbitros el ejercicio directo de estas facultades, sin duda pueden ejercerlas.

Así entonces, la jurisdicción arbitral, a pesar de tener su origen en la autonomía de la voluntad privada, puesta de manifiesto en la decisión de las partes de sustraer la solución de su conflicto de intereses de la jurisdicción ordinaria, no constituye el simple ejercicio de un poder exclusivamente privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional, en tanto no se agota en las cláusulas contractuales del convenio arbitral, ni en lo establecido en la Ley General de Arbitraje, sino que en su calidad de sede jurisdiccional constitucionalmente reconocida, está obligada a respetar los derechos fundamentales de las partes.

3. EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA COMO DERECHOS FUNDAMENTALES

El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

(1) COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 33.

(2) En el proceso arbitral se habla de la existencia de una controversia, en tanto esta se sustenta en una litis de pretensión discutida o contestada y no de pretensión insatisfecha. “*El proceso ante árbitros es, por tanto, un equivalente del proceso contencioso de cognición; se niega a los árbitros toda diversa función procesal, ejecutiva (...)*”, CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil*, Ejea, Buenos Aires, 1973, T. I, p. 115.

Dentro de la doctrina nacional existen diferentes posturas respecto de la relación que existe entre ambos. Hay quienes los distinguen, estableciendo que el debido proceso ocurre durante el desenvolvimiento del proceso judicial, mientras que la tutela judicial se manifiesta en el acceso a órganos jurisdiccionales y en el cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales. Es la línea que sigue la doctrina Constitucional. Así, el Tribunal Constitucional establece que “*mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas exigibles dentro del proceso como un instrumento de tutela de los derechos subjetivos*”⁽³⁾. Nosotros nos adherimos a la línea seguida por la doctrina procesal; es decir, aquella que considera al debido proceso como una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, que implica el cumplimiento de ciertas garantías mínimas, requisitos y normas de orden público que deben observarse dentro de todo proceso o procedimiento.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone “*la garantía de la administración de justicia que, integrada por diversos conceptos de origen eminentemente procesal que han devenido en constitucionalizados, brindan a los justiciables la tutela que un instrumento de ese rango normativo proporciona*.”⁽⁴⁾ Comprende: (i) el derecho al acceso a los órganos jurisdiccionales; (ii) el derecho a un proceso con las garantías mínimas; (iii) el derecho a una resolución fundada en derecho; y (iv) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Dentro de la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho al debido proceso pretende asegurar las garantías mínimas que deben existir en el desarrollo de todo proceso o procedimiento. Todo sujeto de derecho debe tener la posibilidad, no solo de acudir a un órgano jurisdiccional a fin de interponer una demanda, sino también de que el proceso que se

(3) Expediente N° 8125-2005-HC.

(4) DE BERNARDIS, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso*, Cultural Cuzco, Lima, 1995.

origine como consecuencia de dicha interposición se lleve de manera justa. De ahí que el derecho al debido proceso haya sido reconocido como un derecho fundamental que se funda en “*la supremacía de la dignidad del ser humano, el valor superior de la justicia y la necesidad de asegurar supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana.*”⁽⁵⁾ La importancia del derecho al debido proceso ha llevado a que éste sea reconocido en diversos tratados internacionales. Así, el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce que “*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*”. Del mismo modo, el Pacto de San José de Costa Rica establece que “*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*”. En nuestro país el debido proceso no solo está reconocido en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución sino también en el artículo I del Código Procesal Civil. Las garantías que debe contener el derecho al debido proceso implican el derecho a un juez natural, el derecho de defensa, el derecho a impugnar, el derecho a probar, a la motivación de las decisiones jurisdiccionales, entre otros.

Un elemento importantísimo de la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Este elemento contempla el derecho de motivación de las resoluciones judiciales. La motivación ha sido reconocida en la Constitución como un derecho fundamental de las partes, y como un elemento fundamental dentro de todo proceso o procedimiento. Es así que el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución reconoce que “*son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa a la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan*”. Del mismo modo, la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla

(5) BUSTAMANTE, Reynaldo, *Aproximación al derecho fundamental a un proceso justo*, p. 236.

la motivación judicial como un deber de todo magistrado. Así, el artículo 12 de la mencionada Ley establece que *“todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan, pudiendo éstos reproducirse en todo o en parte sólo en segunda instancia, al absolver el grado”*.

Por su parte, la LGA exige también la motivación de los laudos señalando, en su artículo 50, que los laudos de derecho deben contener *“los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas”*; y en el artículo 51, para el laudo de conciencia, exige los requisitos formales del laudo de derecho, precisando que *“Requiere además de una motivación razonada”*.

Cuando un Juez o árbitro emite un pronunciamiento respecto de un tema determinado, es necesario que las partes conozcan el proceso mental que lo ha llevado a establecer las conclusiones que contiene dicha resolución. Por ello, toda motivación debe tener una estructura racional y detallada. Como ha señalado el Tribunal Constitucional *“el derecho a una sentencia debidamente justificada no se agota en la mera enunciación de la norma aplicable a un caso, sino que importa de manera gravitante la acreditación de los hechos y la forma en que estos han sido introducidos al proceso, a efectos de crear convicción en determinado sentido del Juzgador.”*⁽⁶⁾ Toda motivación debe buscar un reconocimiento de las partes que, independientemente de si la resolución les fue favorable o no, ésta ha sido emitida siguiendo una argumentación razonable que puede ser considerada justa. Dentro de este marco es de suma importancia que en el proceso se propicie un contexto que permita al Juez o árbitro tener los elementos suficientes para motivar coherentemente la resolución *“Así, las partes deberán sustentar todas las peticiones que formulen, o todas las absoluciones que realicen a los planteamientos de la otra parte. Asimismo, las partes deberán fundamentar los medios impugnatorios que usen, garantizando así un sistema procesal coherente, lógico y racional.”*⁽⁷⁾

(6) Expediente N° 4226-2004-AA.

(7) MONROY, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Temis - De Belaunde y Monroy, Bogotá, 1996, T. I.

La motivación encuentra fundamento en diversos aspectos. Señala Marcial Rubio que “*sentencia no motivada es instrumento fácil de manipulación en manos tanto del juzgador como de terceros que puedan influir en él, directa o indirectamente.*”⁽⁸⁾ En efecto la falta de motivación sería una puerta abierta para posibles arbitrariedades por parte de los jueces, y también de los árbitros. Es en ese sentido, un mecanismo que garantiza que la administración de justicia sea acorde a la Constitución y a las leyes existentes.

El derecho de motivación se justifica, además, en tanto permite un ejercicio adecuado del derecho de defensa e impugnación. Una motivación adecuada, al mostrar de manera detallada las razones que han llevado al juzgador a fallar en un determinado sentido, permite que la parte desfavorecida pueda conocer en qué momento del razonamiento del Juez se encuentra la discrepancia con lo señalado por ella y, de esta manera, facilita que pueda impugnar dicha resolución haciendo énfasis en el elemento discordante. Es cierto que esta justificación no resultaría aplicable a los laudos, pues por lo general estos no son impugnables para ser revisados en cuanto al fondo del asunto; y ni qué decir sobre los arbitrajes de conciencia. Sin embargo, estamos plenamente convencidos de que, en cualquier caso, el laudo debe expresar, a través de un razonamiento lógicamente correcto, la valoración de las pruebas que sustentan la decisión y los fundamentos que lo llevan a admitir o rechazar las pretensiones y oposiciones de las partes, “*(...) aunque sólo sea por razones de decoro, las partes deberían tener el derecho de saber en mérito a qué pruebas y hechos se formó la conciencia de los árbitros para llegar a su decisión, aun esto carezca de razones prácticas para impugnar el contenido del laudo.*”⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾

⁽⁸⁾ RUBIO, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, PUCP, Lima, 1999, p. 74

⁽⁹⁾ CASTILLO FREYRE, Mario / VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de justicia*, Palestra, Lima, 2007, p. 251

⁽¹⁰⁾ Sobre motivación de laudos de conciencia recomendamos: ARRARTE, Ana María, “Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia”, en: *Thémis*, N° 43, Lima, 2001, pp. 53-68; y DE TRAZEGNIES, Fernando, “Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia”, en: *Fernando de Trazegnies – Página Personal*, en web línea: macareo.pucp.edu.pe/ftrazeg/aafab.htm.

Por último, una adecuada motivación permite que la resolución sirva de precedente para decisiones futuras, en la medida que la confidencialidad del proceso arbitral lo permita. Coincidimos con Fernando De Trazegnies⁽¹¹⁾ en el sentido que la confidencialidad del arbitraje debe impedir la publicidad cuando así lo han pactado las partes, y/o en aquellos casos que involucran derechos de propiedad intelectual, con datos reservados, secretos del negocio, mecanismos de control de clientela, que no pueden ser puestos en conocimiento del público, y menos de los competidores. Pero como enseña el propio profesor De Trazegnies, *“también es verdad que estas situaciones no son las generales y que en la inmensa mayoría de los casos no hay inconveniente de que se conozca el laudo. Es posible que los documentos o los testimonios presentados como prueba deban mantenerse confidenciales. Pero el laudo mismo no parece afectar en lo más mínimo a las empresas involucradas. Por el contrario, la publicación y el comentario jurídico de ese laudo contribuyen a la construcción de una doctrina coherente sobre la materia y, al mismo tiempo, obligan a los árbitros a ser muy cuidadosos y exigentes en los aspectos jurídicos, porque lo que resuelvan será examinado por profesores y alumnos en las Facultades de Derecho y por otros profesionales que consultarán tales laudos cuando tengan un caso similar.”*

4. CUÁNDO SE INCUMPLE CON EL DEBER DE MOTIVAR

Conforme al artículo 50 de la LGA y en concordancia con lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, los laudos arbitrales, como decisiones jurisdiccionales que son, deben tener motivación escrita y razonada. *“Si la fundamentación de la sentencia (o laudo) tiene jerarquía constitucional, y existe un control de constitucionalidad, va de suyo que es atinado un control del razonamiento del juez (o árbitro). Este control, por cierto, no sale de los límites de lo formal-lógico. De ahí que el proceso reposa también en la teoría del razonamiento correcto, ya que el juez tiene la obligación constitucional de razonar correctamente y no violar las reglas que rigen el pensar.”*⁽¹²⁾

(11) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La publicidad del arbitraje*, Arbitraje On Line, Boletín Jurídico de la Cámara de Comercio de Lima, http://www.camaralima.or.pe/arbitraje/boletín/edic_ant/5voz_arbitro1.htm.

(12) GHIRARDI, Olsen, *El razonamiento judicial*, Academia de la Magistratura, Lima, 1997, p. 105.

El deber de motivación razonada no es algo etéreo, sino que doctrinariamente, y en especial en nuestra jurisprudencia, tiene una connotación específica. Sólo estaremos frente a una motivación que pueda ser calificada de razonada, cuando el argumento expuesto por el juzgador respete cierto orden mental y lógico mínimo, que permita afirmar que se trata de un razonamiento correcto. Un razonamiento correcto implica que esté guiado por los principios clásicos de la lógica jurídica, que son los siguientes: identidad o congruencia, no contradicción, razón suficiente y tercio excluido.

Sobre el particular, Alfredo Fragueiro señala que: “(...) *por encima de la ley y de la doctrina de eximios juristas, rige la lógica jurídica, o sea aquel raciocinio correcto o inferencia natural que nuestro entendimiento realiza por un proceso de análisis o identidad de conceptos. Este raciocinio natural, que llamamos lógico, preexiste a la ley y a toda doctrina particular. Quien no observa sus cánones necesariamente debe desembocar en el error, cuando no en una verdad aparente, llamada falacia o sofisma.*”⁽¹³⁾

Por su parte, refiriéndose a la motivación razonada, Ana María Arrarte dice que estaremos ante ella “(...) cuando en el itinerario mental seguido por el juzgador para llegar a las conclusiones que configuran su fallo, se respeta la corrección en la aplicación de reglas estrictamente lógicas. Así, por ejemplo, será imprescindible que el razonamiento respete los principios lógicos clásicos (identidad, no contradicción, tercio excluido y razón suficiente), y arribe a una decisión que sea una consecuencia necesaria de las premisas empleadas. De este modo, es perfectamente posible verificar la corrección de la motivación.”⁽¹⁴⁾

Una resolución con una motivación razonada permite que sea revisada desde una óptica lógica formal a partir de los principios de la lógica ya enunciados. Esta labor se denomina control de logicidad, que no es otra cosa que el examen que efectúa una Corte de Casación o Tribunal Superior para determinar si el razonamiento realizado por los jueces inferiores es formalmente correcto desde el punto de vista lógico. Lo que se busca es controlar las reglas que rigen el pensar, controlando

(13) FRAGUEIRO, Alfredo, citado por GHIRARDI, *El razonamiento judicial*, cit., pp. 105-106.

(14) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia”, cit., p. 56.

los *errores in cogitando*.⁽¹⁵⁾ Estamos convencidos que, como consecuencia de un recurso de anulación de laudo, le corresponde al Poder Judicial efectuar el control de logicidad.

Los defectos de logicidad (también llamados errores *in cogitando* o errores de motivación) han sido clasificados por la doctrina en dos clases: la falta de motivación y la motivación defectuosa.

La falta de motivación se produce en aquellos casos de ausencia total de motivación, donde se resuelve sobre algún extremo sin expresar consideración alguna.

De otro lado, la motivación defectuosa se refiere a las decisiones en las que el razonamiento del juez o árbitro vulnera alguno de los principios lógicos clásicos del pensamiento, como el de congruencia o identidad, de no contradicción, de tercio excluido o razón suficiente.

Los supuestos de motivación defectuosa se clasifican, a su vez, en dos: motivación aparente y motivación defectuosa en sentido estricto.

La motivación aparente se produce cuando el juzgador sustenta su decisión respecto de una pretensión, sin argumentar ni estructurar lógicamente las razones que la fundamentan. Se trata de una falta de derivación, pues de los hechos o de la ley no se desprende lo que se decide. Como señala Ghirardi, “*el fundamento recae en factores cuya propia naturaleza o modalidad es incompatible racionalmente con la decisión adoptada. (...) En estos casos, existe una negación sustancial de la finalidad que se ha propuesto el legislador al exigir la motivación de la sentencia, es decir, la necesidad de una demostración lógica del convencimiento del Juez.*”⁽¹⁶⁾

Respecto al supuesto de motivación aparente el profesor Raúl Fernández indica que: “*(...) el grupo de decisiones que corresponden con esta parte de la clasificación son verdaderamente peligrosas pues se presentan como actos jurisdiccionales a prima facie fundados, pero que si no nos detenemos en lo que es la caparazón de los mismos, sino que procuramos*

(15) GHIRARDI, *El razonamiento judicial*, cit., p. 106.

(16) *Ibidem*, pp. 132-133.

adentrarnos en la racionalidad y razonabilidad de la fundamentación descubriremos que en verdad no tienen fundamento.”⁽¹⁷⁾

Con propósito expositivo, puede sostenerse que en estos casos la decisión parece más una opinión personal del juez o árbitro.

El control de logicidad en caso de motivación aparente, obviamente no implica una revisión del sentido de la decisión, revisando el fondo del asunto. No se anula el laudo recurrido por declarar fundada o infundada la pretensión, sino porque esa decisión no deriva “lógicamente” de los hechos o del derecho en los que se sustenta la decisión. Por ejemplo si el árbitro afirma que el medio probatorio “x” acredita que la determinación del precio se dejó al arbitrio de una de las partes, invocando el artículo 1543° del Código Civil⁽¹⁸⁾; sin embargo, declara que el contrato es válido. Mediante el control de logicidad no se producirá un análisis sobre el fondo porque la decisión sea o no errada, sino porque no se sustenta en un razonamiento lógicamente correcto. Pudo laudarse en el mismo sentido, pero sustentándose en otros fundamentos de hecho y de derecho, que constituyan un antecedente lógico de dicha decisión.

La motivación defectuosa en sentido estricto, se verifica cuando la decisión del juez o árbitro afecta los principios de identidad o congruencia, en tanto no existe correspondencia entre lo que se solicita y lo que se ordena; de no contradicción, cuando se afirma y se niega una misma cosa respecto de un mismo objeto; y de razón suficiente, porque no existe un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba o que se derive de la sucesión de conclusiones a las que llegó el juez o árbitro.

El principio de identidad o congruencia supone que la decisión de un árbitro se funde únicamente en aquello que ha sido invocado por las partes. Como señala Devis Echandía, identidad o congruencia “*es el principio normativo que exige identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas*

(17) FERNÁNDEZ, Raúl Eduardo, “Los errores *in cogitando*”, en: *La naturaleza del razonamiento judicial*, Editorial Alveroni, Córdoba, 1993, p. 117.

(18) *Nulidad de la compra venta por precio fijado unilateralmente.- Artículo 1543.- La compra venta es nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes.*

por las partes.”⁽¹⁹⁾ La vulneración a este principio tiene tres manifestaciones: el pronunciamiento *extra petita*, el pronunciamiento *supra petita* y el pronunciamiento *infra petita*. El pronunciamiento *extra petita* se configura cuando se otorga algo ajeno a las pretensiones invocadas por las partes. Así, se vulnerará el principio de congruencia si, por ejemplo, el árbitro decide que se rescinda un contrato, cuando en la demanda lo que se pretendía era la resolución del mismo. En este caso el defecto en la motivación no radica en el razonamiento seguido para llegar a la conclusión, sino en concluir que a una de las partes le corresponde algo distinto a lo solicitado. El pronunciamiento *supra petita* se configura cuando la decisión del árbitro excede aquello que ha sido solicitado por las partes. Nos encontraríamos en este supuesto si por ejemplo, en la demanda de resolución de contrato el árbitro afirma que el incumplimiento ha ocasionado un perjuicio a la parte demandante y que, por lo tanto, además de la resolución del contrato corresponde que la parte demandada pague una indemnización que la demandante no reclamó. Es posible que el árbitro tenga razón al afirmar que la lesión contractual justifica una indemnización; sin embargo, al no existir una pretensión concreta que justifique un pronunciamiento, está impedido de hacerlo. Por último, el pronunciamiento *infra petita*, se configura cuando el árbitro otorga algo menor a lo reconocido por la parte demandada. Ocurriría este supuesto si ante una pretensión de resolución del contrato y de indemnización, el demandado se allana a ambas y, sin embargo, el árbitro solo otorga la primera.

Se atenta contra el principio de no contradicción cuando, por ejemplo, el árbitro afirma en el laudo que en virtud del artículo 1971° del Código Civil no hay responsabilidad civil extracontractual en el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad, y que luego falle declarando fundada la pretensión indemnizatoria, pues la parte demandada le produjo daños al demandante al iniciar un proceso judicial en su contra tiempo atrás. Aquí se estaría afectando el principio de no contradicción pues se afirma en un primer momento que el ejercicio regular de un derecho no da lugar a responsabilidad civil extracontractual, y luego se afirma que hubo responsabilidad por el ejercicio regular del derecho de acción.

(19) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1984, T. I, p. 50.

Por último se afectaría el principio de razón suficiente si, por ejemplo, el árbitro declara fundada una demanda de mejor derecho de propiedad por haber el demandado acreditado el dominio sobre el bien disputado, pues habría poseído el bien por 5 años con buena fe. La afectación se configura pues, si bien la buena fe es un elemento que debe ser analizado al momento de determinar la adquisición por prescripción “corta”, debe concurrir con la existencia de un “justo título”, tal como lo establece el artículo 950 del Código Civil.

5. LA CONSECUENCIA DE LA FALTA DE MOTIVACIÓN DEL LAUDO

La motivación razonada es un requisito para la validez de un laudo arbitral. En efecto, tanto el artículo 34 del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional de la Cámara de Comercio, como el artículo 50 de la LGA señalan que el laudo debe contener los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar pretensiones. ¿Cuál es la consecuencia del incumplimiento de la motivación razonada? No tenemos duda que la consecuencia es la anulación del laudo. Veamos.

Como dijimos en la introducción, existe numerosa jurisprudencia de las Salas Superiores de la Corte de Lima, declarando improcedentes los recursos de anulación sustentados en falta de motivación de los laudos, en razón de que el artículo 73 de la LGA no contemplaría expresamente entre las causales de anulación de laudos la falta de motivación razonada. Este es un argumento absolutamente inconsistente pues, siendo que la exigencia de la motivación de los laudos, como decisiones jurisdiccionales que son, proviene de una norma de rango constitucional como es el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, que constituye una garantía del debido proceso, tenemos que su incumplimiento supone la ausencia de un requisito fundamental para la eficacia del proceso arbitral. Falta un elemento básico para un debido proceso; para que el proceso arbitral pueda surtir sus efectos. En tal virtud, conforme al principio de trascendencia, el acto procesal es nulo al carecer de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad.

Ahora bien, si como aparece de manera incontrovertible, la motivación es una exigencia ineludible en el laudo, ¿cuál es el mecanismo para velar por su cumplimiento? Si como lo establece el artículo 60 de la LGA, el recurso de apelación en el proceso arbitral procede sólo cuando las

partes así lo hubieren pactado expresamente, o estuviera previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes hubieran sometido la controversia, el único medio para lograr el control del cumplimiento de la motivación es el recurso de anulación. No existe otro medio impugnatorio para el control de logicidad del laudo. Por lo tanto, como enseña Ghirardi, “*sería absurdo exigir que una sentencia sea motivada para que después, no se controle si ha sido correctamente fundada, aun desde el punto de vista lógico.*”⁽²⁰⁾

Si como hemos expuesto, independientemente de la falta de previsión legal, argumentos de orden constitucional justifican la procedencia del recurso de anulación ante defectos de motivación en el laudo, creemos que sería conveniente que la LGA regulara adecuadamente este aspecto. Para ello bastaría tan sólo modificar el inciso 2 del artículo 73 de dicha Ley, en cuanto señala como causal de procedencia del recurso cuando la parte “(...) *no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente*”.

Creemos que debe reemplazarse la frase “*el derecho de defensa*” por “*el debido proceso*”, porque el derecho de defensa no es sino la manifestación del derecho de contradicción que tiene todo demandado, en virtud del cual a éste se le debe conceder legal y realmente la oportunidad de apersonarse al proceso, de contestar, probar, alegar e impugnar a lo largo de todo su trámite. Con la modificación sugerida se prevé entonces, como causal de anulación, no sólo la violación del derecho de defensa del demandado, sino del debido proceso de ambas partes. Con ello, no se protege tan sólo una de las garantías del debido proceso y sólo respecto del demandado, sino que se resguarda el derecho al debido proceso en pleno y a la tutela jurisdiccional efectiva, y respecto de ambas partes. Así, ante un laudo carente de motivación razonada, cualquiera de las partes que se sienta agraviada por el laudo podrá interponer recurso de anulación, en tanto se habrá perjudicado de manera manifiesta su derecho al debido proceso.

(20) GHIRARDI, *El razonamiento judicial*, cit., p. 107.

Ahora bien, como se expresa en la segunda parte del mismo inciso 2, el incumplimiento u omisión debe haber sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin haber sido subsanado oportunamente. De esta manera deberá, antes de interponer recurso de anulación, haber solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, haciendo uso de los derechos que confieren los artículos 54 y 55 de la LGA. Así, ante un laudo carente de motivación o con motivación defectuosa, se solicitará al árbitro que aclare cómo llegó a la conclusión que expresa en el fallo, o cómo explica las contradicciones entre sus considerandos, o entre estos y el fallo, etc. Si no quedan subsanados los incumplimientos u omisiones advertidos, procederá el recurso.

6. CONCLUSIONES

El arbitraje es jurisdiccional, no sólo porque lo diga la Constitución, sino porque en sí mismo contiene todos los elementos de la jurisdicción.

Por su contenido jurisdiccional el arbitraje debe respetar el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

La motivación de los laudos arbitrales es una garantía del debido proceso, que permite conocer el *iter* mental que ha seguido el árbitro para establecer las conclusiones que contiene su resolución.

La motivación de los laudos permite evitar la manipulación de los árbitros y la producción de decisiones arbitrarias.

Partiendo una visión restrictiva de la confidencialidad del arbitraje, la motivación de los laudos permite la construcción de una jurisprudencia arbitral que a su vez permite predictibilidad y control de su calidad jurídica.

La falta de una motivación razonada se presenta en los errores *in cogitando*, y trae como consecuencia la nulidad del laudo, pues carece de un elemento fundamental para la obtención de su finalidad.

El remedio para corregir los errores *in cogitando* es el recurso de anulación, a pesar de que no esté expresamente previsto en la LGA.

A pesar del sustento constitucional de la procedencia del recurso de anulación por ausencia de motivación razonada en el laudo, debe modificarse el inciso 2 del artículo 73 de la LGA, de manera que la causal sea afectación al debido proceso y no sólo al derecho de defensa. ▲

 GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO(*)

La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador?

*Être oblig  de s'avouer ceci:
l'infailibilité n'est pas infailible,
il peut y avoir de l'erreur dans le dogme,
tout n'est pas dit quand un code a parlé,
la société n'est pas parfaite,
l'autorité est compliquée de vacillation,
un craquement dans l'immuable est possible,
les juges sont des hommes,
la loi peut se tromper,
les tribunaux peuvent se méprendre!
voir une fêlure dans l'immense vitre bleue du firmament!⁽¹⁾*
Victor HUGO, *Les Misérables*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los principios de autonomía y competencia-competencia, pilares de la cláusula de arbitraje internacional. 2.1. Autonomía de la cláusula arbitral. A. Autonomía respecto de la suerte del contrato. B. Autonomía respecto a toda la ley. 2.2. Principio de competencia-competencia. 3. En búsqueda del "punto de equilibrio" entre el ejercicio de la jurisdicción arbitral y el control de la jurisdicción estatal. 4. La eficacia del arbitraje internacional en el Perú y el nebuloso control judicial sobre la competencia arbitral y la validez de las cláusulas de arbitraje internacional. 5. Conclusión.

(*) Máster en *Droit International des Affaires* por la Universidad de Lyon III, Francia.

(1) "Estar obligado a confesar esto: La infalibilidad no es infalible, puede haber error en el dogma, todo no está dicho cuando un código ha hablado, la sociedad no es perfecta, la autoridad esta contenida de vacilación, una fractura en lo inmutable es posible, los jueces

1. INTRODUCCIÓN

En el régimen jurídico de la cláusula de arbitraje internacional es incuestionable el rol casi predominante que ostentan los principios de autonomía y de competencia-competencia.⁽²⁾ Son dos vectores que otorgan a dicha cláusula o convención arbitral toda su singularidad.

Como lo señala Dimolitsa,⁽³⁾ los principios de autonomía de la cláusula compromisoria y de competencia - competencia tienen como objetivo común el asegurar la eficacia máxima de la convención de arbitraje.

Es a partir de su reconocimiento en legislaciones nacionales e internacionales, así como en diversas sentencias recaídas en arbitrajes internacionales, que dicha afirmación resume una posición doctrinaria que se ha venido cimentando con el paso de los años. Ante ello, cabría preguntarse no sólo sobre el contenido y extensión de dichos principios (2), sino también cómo éstos se concilian con el control que ejerce la justicia estatal sobre la cláusula de arbitraje (3). El presente artículo pretende dar respuesta a estas interrogantes, analizando no sólo la relación entre estos principios y el nivel de reconocimiento otorgado al arbitraje internacional como institución, sino también la coherencia de la legislación peruana del arbitraje internacional sobre esta materia (4).

En una suerte de esbozo de estudio de derecho comparado, recurriremos en diferentes pasajes de este trabajo a la doctrina y a la juris-

son hombres, la ley puede errar, los tribunales pueden equivocarse!, ver una fisura en el inmenso vitral del firmamento!”. Cita extraída del febril y último diálogo interno de Javert. HUGO, Víctor, *Les Misérables*, Editorial Pocket Classiques, París, 1998, T. III, p. 165.

(2) En este artículo haremos referencia al principio competencia-competencia en lugar de la mención al *kompetenz-kompetenz*. Esta precisión se sustenta en el hecho que en la doctrina alemana el principio *kompetenz-kompetenz* tiene un cariz diferente. Según esta corriente doctrinaria es el árbitro quien puede decidir sobre su competencia de manera definitiva, sólo si las partes del arbitraje le han conferido dicho poder. En ese sentido, la intervención de la jurisdicción estatal se limita a ratificar la interpretación dada por el árbitro a la cláusula compromisoria, a fin de establecer si las partes habían otorgado dicha competencia con esos alcances. V.F.-E., Klein, “Du caractère autonome de la clause compromissoire, notamment en matière d’arbitrage international”, en: *Revue de l’arbitrage*, 1961, p. 56.

(3) DIMOLITSA, A., “Autonomie et Kompetenz-Kompetenz”, en: *Revue de l’arbitrage*, N° 2, 1998, p. 305.

prudencia francesa que, como se sabe, se inspiran de una corriente que podría calificarse de “liberal” en el ámbito del arbitraje internacional y que ha permitido imprimir contornos y contenidos importantes al arbitraje en general y en particular a los referidos principios de autonomía y de competencia - competencia.

2. LOS PRINCIPIOS DE AUTONOMÍA Y COMPETENCIA-COMPETENCIA, PILARES DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

En la medida que ambos principios se relacionan estrechamente con el poder jurisdiccional del árbitro, se los tiende a confundir. Como se verá más adelante, si bien ambos principios mantienen una estrecha relación, ellos no se sustituyen y sólo presentan puntos de confluencia que por ninguna razón nos pueden llevar a confundirlos.

Un claro ejemplo de esta confusión lo encontramos en el artículo 106 de la Ley General de Arbitraje⁽⁴⁾ del Perú (en adelante “LGA”), que recoge en forma literal el contenido del inciso 1 del artículo 16 de la Ley-Modelo aprobada por la CNUDMI.⁽⁵⁾ En dicho artículo, aplicable al arbitraje internacional, se insinúa que entre ambos principios existiría una suerte de vínculo o dependencia:

Artículo 106°.-

“El Tribunal Arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A ese efecto, un convenio que forma parte de un contrato se considerará independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del Tribunal Arbitral de que el contrato es nulo no determina la nulidad del convenio arbitral...” (las negritas son nuestras).

Más allá de cuestionar el uso de una técnica jurídica inapropiada que ha llevado a incluir y confundir en un solo articulado a dos principios

(4) Ley N° 26572, vigente a partir del 6 de enero de 1996.

(5) Ley Modelo sobre el Arbitraje Comercial Internacional fue aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) el 21 de junio de 1985.

fundamentales del arbitraje internacional, consideramos que es una manifiesta inconsistencia el hecho de asimilar el principio de competencia - competencia y el principio de autonomía a una suerte de relación causa / efecto, desconociendo que, como lo señala David,⁽⁶⁾ éstos se distinguen por su naturaleza jurídica, toda vez que la autonomía de la convención de Arbitraje está siempre relacionada con una cuestión de fondo, en tanto que el principio de competencia - competencia se relaciona más a un debate de carácter procesal.

Por otro lado, a fin de incidir sobre la diferencia conceptual que separa a ambos principios, debe tenerse en consideración que el principio de autonomía si bien permite salvar la vigencia de una cláusula arbitral inserta dentro de un contrato principal incurso en una causal de nulidad, éste a diferencia del principio de competencia-competencia, se manifiesta impotente para justificar la continuación de la misión de un árbitro designado por una cláusula arbitral directamente afectada por una causal de invalidez. Como se analizará a continuación, dado que estos principios, claramente distinguibles uno del otro, son los que otorgan al arbitraje internacional su especificidad, consideramos que será la manera como éstos han sido regulados en una determinada legislación, así como el grado de reconocimiento de que son objeto por parte de la justicia estatal, lo que nos permitirá medir el grado de desarrollo concedido al arbitraje en un contexto jurídico determinado.

2.1. Autonomía de la cláusula arbitral

Lejos del debate doctrinario - semántico que podría generarse en torno al uso pertinente del término “autonomía” y la posibilidad de utilizar en su lugar, como lo sugiere Mayer,⁽⁷⁾ la expresión “separación” que, según este autor, precisaría de manera más clara las implicancias de la relación que mantiene la cláusula compromisoria con el resto del contrato, consideramos conveniente centrar nuestro análisis en la doble dimensión que encierra esta noción: por un lado, con relación a la suerte del contrato que constituye el fondo del eventual conflicto (A) y, por

(6) DAVID, R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Económica, 1982, N° 209 y 309.

(7) MAYER, P., “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, en: *Rev. arb.*, 1998, p. 362.

el otro, respecto a la posibilidad de someter la cláusula arbitral a una ley distinta de la que rige el contrato principal (B), conforme a la posición que ha venido siendo desarrollada en los últimos años por la jurisprudencia francesa que, como se sabe, ha establecido hitos que se orientan al reconocimiento de una “autonomía completa” de dicha cláusula.

A. Autonomía respecto de la suerte del contrato

Respecto a esta dimensión debe tenerse presente que si bien la cláusula arbitral es una cláusula más, entre otras tantas que forman parte de un mismo contrato, ésta tiene una característica principal que la distingue de las otras cláusulas: ella permite definir el proceso que decidirá el destino del contrato, así como la solución del conflicto que podría derivarse del mismo. Como consecuencia de ello, asume la condición de cláusula accesoria y autónoma, respecto de las otras cláusulas sustanciales del acuerdo de voluntades en el que se halla inserta.

Sin perjuicio de lo antes indicado, debe tenerse en cuenta que este carácter autónomo que, por naturaleza, distingue a la cláusula compromisoria, no debe llevarnos a desnaturalizar sus alcances, soslayando la autoridad que emana de la voluntad de las partes que la han pactado. Sobre el particular, siguiendo a Fouchard, Gaillard y Goldman,⁽⁸⁾ debemos señalar que la afirmación del principio de autonomía debe analizarse como una indicación de la voluntad de las partes para dispensar a la convención de arbitraje un tratamiento diferente respecto a los otros aspectos que rigen el fondo de la relación jurídico contractual. En efecto, siguiendo la línea de pensamiento desarrollada por dichos autores, dado que el Arbitraje previsto en un contrato tiene por objeto los litigios que podrían ser generados por las otras cláusulas del mismo acuerdo de voluntades, puede concluirse que el objeto mismo de la cláusula compromisoria lo constituye el resto del contrato.

Toda vez que el principio de autonomía/separación de la cláusula compromisoria respecto al contrato principal ha sido reiteradas veces reconocido en diversas sentencias arbitrales, éste ha adquirido, como lo

(8) FOUCHARD, Ph. / GAILLARD, E. / GOLDMAN, B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Ed. Litec, 1996, p. 216.

afirman Fouchard, Gaillard y Goldman,⁽⁹⁾ la categoría de regla material de comercio internacional.⁽¹⁰⁾ Sobre el particular, resulta pertinente citar un extracto de la sentencia que rindiera el 14 de enero de 1982, el árbitro único encargado de resolver en el proceso arbitral que opuso a Elf-Aquitaine Iran contra la National Iranian Oil Company:

“l’autonomie d’une clause d’arbitrage est un principe de droit international qui a été régulièrement appliqué dans les décisions rendues dans des arbitrages internationaux, dans les écrits des auteurs les plus compétents en arbitrage international, dans les règlements d’arbitrage adoptés par des organisations internationales et dans des traités. Également dans maints pays le principe fait partie du droit national de l’arbitrage.

(...)

la clause d’arbitrage lie les parties et peut poursuivre ses effets sans que sa force soit diminuée par l’allégation de [la société défenderesse] selon laquelle la convention, globalement, est nulle et non avenue ab initio.”⁽¹¹⁾

Conforme a la doctrina que ha sido desarrollada en torno a este principio debemos concluir que la simple alegación de la inexistencia del contrato principal no es argumento suficiente para cuestionar la competencia de un árbitro. Corresponderá en todo caso a éste –en aplicación simultánea del principio de competencia-competencia cuyo contenido y alcances analizaremos más adelante– apreciar el sustento

⁽⁹⁾ FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 224.

⁽¹⁰⁾ Según GAILLARD, los principios generales de derecho de comercio internacional están constituidos por “todas las reglas (...) que se han derivado, sea de la comparación de derechos nacionales, sea directamente de fuentes internacionales tales como las convenciones internacionales, en vigor o no, o de la jurisprudencia de tribunales internacionales”, ver GAILLARD, E., “La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, en: *Etudes offertes Pierre Bellet*, Litec, 1991, pp. 203 y s.

⁽¹¹⁾ “La autonomía de una cláusula de arbitraje es un principio de derecho internacional que ha sido regularmente aplicado en las decisiones rendidas en los arbitrajes internacionales, en los escritos de los autores más competentes en arbitraje internacional, en los reglamentos de arbitraje adoptados por las organizaciones internacionales y en los tratados. Igualmente, en la mayoría de países el principio forma parte del derecho nacional del arbitraje.” “(...) la

de dicha afirmación y, de corroborar la inexistencia del referido contrato, precisar los efectos sobre el fondo de la controversia. En ese sentido, si la inexistencia se hace extensiva a la convención de arbitraje, éste escenario no puede explicarse como una simple deducción de la inexistencia del contrato principal, sino porque la causa de dicha inexistencia afecta por igual y en forma directa a la cláusula arbitral. De ser ese el caso, el árbitro deberá también determinar las consecuencias de ello, dando cuenta de su incompetencia.

Al respecto, cabe destacar el reciente pronunciamiento de la Primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa que en una sentencia ejemplar recaída el 25 de octubre de 2005 en el proceso seguido por la Sociedad Omenex contra Hugon⁽¹²⁾ en el que se había cuestionado la vigencia de una cláusula arbitral inserta en un contrato principal nulo, la Corte señaló: “(...) *qu'en application du principe de validité de la convention d'arbitrage et de son autonomie en matière internationale, la nullité non plus que l'inexistence du contrat qui la contient ne l'affectent.*” Dentro de esta perspectiva, aún cuando el contrato principal sea nulo o inexistente, la aplicación del principio de autonomía de la cláusula arbitral se justifica plenamente, manteniendo el árbitro su competencia para pronunciarse sobre los efectos de este incidente.

B. Autonomía respecto a toda ley

Esta otra dimensión del principio de autonomía, de clara inspiración jurisprudencial francesa, plantea que la existencia y validez de la cláusula compromisoria debe ser apreciada a partir de reglas materiales, distintas de aquellas que rigen el contrato de fondo.

cláusula de arbitraje une a las partes y pueden continuar sus efectos sin que su fuerza sea disminuida por la alegación de [la parte demandada] según la cual la convención, globalmente, es nula e inexistente ab initio”. *Rev. arb.*, 1984, p. 401, con el comentario de FOUCHARD, P., “L'arbitrage Elf-Aquitaine Iran c.National Iranian Oil Company. Une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage”, pp. 333 y s.

(12) Sentencia N° 1389 publicada en la web site www.courcassation.fr/agenda/agenda_new/default.htm. Según dicha sentencia “(...) *que en aplicación del principio de validez de la convención de arbitraje y de su autonomía en materia internacional, ésta no es afectada ni por la nulidad y menos aún por la inexistencia del contrato que la contiene*”. Para mayor información sobre esta sentencia, ver los comentarios de RACINE, J.-B., en: *Revue de l'arbitrage*, N° 1, 2006, pp. 103-125.

Para entender mejor esta extensión del carácter autónomo de la cláusula compromisoria, cabría revisar los alcances de la sentencia que el 4 de julio de 1972 rindiera, en el *affaire Hecht*,⁽¹³⁾ la Primera Sala Civil de la Corte de Casación Francesa que, confirmando la sentencia de la Corte de Apelación, señaló:

“qu’ayant rappelé le caractère international du contrat liant les parties et rappelé qu’en matière d’arbitrage international l’accord compromissaire présente une complète autonomie, l’arrêt attaqué en a justement déduit que la clause litigieuse devait en l’espèce recevoir application.

(...)

Ce faisant, (...) la Cour de cassation (...) déduit (...) purement et simplement du principe d’autonomie la validité de l’accord compromissaire sans aucune référence au droit qui le régit: la notion de loi de rattachement s’efface totalement”.⁽¹⁴⁾

Esta fue la primera sentencia en la que se dedujo de la referida autonomía, un “principio de validez” del acuerdo compromisorio a

⁽¹³⁾ En este caso se pretendía cuestionar la validez de una cláusula compromisoria que formaba parte de un contrato internacional de agencia comercial, expresamente sometido por las partes a un decreto francés de 1958 que regulaba la actividad de los agentes comerciales. El demandado cuestionaba la validez de la cláusula compromisoria en atención a que el derecho francés elegido por las partes prohibía dichos contratos entre comerciantes y no comerciantes. Por sentencia del 19 de junio de 1970, la Corte de Apelación de París rechazó la demanda, señalando que a pesar de la referencia a una norma francesa, los co-contratantes habían adoptado una cláusula compromisoria que se encontraba fuera del ámbito de aplicación de dicho dispositivo. Esta decisión fue finalmente confirmada por la Primera Sala Civil de la Corte de Casación Francesa, Ver: París, 19 juin 1970, Hecht, en *Journal de Droit International (JDI)*, 1971.833, nota B. Oppetit.

⁽¹⁴⁾ *“que habiendo recordado el carácter internacional del contrato que une a las partes y considerando que en materia de arbitraje internacional el acuerdo compromisorio presenta una completa autonomía, la sentencia atacada ha deducido correctamente que la cláusula litigiosa del caso debe ser aplicable. En consecuencia, (...) la Corte de casación (...) deduce (...) en forma pura y simple del principio de autonomía la validez del acuerdo compromisorio sin ninguna referencia al derecho que le rige: la noción de ley de conexión se borra totalmente”*, Ver Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, Hecht, en *JDI*, 1972.843, note B. Oppetit.

partir de la sola voluntad de las partes, sin recurrir para el control de su validez a un método conflictual clásico, es decir, sin asimilar a la convención arbitral ninguna ley estatal que haya sido designada por la norma de conflicto.

Sin perjuicio de lo antes indicado, esta “independencia” de toda norma de conflicto de carácter estatal, merece una precisión. En efecto, como fluye de la sentencia que fuera expedida el 20 de diciembre de 1993, en el *affaire Dalico*⁽¹⁵⁾ por la Primera Sala de la Corte de Casación francesa, esta autonomía no nos debe llevar a sustraer a la convención de arbitraje internacional de todo control legal, es decir que:

“(...) en vertu d’une règle matérielle du droit international de l’arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique”.⁽¹⁶⁾

Como lo afirma la doctrina, este pronunciamiento marcó un cambio importante en la conceptualización de la autonomía de la cláusula arbitral, reconociéndole un principio de validez que, salvo las normas de orden público internacional, se sitúa por encima de todo particularismo normativo de carácter local, que puede llegar a ser impuesto cada vez que una jurisdicción estatal ejerce el control de la validez de

⁽¹⁵⁾ Este caso opuso a una parte libia y a otra danesa. El contrato atribuía competencia a los tribunales libios, sin embargo su anexo reenviaba a un documento de la invitación a ofrecer que contenía una cláusula compromisoria, el contrato reconocía que los documentos de la invitación a ofrecer formaban parte de éste. La parte libia afirmaba que la ley libia, aplicable al fondo de la controversia, lo era también para la cláusula arbitral y que, como consecuencia de ello, ésta era nula por no haber sido firmada por ambas partes, Ver Cass. 1re.civ., 20 déc 1993, Dalico, JDI, 1994. 432.

⁽¹⁶⁾ *“En virtud de una regla material de derecho internacional de arbitraje, la cláusula compromisoria es independiente jurídicamente del contrato principal que la contiene directamente o por referencia y su existencia y su eficacia se aprecian, bajo reserva de las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, conforme a la común voluntad de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal”.*

la cláusula arbitral, sea como consecuencia de la interposición de una excepción procesal, una solicitud de anulación del laudo o de su ejecución y reconocimiento, a través del *exequator*.

Cabría precisar que, como lo destaca Bollée⁽¹⁷⁾ respecto a la decisión que expidió el 30 de marzo de 2004 la Primera Sala de la Corte de Casación francesa, en el proceso seguido entre las sociedades Uni-Kod y Ourakali, la solidez de la referida jurisprudencia *Dalico* también puede admitir algunas atenuaciones en el caso que las partes hubieran expresamente sometido la cláusula arbitral a los alcances de la ley que regula el contrato principal.

Sin perjuicio de lo antes indicado y mas allá de esta reciente excepción a la jurisprudencia *Dalico*, debemos preguntarnos si el análisis de la validez de la cláusula de arbitraje internacional, sea como consecuencia de la interposición de una excepción procesal, o de una solicitud de anulación del laudo o del *exequator* de la sentencia arbitral; debe ser apreciada conforme a la ley del foro al que pertenece el juez o en aplicación de la ley de conflicto del sistema normativo que rige el contrato principal o acaso en virtud a reglas materiales del orden público internacional.

A fin de esbozar una respuesta respecto a los alcances del control judicial sobre la cláusula de arbitraje internacional, cabría tener en consideración que, como lo afirman Fouchard, Gaillard y Goldman,⁽¹⁸⁾ los árbitros internacionales no pertenecen a ningún orden jurídico por lo que no tienen ninguna razón de carácter institucional para hacer prevalecer las reglas de conflicto de uno u otro sistema jurídico. Dentro de esta misma línea de pensamiento Gaillard⁽¹⁹⁾ considera que para los árbitros de comercio internacional, cuyo foro es el mundo, no existe un derecho extranjero en la medida que todos los derechos tienen para

(17) BOLLÉE, S., “Quelques remarques sur la pérennité (relative) de la jurisprudence *Dalico* et la portée de l'article IX de la Convention européenne de Genève”, en: *JDI Clunet*, 2006, p. 134.

(18) FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, cit., p. 252.

(19) GAILLARD, E., “Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage internationale”, en: *Revue de l'arbitrage* 200, N° 2, pp. 377-378.

ellos el mismo status. De aceptar dichas afirmaciones, debemos concluir que ante el silencio de las partes respecto a la norma u orden jurídico que regirá la validez de una cláusula de arbitraje internacional, el árbitro o el juez en un segundo momento, deberá tomar en cuenta, sobre la base del derecho comparado y de la jurisprudencia del arbitraje internacional, las exigencias del orden público internacional que, más allá de los particularismos locales, deben regular las relaciones jurídicas dentro de una sociedad internacional.

Como se ha afirmado líneas arriba, no se trata de excluir todo control de la cláusula de arbitraje internacional, sino de limitar que, más allá de las reglas de orden público, el control jurisdiccional no esté tentado a recurrir a criterios y reglas locales que no corresponden a la naturaleza y función transnacional del arbitraje internacional.

Esta tendencia a limitar la influencia de los particularismos normativos locales la encontramos en forma manifiesta en la mayor parte de convenciones internacionales que someten la validez de la convención de arbitraje a la ley de la sede del procedimiento arbitral. Es evidente que el hecho de situar la sede del arbitraje en un Estado neutro respecto a las partes, evita hacer depender la suerte de la convención de arbitraje y la competencia del Tribunal Arbitral del sistema jurídico susceptible de tener un vínculo con la litis, como consecuencia de la ley de conflicto llamada a ser aplicada, haciendo predecible el resultado y alcances del control arbitral y/o judicial que puede recaer sobre dicha convención.

2.2. Principio de competencia-competencia

El principio de competencia-competencia es la adecuación al arbitraje, bajo una forma atenuada, del principio procesal común que permite a cada juez estatal de decidir sobre su propia competencia.

Como se sabe, este principio es una de las piedras angulares del arbitraje, en la medida que es a través de él que los árbitros tienen el poder de decidir sobre su propia investidura. Es evidente que este control de competencia no es dejado al libre albedrío de los árbitros, toda vez que el poder jurisdiccional, que es finalmente quien ha concedido a

los árbitros esta atribución, se reserva la “última palabra”, concentrando su control⁽²⁰⁾ en las instancias de anulación y de *exequator*.

Cabe señalar que este principio lleva inserta la idea que, como lo afirman Fouchard, Gaillard y Goldman, “*il n’y a pas lieu de suspecter a priori les arbitres de ne pas être en mesure de parvenir eux-mêmes à une décision à la fois équitable et protectrice des intérêts de la société*”.⁽²¹⁾ En efecto, su legitimación se sustenta en el hecho que se trata de una concesión otorgada por los órdenes jurídicos nacionales a los árbitros para que éstos puedan no sólo decidir sobre su competencia, sino también expedir sentencias llamadas a ser reconocidas por la sociedad en su conjunto.

Como se sabe, el principio competencia-competencia encierra dos efectos claramente distinguibles: un efecto positivo, en mérito al cual el árbitro cuenta con el poder de decidir sobre su propia competencia, y un efecto negativo que permite a todo árbitro, no únicamente de decidir solo y en forma exclusiva sobre su competencia, sino de ser el primero en emitir dicha decisión.

En ejercicio del poder para decidir sobre su propia competencia, es evidente que todo arbitro esta capacitado para declarar su competencia o su incompetencia. Como lo afirma Demolitsa,⁽²²⁾ una decisión arbitral de incompetencia fundada sobre la nulidad de la cláusula arbitral no nos conduce a ningún *impasse* lógico, en la medida que se acepte que el fundamento del principio de competencia - competencia no es el acuerdo de voluntades de las partes, sino el permiso legal generalizado proveniente de todos los órdenes jurídicos que podrían ser llamados a reconocer la sentencia arbitral.

(20) Considerando la diferencia que existe entre anular y reconocer una sentencia arbitral. Ver el interesante artículo de CANTUARIAS, Fernando, “Cuestiones generales aplicables a las causales de anulación de laudos arbitrales dictados en el foro y a las causales para no reconocer y ejecutar laudos arbitrales dictados en el extranjero”, en: *Thémis*, N° 50, Lima, p. 90.

(21) “*No hay lugar para sospechar que, a priori, los árbitros no se encuentren capacitados para llegar a una decisión, a la vez justa y protectora de los intereses de la sociedad*”. FOUCHARD / GAILLARD / GOLDMAN, *Traité de l’arbitrage commercial international*, cit., p. 415.

(22) DIMOLITSA, “Autonomie et Kompetenz-Kompetenz”, cit., p. 325.

Como es de suponer, el denominado efecto negativo impone a su vez a la jurisdicción estatal que haya tomado conocimiento de la misma litis, una suerte de auto-abstención respecto a toda decisión que pueda involucrar el fondo de las pretensiones que estén bajo la competencia de los árbitros, antes que éstos hayan tenido ocasión de pronunciarse.

Considerando que la decisión *a priori* de los árbitros sobre su competencia no es necesariamente vinculante para el juez estatal, éste *a posteriori*, dentro del marco de un recurso de anulación o del *exequator*, podrá apreciar la competencia del arbitro. Es ese el verdadero sentido del efecto negativo del principio competencia - competencia, el control de la justicia estatal será efectuado en un segundo momento, después de haber reconocido la prioridad de la competencia ejercida por los mismos árbitros.

Cabe señalar que si bien esta regla de prioridad a favor de la competencia arbitral, así como el reconocimiento al control judicial sobre la existencia y validez de la convención arbitral, son aspectos reconocidos por la mayor parte de convenciones internacionales y de legislaciones sobre arbitraje, debe tenerse en cuenta de que no existe una posición unánime respecto a la oportunidad en la que este control judicial debe ejecutarse. En general vemos que, contrariamente a lo que propugna el principio de competencia - competencia y la regla de prioridad, los jueces nacionales tienen el poder de juzgar sobre la competencia arbitral o sobre el fondo de la litis antes o durante la tramitación del proceso arbitral, desnaturalizando no sólo la esencia del principio de competencia-competencia sino también al arbitraje internacional como institución.

3. EN BÚSQUEDA DEL “PUNTO DE EQUILIBRIO” ENTRE EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL Y EL CONTROL DE LA JURISDICCIÓN ESTATAL

Respecto al principio de competencia - competencia, debemos tener presente que, como lo afirma Dimolitsa,⁽²³⁾ existe una aceptación parcial del principio de competencia - competencia. En efecto, son numerosos los casos donde los jueces nacionales, sin ninguna restricción,

⁽²³⁾ *Ibidem*, p. 329.

tienen el poder para decidir antes o durante la tramitación del proceso arbitral sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral, sin esperar que los árbitros, en ejercicio de su competencia, hayan tenido la ocasión de pronunciarse sobre dicha materia.

Dentro de esa misma tendencia legislativa, se sitúa la Convención de Nueva York⁽²⁴⁾ que en el párrafo tercero de su artículo II reconoce que:

“El tribunal de uno de los Estados Contratantes (...), remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo ineficaz o inaplicable”.

Asimismo, en el artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI se afirma esta posición, al señalarse que:

“El tribunal [judicial] (...) remitirá a las partes al arbitraje (...), a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

Como se puede apreciar, es manifiesta la forma como en estos textos convencionales de carácter internacional se ha optado por “diluir” los alcances del principio competencia - competencia, dándole al Juez estatal la prerrogativa de controlar –antes que el arbitro y sin importar el status del proceso arbitral– la existencia, validez de la cláusula arbitral, así como la existencia de una eventual imposibilidad en la ejecución de la sentencia arbitral.

Frente a esta posición que tiende a reconocer en forma parcial tanto los alcances del principio de autonomía/separación, así como el efecto negativo del principio competencia-competencia, encontramos la propuesta legislativa que ha sido retenida en el artículo 1458 del Nuevo Código del Proceso Civil francés, la misma que precisa:

⁽²⁴⁾ Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, aprobada en la Conferencia Diplomática del 10 de junio de 1958. Esta convención entró en vigencia en el Perú el 5 de octubre de 1988.

“Lorsqu’un litige dont un Tribunal Arbitral est saisi en vertu d’une convention d’arbitrage est porté devant une juridiction de l’Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le Tribunal Arbitral n’est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d’arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d’office son incompétence.”⁽²⁵⁾

Este expreso reconocimiento al principio de prioridad de la intervención del Tribunal Arbitral, nos lleva a interrogarnos sobre el momento en el que deberían hacerse valer los alcances de este principio o, en otras palabras, desde cuando se considera investido el Tribunal Arbitral de la competencia que le permitirá hacer valer el referido principio de prioridad. Al respecto, si bien la jurisprudencia francesa no es uniforme en la identificación de estos criterios, puede afirmarse que en términos generales será el momento en el que es formulada en forma expresa la aceptación de la misión por parte de los árbitros o, como lo sucede en los arbitrajes ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI), a partir del momento en el que se produce la entrega física de los expedientes a los árbitros a los que las partes han recurrido.

Sin duda, cada una de las posiciones que se oponen respecto al efecto negativo del principio competencia - competencia presenta ventajas e inconvenientes, lo fundamental, desde nuestro punto de vista, es apreciar cuál de estas soluciones se concilia mejor con una propuesta que aspira a fortalecer al arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos que promueva el comercio internacional.

Es dentro de ese escenario que consideramos un error el afirmar que sólo se puede salvaguardar el principio de economía procesal a

⁽²⁵⁾ “A partir del momento en el que un litigio, respecto del cual un Tribunal Arbitral ha sido recurrido, en virtud a una cláusula arbitral, es llevado ante una jurisdicción del Estado, ésta debe declararse incompetente. Si el Tribunal Arbitral aún no ha sido designado, la jurisdicción deberá igualmente declararse incompetente a menos que la convención de Arbitraje sea manifiestamente nula. En los dos casos, la jurisdicción no puede declarar de oficio su incompetencia”.

través de la omnipresente intervención de la justicia estatal, llamada a pronunciarse en forma casi inmediata sobre la invalidez y la inexistencia de la convención arbitral. Como es sabido, no en todos los procesos arbitrales se espera la sentencia final para expedir un pronunciamiento sobre la competencia de los árbitros, por el contrario la incertidumbre que podría envolver a las partes durante la tramitación del proceso arbitral puede disiparse con una decisión, distinta de la sentencia, expedida por los árbitros dentro de los plazos más breves, antes del pronunciamiento final.

Como lo afirma Radicati di Brozolo,⁽²⁶⁾ esta corriente “neo-estatista” que se sustenta, entre otros postulados, en la deseada infalibilidad del juez nacional y en el monopolio del Estado en la aplicación del derecho, es contradicha por una visión realista del fenómeno jurídico: no existe una interpretación por definición “correcta” de una regla de derecho, aún cuando ésta sea una norma de orden público, ni una solución “correcta” a un litigio. Ante esta evidencia, cabría preguntarnos por qué consideramos que el juez local es el único llamado a ejercer un control anticipado de la cláusula arbitral, si en todos los casos ninguna sentencia arbitral es ajena a la posibilidad del “*second look*” del órgano jurisdiccional estatal, que conoce de una solicitud de anulación o de *exequator*.

Como se ha señalado líneas arriba, el hecho de que exista siquiera la más mínima posibilidad para que un juez asuma el rol de controlador de la validez y la existencia de la convención arbitral antes que el árbitro pueda expedir, en ejercicio de su competencia, un pronunciamiento sobre dichas materias, otorga a la parte demandada una pieza clave dentro de una eventual estrategia procesal destinada a dilatar o trabar la tramitación del proceso arbitral, erosionando de esa forma toda la eficacia del Arbitraje.

Al respecto, como lo afirma Dimolitsa, “*a partir du moment où il y a équivalence substantielle de la juridiction étatique et de la juridiction arbitrale, l’une exclut l’autre et la bonne coopération des deux juridictions*”

(26) RADICATI DI BROZOLO, L. G., “L’illicite ‘qui crève les yeux’: critère de contrôle des sentences au regard de l’ordre public international (à propos de l’arrêt Thalès de la Cour d’Appel de Paris)”, en: *Revue d’arbitrage*, 2005, N° 3, p. 540.

exige qu'en règle générale, la juridiction étatique intervienne après la sentence arbitrale seulement, dans les limites des causes d'annulation ou d'apposition à l'exequatur, et que toute intervention antérieure soit conçue en tant qu'une exception et exercée dans les limites du minimum nécessaire",⁽²⁷⁾ siguiendo esta línea de pensamiento podemos afirmar que el ideal sería encontrar en las soluciones legislativas locales ese, a veces lejano, "punto de equilibrio" entre el ejercicio de la jurisdicción arbitral y el control de la jurisdicción estatal, donde lejos de neutralizar a la primera en beneficio de dicho control, éstas dos esferas jurisdiccionales lleguen a complementarse.

4. LA EFICACIA DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL PERÚ Y EL NEBULOSO CONTROL JUDICIAL SOBRE LA COMPETENCIA ARBITRAL Y LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como se ha afirmado a lo largo de este artículo, una de las variables más importantes para apreciar la eficacia del arbitraje internacional es el nivel de reconocimiento otorgado a los principios de autonomía/separación y de competencia - competencia. En la LGA si bien encontramos en distintos dispositivos una referencia a dichos principios, su reconocimiento esta lejos de ser pleno, impidiendo la eficacia del arbitraje internacional y propiciando potenciales y, en muchos casos, efectivas "escaramuzas" entre la jurisdicción arbitral y la justicia estatal.

Respecto a las reglas del arbitraje internacional que han sido reconocidas en la LGA del Perú, llama a nuestra atención que entre todos los dispositivos del arbitraje nacional que se le hacen extensivos, no figure el artículo 14 que, como se sabe, define en forma expresa los alcances del principio de autonomía/separabilidad en los siguientes términos:

⁽²⁷⁾ DIMOLITSA, "Autonomie et Kompetenz-Kompetenz", cit., p. 338, "*a partir del momento en el que hay equivalencia sustancial de la jurisdicción estatal y la jurisdicción arbitral, una excluye a la otra y la buena cooperación de las dos jurisdicciones exige que como regla general, la jurisdicción estatal intervenga sólo después de la sentencia arbitral, dentro de los límites de las causales de anulación o de interposición del exequatur, y que toda la intervención anterior sea considerada como una excepción y ejercida dentro de los límites de lo mínimo necesario*".

Artículo 14°.- Separabilidad del convenio arbitral.-

“La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral (...)”.

En efecto, en lugar de haber incluido en el artículo 89⁽²⁸⁾ de la LGA una referencia al citado artículo 14 de la Sección Primera de la LGA, que regula el arbitraje doméstico, lo que hubiera permitido aclarar y definir con mayor precisión los contornos del principio de autonomía/separación en la legislación peruana del arbitraje internacional, se ha optado por insertar en el ya mencionado artículo 106 del LGA⁽²⁹⁾ una suerte de fórmula que simplifica y confunde los alcances de los principios de autonomía/separación y de competencia - competencia, banalizando el rol fundamental que cumple cada uno de estos principios en el arbitraje internacional.

Por otro lado, en la LGA del Perú encontramos un tímido e indirecto reconocimiento a la dimensión de la autonomía de la cláusula arbitral, respecto de la ley que rige el contrato en el que se halla inserta. En efecto, en el artículo 123 de dicho cuerpo normativo se enuncia lo siguiente:

Artículo 123.-

“Contra lo resuelto en un laudo arbitral internacional dictado dentro del territorio de la República sólo procede interponer recurso de anulación ante la Corte Superior del lugar de la sede del Arbitraje competente al momento de presentar el recurso, cuando la parte que interpone la petición pruebe:

(28) Artículo 89.- Ámbito de aplicación de normas domésticas.- Son de aplicación supletoria a esta Sección los artículos 7, 19, 32, 35, 42, 47, segundo párrafo, 52, 62, 79, 80, 81, 82, 83 y 86 de la Sección Primera.

(29) Ver cita en la página 2 de este artículo.

Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio 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 las leyes de la República (...).” (las negritas son nuestras)

Es claro que a partir de este dispositivo se ha extendido tímidamente un reconocimiento al principio de autonomía en toda su dimensión, precisando que la validez del convenio arbitral se regirá conforme a una ley distinta de la que regula el contrato principal. En la medida que una golondrina no hace el verano, queda por confirmar hasta qué punto este “soterrado” reconocimiento de carácter legislativo llegará a cimentarse a través de una jurisprudencia que emane de los tribunales peruanos y que, lejos de ampulosas interpretaciones bizantinas que lo desnaturalicen, enriquezca en forma creativa el contenido de dicho principio.

Lamentablemente, la LGA del Perú que, como se sabe, ha inspirado su contenido en la referida Ley Modelo de la CNUDMI, no es ajena a la corriente que reconoce en forma parcial el principio competencia-competencia, cercenándolo de su efecto negativo. En efecto, basta apreciar el contenido del artículo 99 de dicho cuerpo normativo para confirmar que se ha reconocido sin rubor que ante una cláusula arbitral “manifiestamente nula” no es el árbitro a cargo del proceso quien resolverá este incidente sino la clarividencia del Juez que ha tomado conocimiento sobre el fondo de la causa sujeta a arbitraje. Dicho dispositivo señala:

Artículo 99.-

Convenio Arbitral y demanda en cuanto al fondo ante el Poder Judicial.- Si se promoviera una demanda judicial relativa a un asunto materia de un convenio arbitral, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso, debiendo el juez remitir a las partes al arbitraje, a menos que se compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo, de acuerdo con la ley pactada por las partes, o en defecto de acuerdo con la ley del lugar de la celebración del contrato, o que la

materia sea de competencia exclusiva de los tribunales de la República o viole el orden público internacional.(...)
(las negritas son nuestras).

Como es de suponer, esta solución legislativa no sólo abre las puertas a toda suerte de estrategias dilatorias de carácter procesal sino que neutraliza el accionar del árbitro en su legítimo ejercicio del principio competencia - competencia, debilitando a la postre a la institución del arbitraje internacional, toda vez que cuestiona la capacidad del árbitro para efectuar un control sobre la validez y eficacia del convenio arbitral.

En todo caso, cabría preguntarse qué entendemos por la noción “*manifiestamente nulo*”, que encontramos en el referido artículo 99 de la LGA. Esta excepción al principio de competencia-competencia, se trata acaso de cualquier supuesto de nulidad del convenio arbitral el que será objeto de la intervención anticipada de la justicia estatal?

Desde nuestro punto de vista, considerando que el control judicial previo debe tener un carácter residual, extraordinario, éste no debe depender de la ejecución de una estrategia procesal dilatoria, que, como se sabe, en algunos casos puede ser impulsada por la parte que interpuso la demanda arbitral y que tuvo una activa participación en el proceso arbitral, legitimando en su momento la existencia del convenio arbitral, cuya validez luego pretende cuestionar. Sea el árbitro del proceso o el juez en ejercicio del referido control previo, quien tenga a cargo el examen *prima facie* y la resolución de este tipo de incidente, éste deberá tener en consideración no sólo la conducta procesal de las partes, sino también el carácter evidente, incontestable del vicio alegado y el efecto de dicha nulidad respecto del objeto de la litis, caso contrario la institución del arbitraje internacional será erosionada y reducida a una banal “anécdota” en el discurso del litigante que actúa con evidente mala fe, bajo la bandera del vicio *manifiestamente nulo*. Existe un agravante, pues a diferencia del arbitraje doméstico al que le es aplicable el artículo 39 de la LGA, que dispone expresamente que toda oposición sobre la ineficacia o invalidez del convenio arbitral debe ser formulado al presentar las partes sus pretensiones iniciales; respecto al arbitraje internacional no existe ninguna condición o restricción de forma o de fondo que

limite el libre albedrío del litigante, que pretenda cuestionar la eficacia o validez de la cláusula de arbitraje internacional.

Por otro lado, cómo determinar la *nulidad manifiesta* de un convenio arbitral que *a priori*, como consecuencia del principio de autonomía / separación, se supone válido?, no estamos acaso frente a una contradicción?. Sobre el particular, analizando el fondo y el impacto de esta excepción al efecto negativo del principio de competencia - competencia, cabría interrogarnos sobre su utilidad, imaginando además qué ocurriría si la abandonamos. Cuál es la función que cumple la excepción referida a la *nulidad manifiesta* de la cláusula arbitral, cuando –como se sabe– en todos los casos existirá un control posterior de la justicia estatal sobre la competencia del árbitro y por ende, sobre la validez de la cláusula arbitral que sirvió de sustento a su intervención.

Dentro de este mismo análisis crítico del contenido del referido artículo 99 de la LGA del Perú y aún cuando esta materia tiene aspectos que van más allá de los modestos alcances de este trabajo, debemos cuestionar los criterios establecidos en dicho dispositivo para determinar la norma de conflicto que permitirá al juez apreciar la causal de nulidad que afectaría la validez o existencia del convenio de arbitraje internacional.

En efecto, sea la ambigua referencia a la “ley pactada por las partes”, con la que se pretende hacer extensiva a la cláusula arbitral, la norma que regula al contrato principal o la mención a la “ley del lugar de celebración del contrato”, norma de conflicto que en este caso lejos de buscar la localización del convenio arbitral hace extensivo a éste un factor de localización que corresponde al contrato principal, en ambos casos se cuestiona los alcances del principio de autonomía /separación del convenio arbitral. Es a partir de la estricta aplicación de dicho principio que no llegamos a entender las razones por las que se pretende determinar la validez de un convenio arbitral a través de una ley que resulta ser aplicable como consecuencia de un factor de localización que, lejos de tener alguna relación directa con la sede del arbitraje o el lugar de expedición de la sentencia arbitral, recurre a un criterio geográfico relacionado con el contrato principal, contribuyendo de alguna medida a crear mayor incertidumbre entre las partes que intervienen en el proceso arbitral.

Finalmente, respecto a la noción de “orden público internacional” que el legislador peruano ha incluido en el referido artículo 99, cabría preguntarse sobre su contenido y alcances. Es acaso una noción inabarcable, una suerte de “torre de babel” jurídica o una visión local del fenómeno jurídico internacional?. Sobre el particular, estimamos que corresponderá a los jueces peruanos forjar esos criterios, precisando el contenido y límites del orden público internacional peruano, es decir las normas materiales que no siendo necesariamente del derecho interno peruano, serán dictadas a partir de la concepción que tenga el órgano jurisdiccional del orden público internacional, considerando para ello las “exigencias mínimas de justicia” que reclama la doctrina para el comercio internacional.

Como podemos observar, el caso peruano es un ejemplo de una legislación de arbitraje internacional que en apariencia moderna, esconde consideraciones que lejos de haber sido adaptadas a una realidad que aspira promover el uso de un mecanismo de solución de conflictos ideal para un contexto de comercio globalizado, permanecen ancladas al texto de una ley - modelo que fue tomada como receta cuasi-inmutable, la misma que ahora vemos esta lejos de ofrecer una alternativa viable para promover el arbitraje internacional en el Perú.

5. CONCLUSIÓN

Afirmar que el arbitraje internacional es el mecanismo que por excelencia es utilizado en la solución de conflictos de comercio internacional, se ha convertido en una frase de moda, en un comentario que cae bien pues se ajusta a estos tiempos de galopante globalización.

Sin embargo, más allá de las apariencias, una vez mas vemos que entre lo dicho y lo hecho, que entre la frase altisonante y la realidad concreta existe una inconsistencia casi contradictoria. En efecto, pretender reconocer al arbitraje internacional un rol protagónico sin los mecanismos y principios que encarnan su contenido o en muchos casos aún habiéndolos reconocido, neutralizando su aplicación o erosionando su esencia, nos lleva a interrogarnos sobre el verdadero impacto de los dispositivos que lo regulan, así como sobre las consecuencias que ello genera en el desarrollo y posicionamiento del arbitraje internacional.

Es en esa dinámica que el arbitraje internacional debe ser entendido como una forma de solución de litigios de comercio internacional equivalente a los recursos ante los tribunales estatales. Lejos de todo atavismo, esta certeza nos debe llevar a fortalecer nuestra confianza respecto a la justicia arbitral, convenciendo no sólo a los particulares sino a todos los operadores del derecho que el arbitraje internacional no es una justicia derogatoria o excepcional, sino una jurisdicción equivalente (que no significa idéntica) a la justicia estatal.

Más que respuestas son las preguntas que han sido planteadas en este artículo las que esperamos puedan contribuir al debate que imperativamente, a nuestro entender, debe ser generado respecto al contenido de los dispositivos que regulan el arbitraje internacional en la Ley General del Arbitraje del Perú. Este *aggiornamento* legislativo debe ser inspirado no por una corriente de moda o por un modelo preconcebido, sino por el convencimiento de reconocer la esencia de los principios de autonomía/separación y competencia - competencia en el corazón del arbitraje internacional peruano, haciéndolo habremos contribuido a restituirle su plena eficacia. ▲

 MARCO CHÁVEZ GONZÁLES(*)

La expropiación indirecta y el Capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos de Norteamérica

SUMARIO: *1. Introducción. 2. La expropiación indirecta en el TLC suscrito por el Perú. 2.1. La expropiación indirecta mediante medidas fiscales en el TLC suscrito con USA. 2.2. ¿En el TLC suscrito con Estados Unidos quién califica la medida fiscal como confiscatoria? 3. El arbitraje según el Capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú. 3.1. Arbitraje según el Convenio del CIADI. 4. Plazo para la ejecución del laudo arbitral en el TLC. 5. Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

En el Capítulo 10 de Inversiones del Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos de Norteamérica encontramos el reconocimiento recíproco a favor de los inversionistas de los Estados Parte de diversos derechos sustantivos como son las garantías relacionadas con las expropiaciones.

El objeto del presente artículo es comentar el tema de la expropiación indirecta en el Tratado de Libre Comercio suscrito por el Perú con los Estados Unidos de Norteamérica y la posibilidad de someter la expropiación a través de medidas tributarias al mecanismo de arbitraje establecido en el Capítulo 10 del referido Tratado (en adelante TLC).

(*) *LLM* Boston University. Profesor de Derecho Tributario del Postítulo en Tributación de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. LA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL TLC SUSCRITO POR EL PERÚ

Según el artículo 10 numeral 7) del TLC, las partes contratantes no pueden expropiar o nacionalizar una inversión cubierta sea directa o indirectamente “*mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización*” salvo que se funde en razones de carácter público, no sea discriminatoria, se pague una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y se ajuste a un debido proceso.⁽¹⁾

El Anexo 10-B del TLC *define la expropiación indirecta como un acto o serie de actos que tiene un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal de la propiedad.*

El Restatement (Third) of the Foreign Relations Law de los Estados Unidos de Norteamérica que guía su política exterior define la expropiación indirecta como “acciones que tienen el efecto de quitar la propiedad, en todo o en parte, cuando (un Estado) sujeta la propiedad de un extranjero a *tributos*, regulaciones u otra acción que es confiscatoria, o que restrinja, limite, irrazonablemente interfiera o retrasa indebidamente, el efectivo goce de la propiedad por el extranjero”.

El Capítulo 11 del TLC de América del Norte conocido como “NAFTA” (Canadá, México y USA) recoge la figura de la expropiación indirecta, la cual ha sido desarrollada por el Tribunal Arbitral en el caso *Metalclad vs. México* (30 de agosto del 2000), señalando “que la expropiación bajo el NAFTA no incluye solo la abierta, deliberada y consciente toma de una propiedad, tal como un toma ilegal o una formal y obligatoria transferencia del título de propiedad a favor del Estado, *sino también cubre la incidental interferencia con el uso de la propiedad que tiene el efecto de privarlo de ella, en todo o en una parte significativa, o del esperado beneficio económico de la propiedad aun cuando no sea necesariamente para el obvio beneficio del país receptor de la inversión*”.⁽²⁾

En ese sentido, el profesor Park explica que la expropiación indirecta puede ocurrir cuando el derecho del inversionista a los beneficios son vulnerados por el Estado receptor, aun si la propiedad no es legal-

(1) El artículo 10.7 del TLC suscrito por el Perú.

(2) *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case N° ARB (AF)/97/1, Award (30 de agosto del 2000).

mente tomada, o cuando el Estado receptor no adquiere nada para sí mismo de su valor pero ha intervenido para su redistribución.⁽³⁾

En el caso *Starret Housing Corp. v. Irán*, el Tribunal Irán-United States señaló: “*es reconocido por el Derecho Internacional que medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad a tal nivel que los mismos se conviertan en tal inútiles que deban ser considerados expropiados, a pesar que el Estado no haya tenido el propósito de expropiarlos y que el título legal formalmente siga perteneciendo al propietario original*”.⁽⁴⁾

En consecuencia podemos definir a la expropiación indirecta como aquel acto o serie de actos (tributos, regulaciones u otra acción) que realiza un Estado y que afectan el valor de la propiedad impidiendo que sus beneficios lleguen a su propietario.

2.1. La expropiación indirecta mediante medidas fiscales en el TLC suscrito con USA

En el Anexo 10-B del TLC se acuerda considerar como **actos de no expropiación indirecta** solo aquellos relacionados con la salud pública, medioambiente y seguridad.

Como se advierte no se hace mención a los tributos en consecuencia se admite que estos sean considerados como actos que pueden originar una expropiación indirecta *lo cual es consecuente con el concepto de expropiación indirecta del Restatement (Third) of the Foreign Relations Law de los Estados Unidos de Norteamérica antes citado que como dijimos guía su política de Estado en Derecho Internacional*.

Así, en *Reveré Copper & Brass, Inc c. Overseas Private Investment Corp (USA)*, se admite que los derechos contractuales del inversionista reconocidos en un acuerdo de inversión pueden ser expropiados a través de medidas fiscales.

(3) PARK, William / AGUILAR Guillermo, “The New Face of Investment Arbitration”, en: *28 Yale Journal International Law Review*, 365, 2003, p. 378.

(4) Citado por PASQUEL, Enrique, “Tomando la propiedad en serio”, en: *Ius et Veritas*, Año XV, N° 31, p. 121.

El demandante Reveré celebró un acuerdo de inversión con Jamaica por 25 años. Reveré se comprometía a establecer y operar una planta de aluminio a cambio de ciertos beneficios fiscales, sin embargo, en 1974 Jamaica incrementó sus tributos y pago de regalías. El panel arbitral sostuvo que los derechos contractuales del inversionista establecidos con el Estado receptor pueden ser materia de expropiación indirecta cuando se le garantizan ciertos privilegios fiscales, y luego el gobierno aumenta las obligaciones tributarias y las regalías, y le establece niveles mínimos de producción sobre los cuales se calculan los impuestos.⁽⁵⁾

Por su parte, el profesor Park reconoce que la expropiación indirecta podría producirse a través de la aplicación de tributos que fueren al inversionista a abandonar la empresa, al simplemente quitarse su valor económico, o a través del otorgamiento de un régimen tributario más favorable a los competidores del inversionista.⁽⁶⁾

El profesor Medrano explica que: *“aun cuando se cumplan todas las formalidades requeridas para la dación de una norma, el contenido de esta no puede conducir a una prestación excesiva, pues de lo contrario el tributo constituiría simplemente un ropaje externo para encubrir el propósito de tomar, sin pago, el patrimonio del contribuyente.”*⁽⁷⁾

El profesor Park advierte que las medidas fiscales inevitablemente involucran un elemento de expropiación,⁽⁸⁾ en ese mismo sentido el Tribunal Constitucional peruano reconoce que: *“la creación de tributos, y la concomitante obligación de su pago por parte de los contribuyentes, supone una injerencia estatal soberana sobre un ámbito patrimonial de las personas”*⁽⁹⁾ que en nuestra opinión será tolerable en la medida que

(5) DOLZER, Rudolf, “Indirect expropriation of alien property”, en: *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1, N° 1, Spring, 1986, p. 52.

(6) PARK, William, “NAFTA Chapter 11: Arbitration and the Fisc: NAFTA’s ‘Tax Veto’”, en: *Chicago Journal of International Law*, Vol. 2, Num. 1, Spring, 2001, p. 237.

(7) MEDRANO CORNEJO, Humberto, “El principio de no confiscatoriedad y la compensación de pérdidas en el Impuesto a la Renta”, en: *Advocatus*, N° 9, 2003-II, p. 231.

(8) PARK / AGUILAR, “The New Face of Investment Arbitration”, cit., p. 390.

(9) Exp. N° 2727-2002-AA/TC.

no sea desproporcionada o no vacíe a la propiedad privada de su valor económico o no haga tributar sobre una renta que no se tiene o no viole un convenio de estabilidad tributaria.

Si bien el Anexo 10-B del TLC brinda una definición de expropiación indirecta como el acto o serie de actos que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal de la propiedad, cabe preguntarnos a quienes corresponde calificar si una medida fiscal es confiscatoria o no según el TLC suscrito con Estados Unidos.

2.2. ¿En el TLC suscrito con Estados Unidos quién califica la medida fiscal como confiscatoria?

En el NAFTA o Tratado de Libre Comercio para América del Norte (Canadá, USA y México) se previó esta problemática mediante el “Tax Veto” que consiste en que el inversionista que aduce una expropiación indirecta de su inversión mediante un tributo debe ser sometida previamente a la evaluación de las Administraciones Tributarias de ambos países antes de recurrir al arbitraje, y si las Administraciones Tributarias de los Estados parte *acuerdan* que no tiene efecto expropiatorio no procede el arbitraje, pero en caso de desacuerdo el inversionista puede someter a arbitraje el tributo que le afecta.⁽¹⁰⁾

El artículo 22.3 inciso 6) del Capítulo 22 del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos se ha previsto un mecanismo similar por lo que primero el inversionista debe someter el impuesto expropiatorio a las Administraciones Tributarias de cada país respectivamente, quienes determinarán si la medida fiscal constituye una expropiación.

Ahora bien, una vez que el inversionista somete la medida tributaria a las administraciones tributarias de ambos países para su evaluación pueden ocurrir dos cosas:

- a) Las autoridades tributarias no acuerdan examinar el asunto.
- b) Las autoridades tributarias examinan el asunto pero no se ponen de acuerdo si constituye una expropiación.

⁽¹⁰⁾ Ver NAFTA artículo 2103 (6).

El artículo 22.3 inciso 6) del TLC establece un plazo de seis meses para que emitan opinión las administraciones tributarias que se computa desde que el asunto se haya sometido a su consideración, transcurrido el plazo señalado el inversionista podrá someter su reclamación a arbitraje.

Es nuestra opinión, confiar la decisión de examinar si la medida fiscal implica expropiación o no a las administraciones tributarias sin permitir la participación del inversionista en la deliberación nos parece que no es una garantía para el inversionista, ya que las administraciones tributarias podrían acordar que la medida fiscal no es confiscatoria.

Queda entonces claro que según las reglas del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos el inversionista *sólo puede someter a arbitraje aquellas medidas fiscales* que hayan sido sometidas primero a consideración de las administraciones tributarias respectivas y éstas no acuerdan si tiene carácter expropiatorio en el plazo de seis meses desde su puesta en conocimiento.

3. EL ARBITRAJE SEGÚN EL CAPÍTULO 10 DEL TLC SUSCRITO POR EL PERÚ

El artículo 10.16 numeral 1) del TLC suscrito por el Perú otorga el derecho al inversionista a someter a arbitraje⁽¹¹⁾ una reclamación por expropiación indirecta de la inversión cuando el demandado ha violado una obligación contenida en la Sección A,⁽¹²⁾ una autorización de inversión o convenio de inversión⁽¹³⁾ siempre que las administraciones tributarias no hayan determinado que la medida fiscal no constituye una expropiación.⁽¹⁴⁾

(11) Artículo 10.16 num. 1) del TLC.

(12) Los derechos que se reconocen en la Sección A son: trato nacional, nación mas favorecida, requisitos de desempeño, facilidades recíprocas respecto de ejecutivos y órganos de empresas, nivel mínimo de trato al inversionista, libertad de transferencia de divisas y garantías relacionadas con expropiaciones.

(13) Artículo 10.28 del TLC. Es un acuerdo escrito entre el inversionista y el Estado que otorga derechos al inversionista.

(14) Artículo 22.3 num 6) del TLC.

Esta reclamación por expropiación indirecta deberá presentarse luego de transcurrido un plazo de seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación⁽¹⁵⁾ como es que las administraciones tributarias no acuerden en dicho plazo si la medida tributaria es expropiatoria, y para ello por lo menos 90 días antes que se someta la reclamación a arbitraje, el demandante debe notificar su intención de someter a arbitraje el asunto al demandado⁽¹⁶⁾ y el inversionista tendrá un plazo máximo de 3 años⁽¹⁷⁾ para someter la controversia a arbitraje.

Ahora bien, la controversia surgida por la medida fiscal expropiatoria podrá ser sometida a cualquiera de los mecanismos arbitrales que el TLC permite, como son:⁽¹⁸⁾

- Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI siempre que sean partes del convenio,
- Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI;
- Reglas del CNUDMI; o
- Ante cualquier institución arbitral o reglas de arbitraje que acuerden.

Como Estados Unidos de Norteamérica y el Perú son partes del CIADI⁽¹⁹⁾ este será el mecanismo arbitral al cual se va a recurrir para la resolución de controversias sobre expropiación indirecta y por ende aquellas originadas por medidas fiscales.

3.1. Arbitraje según el Convenio del CIADI

Es importante mencionar el carácter vinculante del consentimiento de someter una controversia al arbitraje del CIADI, ya que una vez

(15) Artículo 10.16 num 3) del TLC.

(16) Artículo 10.16 num 2) del TLC.

(17) Artículo 10.18 num 1) del TLC.

(18) Artículo 10.16 num 3) del TLC.

(19) El Perú ratifica el Convenio del CIADI mediante R. Leg. N° 26210, la cual entra en vigencia el 08 de setiembre de 1993.

otorgado no puede ser retirado unilateralmente⁽²⁰⁾ ni se podrá impedir que el proceso arbitral llegue hasta el laudo final.

En el caso del TLC suscrito con Estados Unidos de Norteamérica según el artículo 10.17 numeral 1) se ha consentido en someter a arbitraje las controversias inversionista-Estado, pero adicionalmente para que la controversia quede sometida al arbitraje del CIADI se requiere que cumpla con el consentimiento por escrito.⁽²¹⁾

En los casos *Alcoa Minerals of Jamaica c. Jamaica*, (ARB/74/2) y *Kaiser Bauxite c. Jamaica* (ARB/74/2), Jamaica celebró acuerdos para la extracción y procesamiento de bauxita, cada acuerdo contemplaba una cláusula de estabilidad tributaria y sometimiento al arbitraje del CIADI.

Luego de unos años el gobierno de Jamaica notificó al CIADI la exclusión de su consentimiento de aquellas disputas relacionadas a minerales y recursos naturales la misma que tenía efecto retroactivo, un mes después el gobierno de Jamaica incrementó los impuestos a los demandantes.

Los demandantes sometieron el caso al CIADI y se resolvió que el inicial consentimiento de Jamaica fue incondicional y que la referida notificación no tenía efectos retroactivos. En base a estas decisiones la disputa fue amigablemente resuelta.

De otra parte, en relación a la revisión de los laudos del CIADI, como explica Park “bajo el arbitraje del CIADI se impide que los laudos que dicte sean revisados por las leyes nacionales, en favor del procedimiento interno del CIADI de control de calidad del laudo”.⁽²²⁾

Es decir, ni las leyes nacionales, arbitrales o el Poder Judicial del Estado donde se lleve el proceso arbitral del CIADI interferirán hasta la ejecución del laudo arbitral, siendo de aplicación solo las normas del CIADI.⁽²³⁾

(20) Artículo 25 numeral 1) del Convenio del CIADI.

(21) Artículo 10.17 numeral 2) del TLC.

(22) PARK / AGUILAR, “The New Face of Investment Arbitration”, cit., p. 374.

(23) DELAUME, Georges, “ICSID and the Transnational Financial Community”, en: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1, N° 2, Fall, 1986, p. 247. “This rule of

El sistema especial del CIADI de control de calidad del laudo se origina en el artículo 53 numeral 1) del Convenio del CIADI que dispone que el “laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio”, como son:⁽²⁴⁾

- a) *Ampliación* en caso se omita resolver algún punto controvertido o deba rectificarse algún error material, aritmético o similar,⁽²⁵⁾
- b) *Aclaración* en caso exista una disputa acerca de su sentido o alcance,⁽²⁶⁾
- c) *Revisión* si se descubre algún hecho que hubiera podido influir decisivamente en el laudo, y siempre que, al tiempo de dictarse el laudo, hubiere sido desconocido por el Tribunal y por la parte que inste la revisión y que el descubrimiento de esta no se deba a su propia negligencia,⁽²⁷⁾ y
- d) *Anulación* en base a que el Tribunal se constituyó incorrectamente, el Tribunal se extralimitó en sus facultades, corrupción de algún árbitro, violación grave de norma de procedimiento, no consten sus fundamentos.⁽²⁸⁾

*judicial abstention means that if one of the parties sought to renege on its consent to ICSID arbitration and to institute proceedings in an domestic court, the court would be bound to (...) refer the parties to ICSID”, CANTUARIAS, Fernando, “Algunos apuntes acerca del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones”, en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 56, Lima, Año XVIII, 2003, p. 202 “solo serán de aplicación las normas arbitrales del CIADI, con prescindencia absoluta de la legislación arbitral y del Poder Judicial del lugar donde físicamente se lleve a cabo el proceso, como de cualquier otro Estado”.*

(24) CANTUARIAS, Fernando, “Recursos contra los laudos arbitrales y reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales CIADI”, en: *Advocatus*, N° 11, 2004-II, p. 113.

(25) Artículo 49 numeral 2) del Convenio CIADI. Plazo para su presentación 45 días contados desde la fecha que se dictó el laudo.

(26) Artículo 50 numeral 1) del Convenio del CIADI. No se indica plazo para su presentación.

(27) Artículo 51 del Convenio del CIADI. Presentarse dentro de los 90 días siguientes de descubierto el hecho, o dentro de los tres años siguientes a la fecha de dictado el laudo arbitral.

(28) Artículo 52 del Convenio del CIADI. Presentarse dentro de los 120 días de dictado el laudo arbitral ante el CIADI quien instalará una Comisión *Ad-Hoc* para examinar este recurso de anulación.

Según el artículo 53 del Convenio el laudo del CIADI es vinculante en todos sus extremos para las partes en conflicto (inversionista - Estado), ya que tiene la fuerza de un fallo definitivo de un tribunal del país⁽²⁹⁾ el que deberá ser reconocido incluso por el Poder Judicial de cualquiera de los Estados miembros del CIADI, con la entrega de una copia certificada del laudo según el artículo 54 numeral 2 del Convenio CIADI, como si se tratara de una sentencia emitida por su propio tribunal.

Entonces queda claro que el reconocimiento del laudo sea que se haya dictado contra el inversionista o Estado demandado procede en cualquiera de los Estados miembros del CIADI, y como explica Cantuarias no pudiendo este último evitar el reconocimiento del laudo en base a la inmunidad de jurisdicción según el artículo 54 del CIADI.⁽³⁰⁾

Delaume opina que “el artículo 54 del Convenio del CIADI impide al Estado parte en la disputa utilizar el argumento de la inmunidad de jurisdicción al momento del reconocimiento y ejecución del laudo (...). En el sistema de la Convención (...) se considera que el Estado parte en la disputa ha renunciado a cualquier defensa, incluyendo la inmunidad de jurisdicción, pues ello interfiere con el mecanismo del CIADI y sería inconsistente con el consentimiento dado de someterse al arbitraje del CIADI”.⁽³¹⁾

Respecto a la ejecución del laudo habría que distinguir también si es contra el inversionista o el Estado parte en la disputa, si el laudo se ejecuta contra el inversionista se podrá recurrir ante el Poder Judicial de cualquiera de los Estados miembros para su ejecución sin que proceda

(29) Artículo 54 del Convenio del CIADI: “*Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado*”.

(30) En ese mismo sentido, CANTUARIAS, Fernando, “Recursos contra los laudos arbitrales (...)”, cit., p. 117, “(...) *no pudiendo escudarse el Estado en cuestión en la inmunidad de jurisdicción para pretender impedir el reconocimiento del laudo arbitral*”.

(31) DELAUME, Georges, “ICSID and the Transnational Financial Community”, en: *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1, N° 2, Fall, 1986, p. 250.

revisión alguna, ya que como indica Cantuarias tiene la fuerza de una sentencia firme dictada por un tribunal en dicho Estado.⁽³²⁾

Sin embargo, si es contra el Estado demandado podrá oponer la inmunidad de ejecución, el artículo 55 del CIADI establece que: “*Nada de lo dispuesto en el artículo 54 se interpretara como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero*”, como explica Delaume. “*En contraste a su innovativa aproximación a la inmunidad de jurisdicción, la Convención no altera las normas de inmunidad de ejecución de los Estados miembros*”.⁽³³⁾

Ahora bien si el Estado demandado incumple con el laudo, el TLC autoriza al demandante a solicitar la integración de un panel arbitral para que emita una recomendación a fin que el demandado acate el laudo⁽³⁴⁾ y también le autoriza a que paralelamente o independientemente recurra a la ejecución del laudo de conformidad con el Convenio del CIADI.⁽³⁵⁾

En ese sentido, el Convenio del CIADI autoriza al demandante a hacer dos cosas:

- Que los otros Estados miembros del CIADI ejecuten en sus territorios el laudo contra los bienes del Estado demandado, en base al artículo 55 del Convenio del CIADI que autoriza a dichos Estados a ejecutar el laudo en base a sus normas internas sobre inmunidad en materia de ejecución sobre bienes.

⁽³²⁾ CANTUARIAS, “Recursos contra los laudos arbitrales (...)”, cit. p. 116, “(...) cualquier Estado que requiera ejecutar un laudo arbitral CIADI contra un inversionista podrá recurrir ante la instancia judicial de cualquiera de los Estados miembros, con la finalidad de proceder a su reconocimiento y ejecución (...) sin que proceda revisión alguna en la forma o en el fondo”.

⁽³³⁾ DELAUME, “ICSID and the Transnational Financial Community”, cit., p. 250.

⁽³⁴⁾ Artículo 10.26 num 8) del TLC.

⁽³⁵⁾ Artículo 10.26 num 9) del TLC.

En la práctica solo se podrán ejecutar los bienes del Estado utilizados con fines comerciales mas no así los bienes aplicados a fines soberanos, siendo que la calidad de estos últimos dependerá de evaluar cada caso.⁽³⁶⁾

En el caso República Árabe Unida vs. Dame X, la Corte Suprema de Suiza sostuvo que cuando los activos de un Estado extranjero no están destinados para uso soberano, ellos pueden ser embargados.⁽³⁷⁾

La doctrina de la inmunidad soberana de los Estados ha tenido significativos progresos principalmente en los países que son centros financieros, lo cual favorece la ejecución de los laudos del CIADI, así el Foreign Sovereign Act (FSIA) de Norteamérica enmendado en mayo de 1998, que regula la inmunidad soberana de los Estados extranjeros frente a las Cortes norteamericanas, ha establecido en la Section 1610 a) 6) que la propiedad de un Estado extranjero en Estados Unidos usado para actividades comerciales no será inmune a la ejecución de las Cortes norteamericanas cuando se base en la confirmación de un laudo arbitral y que esta ejecución no sea inconsistente con alguna disposición del acuerdo arbitral.

- Que el Estado demandado enfrente una reclamación del Estado del inversionista afectado⁽³⁸⁾ o una demanda ante la Corte Internacional de Justicia.⁽³⁹⁾

Como señala Delaume la comunidad financiera internacional y los inversionistas son sensibles al incumplimiento del laudo arbitral por parte del Estado demandado⁽⁴⁰⁾ y lógicamente afecta la recepción de inversiones.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, pp. 249 y ss. y CANTUARIAS, Fernando, “Recursos contra los laudos arbitrales (...)”, cit., p. 114.

⁽³⁷⁾ DELAUME, “ICSID and the Transnational Financial Community”, cit., p. 253.

⁽³⁸⁾ Artículo 27 numeral 1 del CIADI.

⁽³⁹⁾ Artículo 64 del CIADI.

⁽⁴⁰⁾ DELAUME, “ICSID and the Transnational Financial Community”, cit., p. 247, “*borrowers should be even more sensitive to the fact that submission to ICSID arbitration should protect them against any other form of litigation*”.

4. PLAZO PARA LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL EN EL TLC

El TLC ha señalado que debe transcurrir un plazo de 120 días desde que se dictó el laudo del CIADI para solicitar su ejecución,⁽⁴¹⁾ ello en razón a si se ha presentado alguno de los recursos antes mencionados.

El laudo arbitral sobre expropiación según el TLC podrá ordenar restitución de propiedad al inversionista, o pago de daños pecuniarios e intereses, o una combinación de ambos,⁽⁴²⁾ y el demandado no opondrá como defensa, contra demanda o derecho compensatorio o que el demandante ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación por un seguro o contrato de garantía⁽⁴³⁾ por la expropiación indirecta.

5. CONCLUSIÓN

- Según las reglas del TLC suscrito por el Perú con Estados Unidos el inversionista sólo puede someter directamente a arbitraje aquellas medidas fiscales que hayan sido sometidas primero a consideración de las administraciones tributarias respectivas y estas no se hayan puesto de acuerdo si tiene carácter expropiatorio o no en el plazo de seis meses desde su puesta en conocimiento.
- Como Estados Unidos de Norteamérica y el Perú son partes del CIADI, este será el mecanismo arbitral al cual se va a recurrir para la resolución de controversias sobre expropiación indirecta originadas por medidas fiscales. ▲

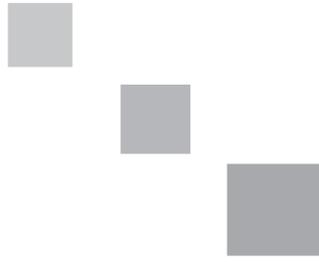
(41) Artículo 10.26 num 6) del TLC. El plazo para la ejecución del laudo será de 90 días desde que se dictó el laudo según las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o Reglas del CNUDMI o el arbitraje que se acuerde; o hayan concluido los procedimientos de revisión.

(42) Artículo 10.26 numeral 1 del TLC.

(43) Artículo 10.20 numeral 7 del TLC.

Laudo Arbitral Nacional

Laudo
Arbitral
Nacional
❧



LAUDO ARBITRAL

Tribunal Arbitral

Dr. Mario Castillo Freyre
Dr. Martín Oré Guerrero
Dr. Gustavo de los Ríos Woolls

En Lima, con fecha 17 de agosto de 2006, en la sede del Tribunal Arbitral, sita en la avenida Arequipa 2327, Lince; se reunieron los árbitros, Doctor Mario Castillo Freyre (Presidente del Tribunal), Doctor Martín Oré Guerrero y Doctor Gustavo de los Ríos Woolls, a efectos de emitir el Laudo Arbitral, en el proceso arbitral iniciado por GyM S.A., contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima.

ANTECEDENTES

Mediante Carta Notarial del 8 de febrero de 2006, GyM S.A. (en adelante GyM) remitió una comunicación al Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (en adelante SEDAPAL), la misma que fuera debidamente diligenciada por la Notaría Pública de Lima del doctor Ricardo Fernandini Barreda, bajo el N° 292462, el 9 de febrero de 2006, manifestando su decisión de iniciar un proceso arbitral a fin de resolver las controversias surgidas entre ambas empresas, quienes habían suscrito el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato de Prestación de Servicios N° 204-2003-SEDAPAL, Concurso Público N° 0014-2002-SEDAPAL-SEGUNDA CONVOCA-TORIA, Mantenimiento de los Sistemas de Agua Potable y Alcantarillado y Estaciones en la Gerencia de Servicios Centro, suscrito entre las partes en el año 2003, y en aplicación del artículo 186° del Reglamento de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.

Mediante Carta N° 271-2006-GG, de fecha 16 de febrero de 2006, SEDAPAL comunica notarialmente a GyM su respuesta con relación a la solicitud de arbitraje planteada por esta última.

Por medio de la Carta N° 112-2005-EAL, con fecha de entrega 1 de marzo de 2006, SEDAPAL alcanza al Doctor Martín Oré Guerrero copia del Contrato de Prestación de Servicio N° 204-2003-SEDAPAL, del cual se deriva la controversia materia del presente

arbitraje. Asimismo, envía copia de la Resolución N° 7, de fecha 2 de noviembre de 2004, así como del escrito de desistimiento de la pretensión presentado por GyM en un proceso arbitral anterior, donde ésta pretendía el reconocimiento del incremento del monto contractual como consecuencia del aumento de la Remuneración Mínima Vital (en adelante RMV).

Mediante comunicación de fecha 8 de marzo de 2006, se cita a las partes a la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, señalando como fecha para la celebración de dicho acto, el 15 de marzo del mismo año a las once de la mañana.

En la fecha y hora indicadas, se realiza la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, de la cual se advierte lo siguiente: 1) Que los árbitros declaran haber sido debidamente designados, que no tienen ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverán con imparcialidad, independencia y probidad; 2) Que se designa al señor Juan José Pérez-Rosas Pons como Secretario del proceso; 3) Que el arbitraje que se siga será Nacional y de Derecho; 4) Que se aplicarán las reglas que consten en el Acta y, en su defecto, por lo dispuesto por el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26850, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM y sus modificatorias y la Ley General de Arbitraje; y que, en caso de deficiencia o vacío de las reglas que anteceden, el Tribunal resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado; 5) Que se establece a las oficinas del Presidente del Tribunal, ubicadas en la Avenida Arequipa N° 2327, distrito de Lince de esta capital, como la sede del Tribunal Arbitral; 6) Que se establece al español como el idioma aplicable; 7) Que el Tribunal queda facultado para suplir, a su discreción, cualquier deficiencia o vacío existente en la legislación o en el contrato, mediante la aplicación de principios generales del Derecho Administrativo; 8) Que se establece el lugar de las notificaciones y la forma del cómputo de los plazos; 10) Que se establece la confidencialidad del proceso; 11) Que se establece la forma en que se desarrollarán las audiencias; 12) Que se establecen las reglas del proceso arbitral; y, 13) Que se establecen los montos que, en anticipo de los honorarios, se deben abonar a los árbitros y al secretario arbitral.

A través del escrito N° 1, de fecha 15 de abril de 2006, GyM solicita el cambio de domicilio procesal.

Mediante comunicación de fecha 20 de marzo de 2006, se notifica a las partes la Resolución N° 1, de fecha 16 de marzo de 2006, en donde se concede a la parte demandante el cambio del domicilio procesal solicitado.

Por medio del escrito N° 2, de fecha 21 de marzo de 2006, GyM solicita la sustitución de recibos por honorarios, al haberse consignado mal su número de RUC.

Asimismo, mediante escrito N° 3, de fecha 27 de marzo de 2006, GyM acredita haber realizado el pago por honorarios que le correspondía efectuar.

Con fecha 29 de marzo de 2006, mediante escrito N° 4, GyM interpone su demanda.

El 31 de marzo de 2006, se notifica a las partes la Resolución N° 2, de la misma fecha, en donde se admite la demanda interpuesta por GyM y se corre traslado de la misma a SEDAPAL.

El 10 de abril de 2006, SEDAPAL, deduce Excepción de Cosa Juzgada contra la Segunda Pretensión Principal, la Pretensión Alternativa a la Segunda Pretensión Principal, así como las demás pretensiones referidas al reclamo por parte de GyM, del pago por concepto de ajuste de la Remuneración Mínima Vital, por considerar que éstas ya fueron materia de un anterior proceso arbitral que terminó con el desistimiento de GyM y, por lo tanto, adquirió carácter de cosa juzgada.

Con fecha 17 de abril de 2006, mediante la Resolución N° 3 que fue emitida el 12 de abril del 2006, se notifica la excepción de Cosa Juzgada, deducida por SEDAPAL y se otorga a GyM cinco (5) días para su absolución.

Mediante escrito N° 2, de fecha 20 de abril de 2006, SEDAPAL, dentro del plazo otorgado, presentó su contestación a la demanda y reconvención, escrito que fue tramitado mediante Resolución N° 4, de fecha 21 de abril de 2006, por la que se tenía por admitido el escrito de contestación a la demanda, por ofrecidos los medios probatorios, se admitía la reconvención interpuesta y se corría traslado de la misma a la demandante, por un plazo de diez (10) días hábiles.

Con el escrito N° 6, de fecha 25 de abril de 2006, GyM absuelve la excepción de cosa juzgada, señalando que entre las pretensiones que se discuten en el actual proceso y entre las que se discutieron en el proceso anterior no existe identidad, por lo que pide que se declare infundada la excepción presentada.

Por medio de la Resolución N° 5, de fecha 26 de abril de 2006, se resuelve tener por absuelto el traslado conferido a GyM a través de la Resolución N° 3, con conocimiento de la contraria, debiendo resolverse en su oportunidad.

A través del escrito N° 7, de fecha 9 de mayo de 2006, GyM resalta las materias que considera no han sido controvertidas por SEDAPAL; a saber: la veracidad de las facturas que corresponden a las valorizaciones del contrato; el cálculo efectuado por ellos para medir el impacto del incremento de la RMV; el hecho de que luego de presentada la oferta se produjo un incremento de la RMV; la validez y vigencia del numeral 4.1 de las Condiciones Generales de Contratación, durante toda la ejecución del contrato.

Mediante los escritos N°s. 8 y 9, de fecha 9 de mayo de 2006, GyM se pronuncia sobre la contestación de la demanda y absuelve el traslado de la reconvención, respectivamente; asimismo, señala su desacuerdo con la contestación de la demanda y con la reconvención, pidiendo que se declaren infundadas todas y cada una de la pretensiones planteadas por SEDAPAL a título de reconvención.

Vía resoluciones N°s. 6, 7 y 8, de fecha 11 de mayo de 2006, el Tribunal resuelve tener presente lo expuesto por la demandante mediante sus escritos N° 7, 8 y 9, respectivamente.

Con fecha 11 de mayo de 2006, GyM solicita, mediante su escrito N° 10, se tenga presente su segundo cambio de domicilio procesal.

Por medio de la Resolución N° 9, de fecha 16 de mayo de 2006, se resuelve tener por variado el domicilio procesal de GyM.

Mediante los escritos N^{os}. 11 y 12, de fecha 1 de junio de 2006, GyM presenta como pruebas diversos documentos, con el objeto de acreditar las deficiencias en la infraestructura de SEDAPAL, y las valorizaciones mensuales de los servicios prestados a la misma entidad –en formato electrónico–, respectivamente.

Vía escrito N^o 13, de fecha 2 de julio de 2006, GyM ofrece como prueba sus estados financieros para acreditar las pérdidas sufridas.

El día 2 de junio de 2006, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, y se emitió la Resolución N^o 10, por la que: 1) Se declaraba fundada en parte la excepción de cosa juzgada deducida por SEDAPAL, en lo que respecta a la Segunda Pretensión Principal; 2) Se declaraba infundada la excepción de cosa juzgada deducida por SEDAPAL, en lo que respecta a la Pretensión Alternativa a la Segunda Pretensión Principal; 3) Se declaraba infundada la excepción de cosa juzgada deducida por SEDAPAL, en lo que respecta a las demás pretensiones referidas al reclamo por parte de GyM del pago por concepto de ajuste de la RMV, contenidas en la demanda.

A través de la Resolución N^o 11, de fecha 2 de junio de 2006, se resuelve se tengan presentes los escritos N^{os}. 11 y 12, de fecha 1 de junio de 2006, presentados por GyM.

Asimismo, mediante Resolución N^o 12: 1) Se resuelve que se tenga presente el escrito N^o 13, de fecha 2 de junio de 2006, presentado por GyM; 2) Se declara saneado el presente proceso arbitral; 3) Se deja constancia de que al propiciar el Presidente del Tribunal el diálogo entre las partes, con el fin de lograr un acuerdo conciliatorio, aquéllas expresaron que resultaba imposible arribar a una conciliación; 4) Se fijan los puntos controvertidos tanto de la demanda y de su contestación, como de la reconvencción y de la contestación de la misma; 5) El Tribunal admite todos los medios probatorios ofrecidos por ambas partes; 6) Se resuelve excluir la audiencia de pruebas, debido a que todos los medios probatorios resultaban de actuación inmediata; 7) Se otorga un plazo de diez (10) días a las partes para que terminen de pagar los honorarios fijados en el Acta de Instalación.

Por medio del escrito N^o 14, de fecha 13 de junio de 2006, GyM acredita el pago de los honorarios dentro del plazo fijado por la Resolución N^o 12.

El 16 de junio de 2006, SEDAPAL, en cumplimiento de lo decretado en la resolución N^o 12, expedida en Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, cumple con presentar los Alegatos Escritos.

Vía escritos N^{os}. 15, 16, 17, 18, 19, 21 y 22, de fecha 19 de junio de 2006, GyM cumple con presentar sus Alegatos escritos, referidos: a los siniestros en las estaciones, al descuento por el IES, a la supuesta falta de la reposición de veredas, al pretendido descuento por multas y penalidades, al pretendido consentimiento de GyM a las observaciones hechas por SEDAPAL a la liquidación, a la cuantía de sus pretensiones, al incumplimiento contractual y al enriquecimiento indebido de SEDAPAL, respectivamente.

Ese mismo 16 de junio de 2006, por medio de su escrito N° 20, GyM realiza la corrección material de la cita del punto 7 de su escrito de demanda.

Mediante Resolución N° 13, de fecha 20 de junio de 2006, atendiendo a que se incurrió en un error material al momento de redactar el Acta de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, se resuelve lo siguiente: 1) Corregir el punto controvertido g), quedando redactado de la siguiente manera: *“Determinar, en caso se declare fundado el punto controvertido e) precedente, si procede ordenar a la empresa GyM S.A. que cumpla con pagar a la orden de SEDAPAL la suma de S/. 499,132.66 más intereses correspondiente al monto de la liquidación final del contrato materia del presente arbitraje”*; 2) Corregir el punto controvertido h), quedando redactado de la siguiente manera: *“Determinar, en caso se declare infundado el punto controvertido e) precedente, si procede declarar que las observaciones realizadas por SEDAPAL a la liquidación del contrato presentada por la empresa GyM S.A. mediante Carta N° 127-2006-SEDAPAL, son procedentes”*; 3) Corregir el punto controvertido i), quedando redactado de la siguiente manera: *“Determinar, en caso se declare fundado el punto controvertido h) precedente, si procede ordenar a la empresa GyM S.A. que cumpla con pagar a la orden de SEDAPAL la suma de S/. 499,132.66 más intereses correspondiente al saldo final de la liquidación final del contrato materia del presente arbitraje”*; 4) Integrar la presente Resolución al Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 2 de junio de 2006, notificándose a las partes.

Por medio de la Resolución N° 14, de fecha 23 de junio de 2006, el Tribunal resuelve que se tenga por cumplido el mandato de pago por honorarios contenido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

Vía Resoluciones N°s. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, de fecha 23 de junio de 2006, se resuelve, respectivamente, tener en cuenta los escritos N°s. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, presentados por GyM el 16 de junio de 2006.

A través de la Resolución N° 23, de fecha 23 de junio de 2006, se resuelve tener en cuenta el escrito s/n (al que corresponde el N° 3) presentado por SEDAPAL el 16 de junio de 2006.

Vía escrito N° 23, de fecha 11 de julio de 2006, GyM comenta el escrito N° 3 de SEDAPAL, únicamente en lo que se refiere al cuestionamiento de la cuantía de la demanda.

El día 11 de julio de 2006 se lleva a cabo la Audiencia de Informes Orales, en la que el representante de GyM informó por treinta (30) minutos, y los representantes de SEDAPAL hicieron lo propio seguidamente. Luego se concedió a las partes los respectivos derechos de réplica y dúplica. Finalmente, los miembros del Tribunal procedieron a formular preguntas, las cuales fueron absueltas por las partes.

Luego de escuchar a las partes, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 24 por la que: 1) Se resolvía tener presente el escrito N° 23 presentado por GyM; 2) Se fijaba el plazo para la emisión del Laudo Arbitral, el mismo que se estableció en veinte (20) días hábiles contados desde la emisión de la referida Resolución, susceptibles de ser prorro-

gados por quince (15) días más, si las circunstancias lo ameritan, conforme a lo establecido en el numeral 24 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Mediante escrito N° 24, de fecha 14 de julio de 2006, GyM acredita la fecha de presentación de la oferta que dio origen al contrato objeto del presente arbitraje.

Vía escrito N° 25, de fecha 14 de julio de 2006, GyM comenta el informe oral de SEDAPAL en el punto de la supuesta obligación de abonar S/. 500.00 como remuneración.

Por medio del escrito N° 26, de fecha 14 de julio de 2006, GyM comenta el escrito de alegatos de SEDAPAL, en relación a las Boletas de Pago.

Con fecha 14 de julio de 2006, GyM presenta el escrito N° 27 en el que se pronuncia sobre el supuesto enriquecimiento indebido de SEDAPAL.

A través del escrito N° 28, de fecha 14 de julio de 2006, GyM manifiesta su opinión sobre la Fórmula de Reajuste de la que trató SEDAPAL en la Audiencia de Informes Orales.

Con el escrito N° 29, de fecha 14 de julio de 2006, GyM –cumpliendo con lo requerido en la Audiencia de Informes Orales– adjunta la copia de la póliza de seguros que el contratista proveyó conforme a lo establecido en las Bases del Concurso Público.

Por medio de las Resoluciones N°s. 25, 26, 27, 28, 29 y 30, se admiten los escritos N°s. 24, 25, 26, 27, 28 y 29, respectivamente.

Mediante escrito N° 30, de fecha 19 de julio de 2006, GyM comenta punto por punto el escrito de alegatos de SEDAPAL.

El 19 de julio de 2006, GyM presenta el escrito N° 31, en el que expone su opinión sobre la aplicación de la Segunda Pretensión Principal de su demanda y de la Pretensión Alternativa.

Vía escrito N° 32, de fecha 20 de julio de 2006, GyM define el concepto de deducible o franquicia.

Con fecha 21 de julio de 2006, GyM presenta su escrito N° 33, en el que se pronuncia sobre la supuesta obligación de pagar S/. 500.00 a sus trabajadores.

Mediante escrito s/n (que corresponde ser el N° 4), de fecha 25 de julio de 2006, SEDAPAL solicita se tenga presente en el laudo los fundamentos de hecho y de derecho que expone.

Por medio de las Resoluciones N°s. 31 y 32, de fecha 19 de julio de 2006, se resuelve tener presentes los escritos N°s. 30 y 31, presentados por la empresa GyM.

Vía Resolución N° 33, de fecha 20 de julio de 2006, se admite el escrito N° 32, presentado por GyM.

Por medio de la Resolución N° 34, de fecha 21 de julio de 2006, el Tribunal resuelve tener en cuenta el escrito N° 33, presentado por GyM.

Mediante Resolución N° 35, de fecha 25 de julio de 2006, se resuelve tener presente el escrito s/n (que corresponde al escrito N° 4) presentado por SEDAPAL.

Mediante Resolución N° 36, de fecha 1 de agosto de 2006, el Tribunal resuelve prorrogar, por única vez, el plazo para laudar por quince (15) días adicionales, los mismos que se computarán a partir del día siguiente de la fecha de vencimiento del plazo fijado en la Audiencia de Informes Orales.

Con fecha 8 de agosto de 2006, SEDAPAL presenta su escrito s/n (que corresponde al escrito N° 5), en el que adjunta la póliza de seguros solicitada por el Tribunal.

Mediante escrito N° 34, de fecha 9 de agosto de 2006, GyM comenta el punto N° 1 del escrito s/n (que corresponde al escrito N° 4), presentado por SEDAPAL.

Con fecha 9 de agosto de 2006, GyM presenta el escrito N° 35, en el que absuelve el conocimiento del punto N° 2 del escrito s/n (que corresponde al escrito N° 4), presentado por SEDAPAL.

Vía escrito N° 36, de fecha 9 de agosto de 2006, GyM absuelve el conocimiento del punto N° 3 del escrito s/n (que corresponde al escrito N° 4), presentado por SEDAPAL.

Mediante Resolución N° 37, de fecha 14 de agosto de 2006, el Tribunal resuelve tener presente el escrito s/n (que corresponde al escrito N° 5) de SEDAPAL, con conocimiento de la parte contraria.

Por medio de las Resoluciones N°s. 38, 39 y 40, se resuelve tener presentes los escritos N°s. 34, 35 y 36, presentados por GyM.

CONSIDERANDO

1. Que GyM interpone demanda contra SEDAPAL.

Que las pretensiones de GyM son las siguientes:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal declare como válida la liquidación del Contrato de Prestación de Servicios N° 204-2003-SEDAPAL, presentada por GyM mediante Carta 20-06/GyM-Ate, menos S/. 66'071,519.53; en consecuencia, solicita se declare válido como único monto pendiente de pago, respecto a las valorizaciones y facturas de GyM, la suma de S/. 123,468.96.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal declare el derecho de GyM de recibir por parte de SEDAPAL, a título de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual, el monto

que corresponde al ajuste de la RMV, conforme se consigna en la liquidación presentada por GyM, por todos los meses que comprendió la ejecución del servicio a favor de SEDAPAL, ascendente a S/. 1'641,355.36.

PRETENSIÓN ALTERNATIVA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que, alternativamente a la pretensión indicada en el punto precedente, el Tribunal declare el derecho de GyM de recibir de parte de SEDAPAL, a título de indemnización por enriquecimiento indebido de SEDAPAL, el monto que corresponde al ajuste de la RMV, conforme se consigna en la liquidación presentada por GyM, por todos los meses que comprendió la ejecución del servicio a favor de SEDAPAL, ascendente a S/. 1'641,355.36.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES Y A LA PRETENSIÓN ALTERNATIVA

Que el Tribunal ordene a SEDAPAL asumir las costas, costos y gastos del presente proceso, así como el pago de los intereses legales que correspondan sobre los montos que el laudo le ordene asumir en beneficio de GyM.

2. Que la emplazada, SEDAPAL, contesta la demanda contradiciéndola en todos sus extremos.

Asimismo, la demandada reconviene señalando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal declare consentidas las observaciones realizadas por SEDAPAL a la liquidación del Contrato de Prestación de Servicios N° 204-2003-SEDAPAL, presentada por GyM, contenidas en su carta N° 127-2006-EORM, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal desestime el reclamo a la indemnización por el supuesto incumplimiento contractual por el reconocimiento del incremento de la RMV, ascendente a S/. 1'641,355.36 que GyM pretende incluir en la liquidación final del Contrato de Prestación de Servicios suscrito entre las partes.

SEGUNDA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal ordene a GyM el pago de la suma de S/. 499,132.66, correspondientes al monto de la liquidación final del Contrato antes referido, así como el pago de los intereses correspondientes.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que en el supuesto en el que el Tribunal considere que GyM ha cumplido con someter la controversia de la liquidación del Contrato a arbitraje, de acuerdo a Ley, SEDAPAL solicita que el Tribunal declare procedentes las observaciones realizadas por ellos a la Liquidación del Contrato de Prestación de Servicios N° 204-2003-SEDAPAL, contenidas en la Carta N° 127-2006-EOMR.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA

Que el Tribunal ordene el pago de la suma de S/. 499,132.66, correspondientes al saldo final de la liquidación, así como los intereses correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Que el Tribunal ordene a GyM el pago de costas y costos del proceso.

3. Que, en tal sentido, el Tribunal deberá determinar:

SI PROCEDE DECLARAR COMO VÁLIDA LA LIQUIDACIÓN PRESENTADA POR GyM, QUE INCLUYE UN SALDO PENDIENTE DE 123,468. 96 MÁS INTERESES

Posición de GyM

3.1. Que GyM y SEDAPAL suscribieron el Contrato de Prestación de Servicios N° 204-2003-SEDAPAL, para el mantenimiento de los sistemas de agua potable, alcantarillado y estaciones en la Gerencia Centro.

Que la oferta de GyM fue elaborada en función a los supuestos e instrucciones del Concurso Público N° 14-2002-SEDAPAL-Segunda Convocatoria, incluyendo las Condiciones Generales de Contratación.

Que el monto valorizado y facturado por GyM asciende a S/. 66'194,988.49; sin embargo, SEDAPAL sólo les ha pagado S/. 66'071,519.53, por lo que les adeuda un importe de S/. 123,468.96.

Que estos importes no deben generar ninguna controversia ya que constan en documentos que obran en poder tanto de SEDAPAL como de GyM.

Que, en todo caso, corresponde a SEDAPAL acreditar si ha cumplido con el pago de los S/. 123,468.96.

Posición de SEDAPAL

3.2. Que en la liquidación presentada por GyM se incluye como "Adicionales del monto contractual" la suma total de S/. 1'875,499.52, importe que abarca diferentes conceptos relacionados al incremento de la RMV.

Que esta liquidación incluye los pagos relacionados por los mayores gastos por el incremento de la RMV desde noviembre de 2003 hasta diciembre de 2005, los cuales fueron denegados por SEDAPAL en su debida oportunidad, además de haber sido discutidos en un proceso arbitral anterior, en el que fueron materia de desistimiento por parte de GyM.

Que el Tribunal declaró fundada en parte la Excepción de Cosa Juzgada formulada por SEDAPAL a la Segunda Pretensión principal de la demanda por el periodo comprendido entre noviembre de 2003 y noviembre de 2004, y de ello se puede advertir que la validez de la liquidación final del Contrato presentada por GyM deviene en inválida.

Sobre la validez de la liquidación presentada por GyM

3.3. Que la liquidación final del Contrato de Prestación de Servicios presentada por GyM incluye el pago por concepto de los mayores gastos en que incurrió ésta por el incremento de la RMV, desde noviembre de 2003 hasta diciembre de 2005.

Que este Tribunal declaró fundada en parte la Excepción de Cosa Juzgada formulada por SEDAPAL a la Segunda Pretensión Principal de la demanda, por el periodo comprendido entre noviembre de 2003 –fecha de inicio de la ejecución del contrato– y el 2 de noviembre de 2004 –fecha en que se concluyó el proceso arbitral anterior mediante Resolución N° 7, que declaró procedente el desistimiento de las pretensiones de GyM–.

Que al incluirse en la liquidación un pago controvertido que ha sido materia de un proceso arbitral anterior en el que GyM renunció a su derecho de cobrarlo, puede afirmarse que ésta no es válida en su integridad.

SI DEBIDO AL INCREMENTO DE LA RMV CORRESPONDE A SEDAPAL PAGAR A GyM, ALGUNA SUMA DE DINERO, POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO DESDE EL 3 DE NOVIEMBRE DE 2004 HASTA LA FECHA EN QUE SE CONCLUYÓ EL CONTRATO

Posición de GyM

3.4. Que el Numeral 4.1 de las Condiciones Generales de Contratación establece que: “Los precios facturados por el Proveedor por los servicios contratados serán fijos e iguales a los que haya cotizado en su oferta, con la excepción de los ajustes de precios salariales autorizados por el Gobierno Central; de darse el caso, EL CONTRATISTA presentará a SEDAPAL el reajuste correspondiente debidamente analizado agregándose los gastos generales y utilidad para su aprobación”.

Que la cuantía de la RMV fue elevada por Decreto de Urgencia N° 22-2003, publicado el 13 de septiembre de 2003, meses después de presentada la oferta por GyM.

Que el importe del impacto del incremento de la RMV, que consta en el Anexo 4-C, fue calculado en función a la asignación familiar y al costo de las horas por

jornada nocturna, conceptos afectados directamente por el incremento de la RMV. El número de horas asciende a 208.

Que, al haber incumplido SEDAPAL con su obligación de reconocer el impacto del incremento de la RMV, y al haber culminado la ejecución del Contrato, procede que SEDAPAL les indemnice conforme al Artículo 1321 del Código Civil, debido a que dicha entidad ha incumplido el Numeral 4.1 de las Condiciones Generales de Contratación.

Posición de SEDAPAL

3.5. Que la pretensión de GyM se sustenta en el Numeral 4.1. de las Condiciones Generales del Contrato.

Que conforme a la legislación vigente, para que una Entidad Pública pueda pagar algún reajuste al monto originalmente pactado en el Contrato, la causa que motiva dicho pago o reajuste debe acreditar que dicha causa efectivamente origina la afectación del monto del contrato; caso contrario, dicho reajuste deviene en improcedente.

Que SEDAPAL, en su calidad de empresa estatal de derecho privado, maneja fondos públicos y recursos del Estado, razón por la cual los funcionarios deben ser más cuidadosos y celosos en cumplir con las formalidades descritas en la ley y en el propio contrato suscrito entre las partes.

Que SEDAPAL denegó la solicitud de GyM, referida al reajuste, porque consideró que ésta no sustentó debidamente cómo el incremento de la RMV afectaba el monto original del contrato.

Que el objeto del contrato suscrito entre las partes se refiere a la prestación total del servicio; es decir, el monto del contrato se encuentra únicamente determinado en función al costo de la actividad y no a cómo se presta dicha actividad.

Que, en todo caso, conforme a lo establecido en el Numeral 16 de las Consideraciones Generales de las Bases del Concurso Público N° 014-2002-SEDAPAL, el costo de hora-hombre estimado para los diversos tipos de trabajadores que GyM tendría que destacar para el cumplimiento del contrato, garantiza que dichos trabajadores perciban salarios que excederían aun al nuevo monto de la RMV, razón por la cual dicho incremento no implica una afectación en el monto contractual.

Que las Bases Contractuales, en el capítulo referido a "Precios y Monedas", señalan que los precios cotizados por el postor serán en Nuevos Soles y vigentes a la fecha de apertura de los sobres, procediendo a un reajuste de precios para el segundo año de contrato, mediante la aplicación de la fórmula $PR=PO(1+0.50(IPMf/IPMo-1))$. Por ello, si se aceptase el reajuste de la RMV, se lo estaría reconociendo dos veces.

Que como respuesta a la Consulta N° 214 –en la que GyM preguntaba si de acuerdo al punto 4.1 de las Condiciones Generales de Contratación se deberían

reajustar también los precios, cuando se produzcan cambios en la legislación que afecten los costos de operación del servicio–, SEDAPAL señaló que el único incremento previsto es de acuerdo a lo indicado en las Bases, folio 14, punto 4.

Que mediante Carta N° 039-05/GyM-Ate, de fecha 24 de enero de 2005, GyM aceptó que el contrato suscrito entre las partes era por actividad y no por mano de obra, concluyendo que el incremento de la RMV no incidía en la contratación.

Sobre el pago por concepto de Indemnización por Daños y Perjuicios Por Incumplimiento Contractual

3.6. Que en el Numeral 16 de las Consideraciones Generales de las Bases del Concurso Público N° 014-2002-SEDAPAL (2da. Convocatoria) se establece que:

“El Contratista necesaria y obligatoriamente debe tener una organización que garantice el cumplimiento de sus actividades [...]. Para asegurar la calidad de los servicios el costo de hora hombre [...] no debe ser inferior al considerado en el análisis de precio de su oferta económica:

Operario especializado:
S/. 7.12 H.H. - S/. 1000.00 (remuneración básica)

Operario:
S/. 6.06 H.H. - S/. 850.00 (remuneración básica)

Controlador sistema:
S/. 3.56 H.H. - S/. 500.00 (remuneración básica)

[...] Debe entenderse que el Postor que oferte en sus análisis de precios por actividad, la hora hombre menor a lo antes señalado, queda automáticamente descalificado del presente Concurso Público”.

Que el mencionado Numeral 16 establecía los niveles remunerativos que debían ser tomados en cuenta por los postores para calcular los gastos totales en los que incurrirían en la prestación del servicio, y en función de ellos poder elaborar sus propuestas.

Que los niveles de remuneración contenidos en el Numeral 16 trabajan como mínimos referenciales. Es decir, son obligatorios como pisos, pero disponibles como techos; por ello, nada impedía calcular los gastos de las propuestas en función de niveles remunerativos mayores a éstos.

Que tanto GyM como los demás postores debieron tener en cuenta estos niveles remunerativos para prever los gastos en los que incurrirían en la prestación del servicio.

Que el artículo 51 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que:

“Los adquirentes de Bases podrán formular consultas o solicitar la aclaración de cualquiera de sus extremos [...].

Las respuestas y aclaraciones a las Bases se consideran como parte integrante de éstas y del contrato.

Al absolver las consultas, el Comité Especial no podrá exigir requerimientos mayores ni distintos que los originalmente establecidos en las Bases”.

Que del mencionado artículo podemos inferir que las respuestas a las Consultas –para que sean parte integrante de las Bases– sólo pueden ofrecer interpretaciones conforme a las Bases, pero nunca interpretaciones que vayan en contra de éstas, o que las modifiquen.

Que, si bien la norma antes citada se refiere a las consultas o aclaraciones previas a la adjudicación, con mayor razón debe adoptarse ese mismo criterio para cuando esto suceda con posterioridad a la adjudicación; por lo tanto, el hecho de que SEDAPAL no haya considerado como incumplimiento contractual el que GyM haya pagado a sus trabajadores S/. 460.00 como remuneración total, tampoco modifica las Bases.

Que el Numeral 4.1. de las Condiciones Generales del Contrato es aplicable al caso en que el incremento de la RMV legal supere el monto de los niveles remunerativos señalados en las Bases.

Que el costo de hora-hombre previsto en el Numeral 16 de las Consideraciones Generales de las Bases del Concurso Público N° 014-2002-SEDAPAL (2da. Convocatoria), para los diversos tipos de trabajadores que GyM tendría que destacar para el cumplimiento del contrato, garantizaba que dichos trabajadores percibiesen salarios de un nivel tal que no afectaría a las partes para la aplicación respecto a los precios facturados, salvo el caso en que los ajustes remunerativos que ordenara el Supremo Gobierno fuesen superiores al nivel exigido por las propias Bases.

Que, debido a lo señalado en el párrafo anterior, dicho incremento no implica una afectación en el monto contractual de los gastos generales al que se hace referencia en el Numeral 4.1 de las Condiciones Generales de Contratación.

Que, por lo tanto, SEDAPAL no está obligada contractualmente a pagarle a GyM –por motivo del incremento de la RMV– monto alguno.

Que al no existir obligación contractual, no se puede hablar de incumplimiento contractual por parte de SEDAPAL; y, por lo tanto, no cabe reclamar indemnización de daños y perjuicios por dicho concepto.

SI PROCEDE ORDENAR A SEDAPAL QUE PAGUE A GyM LA SUMA DE 1'642,355.36 MÁS INTERESES POR CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN POR ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO, POR EL REAJUSTE DE LA RMV

Posición de GyM

3.7. Que, siguiendo lo mencionado en el numeral 3.4., si se objetase la procedencia de una Indemnización por Daños y Perjuicios por Incumplimiento Contractual,

entonces conforme al artículo 1954 del Código Civil se debería admitir la pretensión de pago por concepto de Indemnización por Enriquecimiento Indebido, ya que sería injustificado que SEDAPAL se enriquezca trasladando a GyM un costo y riesgo que las Bases del Concurso Público atribuían a dicha entidad.

Que el desistimiento de GyM en el Primer Proceso Arbitral no supuso que ellos aceptasen o consintiesen los incumplimientos de SEDAPAL cometidos o por cometerse durante la ejecución del contrato. Por ello, el desistimiento no afectaría el derecho de GyM de demandar a SEDAPAL mediante acciones de distinta naturaleza (como las de la vía penal) o por otras pretensiones, como la de indemnización por enriquecimiento indebido.

Que se cumplen todos los elementos necesarios para que se configure el enriquecimiento indebido; a saber:

- 1) Enriquecimiento de SEDAPAL: Que SEDAPAL se ha beneficiado con la ejecución de una prestación por parte de GyM (enriquecimiento positivo o *lucrum emergens*) por la cual ha pagado un monto menor al de su verdadero costo (costo que es determinado en función al incremento de la RMV). Que este enriquecimiento también podría ser enfocado como el provecho o ahorro obtenido por SEDAPAL al no pagar una prestación debida (enriquecimiento negativo o *damnum cessans*).
- 2) Ausencia de causa justificante del enriquecimiento: Que el desistimiento realizado por GyM en el Primer Proceso no supuso, en absoluto, una novación contractual o una disminución en las obligaciones de SEDAPAL. Así, la estipulación contenida en el Numeral 4.1 de las Condiciones Generales de Contratación seguiría vigente para ambas partes, por lo que SEDAPAL aún estaría obligada a afrontar los gastos por el incremento de la RMV. Por ello su enriquecimiento estaría injustificado.
- 3) Empobrecimiento de GyM: Que GyM sufrió un desmedro que se halla plenamente acreditado, ya que tuvieron que soportar el impacto económico negativo derivado del incremento de la RMV.
- 4) Nexo causal entre estos hechos: Que la existencia del nexo causal entre el empobrecimiento de GyM y el enriquecimiento de SEDAPAL es evidente.
- 5) Inexistencia de otro medio de derecho para remediar el perjuicio: Que el "Carácter de Subsidiariedad" de esta acción se refiere a la necesidad de que la persona que haya sufrido el perjuicio no pueda ejercitar otra acción para satisfacer su pretensión. Así, efectiva y objetivamente, GyM no cuenta con otra acción o con otro medio para

ejerger su pretensión de cobro, dado su desistimiento sobre los meses a los que se refiere la Resolución 10.⁽¹⁾

Que el análisis del artículo 1955 del Código Civil exige el examen de la situación jurídica al momento en que se interpone la acción de enriquecimiento sin causa. Es decir, que se verifique si el actor al momento de ejercer esta acción cuenta o no con otra acción específica.

Que no se debe tomar en cuenta los hechos que determinaron que el actor se encuentre en la situación en la que sólo puede recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa.

Que el artículo 20 de la Ley N° 27287 (Ley de Títulos Valores) dispone lo siguiente:

Artículo 20.- "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Extinguidas las acciones de los títulos valores, sin tener acción causal contra el emisor o los otros obligados, el tenedor podrá accionar contra los que se hubieren enriquecido sin causa en detrimento suyo, por la vía procesal respectiva".

Que esta ley establece que la prescripción de la Acción Cambiaria habilita el ejercicio de la Acción por Enriquecimiento Indebido; así, el que sea un hecho del propio actor (como el desistimiento) lo que ha determinado para éste la imposibilidad de recurrir a otras acciones, no perjudica su derecho a recurrir a la acción de enriquecimiento sin causa.

Posición de SEDAPAL

3.8. Que la ley exige tres elementos principales para que se configure el enriquecimiento sin causa (o enriquecimiento indebido): 1) Que exista un enriquecimiento injustificado de una parte. 2) Que dicho enriquecimiento perjudique a un tercero. 3) Que como consecuencia de ello se origine un monto de indemnización para reparar el daño.

Que el hecho de que SEDAPAL le haya denegado el pago del reajuste por el incremento de la RMV, no implica que esto haya contribuido a que se beneficiara económicamente. Esto, debido a que la solicitud de pago planteada por GyM fue materia de un anterior proceso arbitral que concluyó con el desistimiento de la pretensión por la propia GyM. Así, al no existir una obligación de pagar por parte de SEDAPAL, consecuentemente no existirá algún incumplimiento por parte de ellos mismos, por lo que tampoco se podría hablar de un enriquecimiento de esta entidad a costa de GyM.

⁽¹⁾ Desde el inicio de la ejecución del Contrato hasta el 2 de noviembre de 2004.

Que por lo tanto no existirá la obligación de SEDAPAL de indemnizar a GyM por concepto de enriquecimiento indebido.

Que en el primer período comprendido desde el 3 de noviembre de 2004 hasta la fecha en que se concluyó la ejecución del servicio, no existe discusión con respecto a un enriquecimiento sin causa, toda vez que en el primer proceso arbitral, iniciado y concluido por GyM, ésta optó por renunciar a su derecho de reclamar en un nuevo proceso arbitral el pago de los mayores costos en que incurrió tras el incremento de la RMV, lo cual significa que indirectamente aceptaron que no existió el incumplimiento reclamado.

Que durante todo el período de la ejecución del servicio no existió responsabilidad por parte de SEDAPAL con respecto al pago de mayores costos por el incremento de la RMV, puesto que el incremento de la RMV no influyó en el monto contractual.

Sobre el pago por concepto de Indemnización por Enriquecimiento Indebido

3.9. Que siendo el enriquecimiento sin causa propio de las obligaciones extra-contractuales, no es procedente el mismo, al estar basado, por parte de GyM, en el incumplimiento por parte de SEDAPAL de una obligación contractual, por lo que su pretensión debe limitarse, jurídicamente, a la aplicación de las reglas contractuales y no a esta Fuente extra-contractual de las Obligaciones.

Que, no obstante el párrafo anterior, los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento indebido o *actio de in rem verso* son para Llambías⁽²⁾ los siguientes:

1. Enriquecimiento del demandado.
2. Empobrecimiento del demandante.
3. Relación causal entre esos hechos.
4. Ausencia de causa justificante del enriquecimiento.
5. Carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Que en el caso de autos podemos observar que ninguno de estos elementos está presente, ya que no se ha podido demostrar el injustificado enriquecimiento de SEDAPAL y el consecuente empobrecimiento de GyM. (Véase el punto 3.6. de la parte considerativa de este laudo).

Que, con respecto al último elemento, la postura mayoritaria sostiene que este carácter subsidiario hace referencia a que la acción *de in rem verso* sólo puede ser ejercida cuando el derecho positivo no le brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos.

(2) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de las obligaciones*, Perrot, Buenos Aires, 1964, tomo IV-B, p. 380.

Que, según Delia Revoredo, esta acción:

Sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, [...] ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción no tiene opción para elegir entre las dos precedentes.⁽³⁾

Que, en la misma línea Llambías afirma que:

- a) Si el empobrecido ha dejado prescribir [...] la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa. [...] El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficaz para proteger su interés.
- b) Si el empobrecido no ha podido ejercer útilmente otra acción que tuviera en resguardo de su interés, por carencia de prueba documental, tampoco podrá articular la acción *in rem verso*.
- c) Si el empobrecido *ha deducido sin éxito otra acción que tuviera, distinta de la in rem verso, no puede marginarse de esa cosa juzgada adversa, para entablar esta última acción.*

La razón siempre es la misma: *el empobrecido carece de la acción de in rem verso cuando ha dispuesto de otra acción para prevenir su daño.* ⁽⁴⁾ (El subrayado es nuestro)

Que Julien Bonnecase señala que la Corte de Grenoble consideró que la acción *de in rem verso*:

Procede en todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona se enriquezca sin causa legítima y a costa del de otra persona, y cuando esta última *no goce de ninguna acción derivada de un contrato*, cuasi contrato, delito o cuasi delito, para obtener lo que se le debe; pero que no puede substituirse durante un juicio, por una acción diferente originalmente fundada en una obligación contractual.⁽⁵⁾

Que esta acción de indemnización por enriquecimiento indebido o acción *de in rem verso*, se diferencia de la acción indemnizatoria por daños y perjuicios, en que en la primera “no cabe culpa o dolo contractual ni extracontractual”.⁽⁶⁾ La acción de daños y perjuicios es una “acción de responsabilidad fundada en la culpa y permite obtener la reparación del daño, aunque no haya habido enriquecimiento del demandado. [Así], cuando aparece respecto del demandado una acción de

(3) REVOREDO, Delia, *Código Civil*, Okura, Lima, 1985, T. VI, pp. 778-779.

(4) LLAMBÍAS, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 397.

(5) BONNECASE, Julien, *Elementos del Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Biblioteca Jurídico-Sociológica, Puebla, 1945, T. II, pp. 313-314.

(6) REVOREDO, *Código Civil*, cit., p. 777.

responsabilidad [como la acción de daños y perjuicios], queda por ello excluida contra él la acción *in rem verso*".⁽⁷⁾

Que, siguiendo este razonamiento, podemos afirmar que para que proceda la acción *de in rem verso* no es necesario que el hecho por el que una persona se enriquece a costa de otra tenga un carácter ilícito. Esto, debido a que "el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado".⁽⁸⁾

Que la Ley de Títulos Valores es una ley especial. Es decir, esta regulación constituye un caso específico en el que la propia ley expresamente otorga esta posibilidad al actor; por ello, no se la puede interpretar o aplicar extensivamente a situaciones distintas a las expresamente establecidas en la citada ley.

Que el artículo 20 de esta ley establece que la prescripción de la Acción Cambiaria habilita el ejercicio de la Acción por Enriquecimiento Indebido.

Que el aplicar esta Ley al caso de autos constituiría una aplicación extensiva de la norma, lo cual no resulta admisible por tratarse de una ley especial.

Que, por lo tanto, en este caso no es procedente la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa.

SI PROCEDE DESESTIMAR EL RECLAMO REFERIDO A LA INDEMNIZACIÓN SOLICITADA POR GyM POR EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE SEDAPAL

Posición de GyM

3.10. Que SEDAPAL pretende convertir una defensa de fondo en una pretensión procesal; pues el pedido de ésta, consistente en que se desestime la pretensión planteada por GyM por el incumplimiento de la demandada en compensar los incrementos de costos por el aumento de la RMV, es una típica defensa de fondo.

Que una defensa de fondo, consistente en oponerse a la pretensión intentada contra el demandado, no puede transformarse en una pretensión procesal de éste contra el demandante.

Posición de SEDAPAL

3.11. Que, a este respecto, nos remitimos a lo señalado en el punto 3.4. de la parte considerativa del presente Laudo, en donde se indica que SEDAPAL sostiene que no ha incurrido en incumplimiento contractual alguno.

(7) LLAMBÍAS, *Tratado de las obligaciones*, cit., p. 404.

(8) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, "El pago indebido y el enriquecimiento sin causa" en *Actualidad Jurídica*, Lima, 2002, T. 99, p. 11.

Sobre la desestimación del reclamo referido a la Indemnización

3.12. Que, el derecho de acción, según señala Juan Monroy Gálvez, es:

Aquel derecho de naturaleza constitucional, inherente a todo sujeto, que lo faculta a exigir tutela jurisdiccional para un caso concreto [...]. Este derecho, al ser abstracto, carece de existencia material: es sólo un impulso de exigir tutela jurisdiccional [...]. Sin embargo, realizamos tal actividad cuando *tenemos una exigencia material y concreta respecto de otra persona o de otro sujeto de derechos*, es decir, cuando tenemos interés con relevancia jurídica respecto de un bien tutelado, que es resistido por otro.⁽⁹⁾ (El subrayado es nuestro)

Que, con respecto a los conceptos de pretensión material y pretensión procesal, el mencionado autor sostiene que:

El acto de exigir algo –que debe tener por cierto la calidad de caso justiciable, es decir, relevancia jurídica– a otro, antes del inicio de un proceso se denomina *pretensión material*. Cuando la pretensión material no es satisfecha y el titular de esta carece de alternativas extrajudiciales para exigir o lograr que tal hecho ocurra, entonces solo queda el camino de la jurisdicción. Esto significa que el titular de una pretensión material, utilizando su derecho de acción, puede controvertirla –sin necesidad de hacerla desaparecer– en *pretensión procesal*, la que no es otra cosa que la manifestación de voluntad por la que un sujeto de derechos exige algo. [...] La pretensión procesal tiene un elemento central, este es el *pedido concreto*, es decir, aquello que en el campo de la realidad es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido, este elemento recibe el nombre de *petitorio*.⁽¹⁰⁾ (El subrayado es nuestro)

Que, Juan Monroy define a la reconvencción, cuyo fundamento es el *principio de economía procesal*, como:

[El] ejercicio del derecho de acción por parte del demandado, ergo, esto sólo puede ocurrir en un proceso ya iniciado, en el que éste ha sido emplazado. Por tal mérito, el demandado incorpora al proceso una pretensión propia, absolutamente autónoma respecto de la pretensión contenida en la demanda, la que además está dirigida contra el demandante.⁽¹¹⁾ (El subrayado es nuestro)

Que, el mismo autor añade lo siguiente:

Resulta importante destacar la diferencia que existe entre la reconvencción y el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado, sobre todo porque suelen confundirse, ya que regularmente se ejercen en el mismo plazo y a veces conjuntamente. Al usarse una defensa de fondo, el demandado contradice la pretensión dirigida contra

⁽⁹⁾ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al Proceso Civil*, Temis-De Belaunde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996, pp. 271-272.

⁽¹⁰⁾ MONROY GÁLVEZ, *Introducción al Proceso Civil*, cit., pp. 272-274.

⁽¹¹⁾ MONROY GÁLVEZ, *Introducción al Proceso Civil*, cit., p. 280.

él, discutiendo y comprobando los hechos alegados por el demandante. Lo más exitoso que le podría ocurrir al demandado que usa una defensa de fondo es que se declare infundada la pretensión y que, en consecuencia, quede liberado de su cumplimiento. En cambio, en el caso de la reconvención, el demandado puede conseguir, si la reconvención es declarada fundada, vincular al demandante a la ejecución de la pretensión contenida en la reconvención.⁽¹²⁾ (El subrayado es nuestro)

Que, SEDAPAL, al plantear este pedido, está haciendo uso de su derecho de defensa en su manifestación de defensa de fondo, el cual ya ha sido ejercido en la contestación a la demanda; mas no está haciendo uso de su derecho de acción, el cual, precisamente, es el que le permite reconvenir.

Que, por lo tanto, esta pretensión resulta improcedente.

SI PROCEDE DECLARAR QUE LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR SEDAPAL A LA LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO PRESENTADA POR GyM HAN QUEDADO CONSENTIDAS POR ESTA ÚLTIMA

Posición de SEDAPAL

3.13. Que el artículo 139 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece el procedimiento para declarar consentida la liquidación de los contratos celebrados con el Estado, señalando que cualquiera de las partes tiene un plazo de 5 días para solicitar la conciliación o arbitraje en caso las observaciones formuladas por la Entidad no sean acogidas.

Que, mediante Carta N° 177-2006-EOMR, SEDAPAL absolvió la Carta N° 042-06/GyM-Ate; en consecuencia, GyM contaba con un plazo de cinco (5) días para someter la controversia al proceso de solución de controversias recogido en el contrato. Éste se inició con la conciliación y luego con el arbitraje, por los cuales GyM debía solicitar y acreditar que las observaciones realizadas por SEDAPAL a su liquidación del contrato debían ser desestimadas.

Que si bien la solicitud de arbitraje de GyM hace referencia a las observaciones realizadas por SEDAPAL, relativas a descuentos por diferentes conceptos, no las somete a ningún cuestionamiento, sino que se limita a reclamar el monto de las valorizaciones pendientes de pago sin argumentar por qué no corresponde el cálculo realizado por SEDAPAL sobre dichas valorizaciones y sobre los descuentos que pretende realizar.

Que las observaciones realizadas por SEDAPAL deben ser declaradas consentidas conforme al artículo 139 del mencionado Reglamento.

Posición de GyM

3.14. Que SEDAPAL confunde el mandato del mencionado artículo 139, así como lo que es una *controversia* y lo que son las *pretensiones* de las partes.

(12) MONROY GÁLVEZ, *Introducción al Proceso Civil*, cit., p. 281.

Que el artículo 139 establece que:

“En el caso de que el contratista no acoja las observaciones formuladas por la Entidad, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los cinco (5) días siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación o arbitraje”.

Que GyM cumplió con manifestar por escrito su no acogimiento a las observaciones de SEDAPAL mediante la Carta 42-06/GyM-Ate y, dentro del plazo fijado en la norma bajo comentario, sometió la controversia a un procedimiento de conciliación extrajudicial.

Que con la presentación de la solicitud de conciliación se cumplió plenamente con lo requerido por el artículo 139.

Que GyM se opuso a las observaciones de SEDAPAL en el momento legalmente oportuno (durante el intercambio de las liquidaciones), por lo que no puede existir consentimiento ni convalidación alguna.

Que, en realidad, lo que SEDAPAL cuestiona es la forma en que GyM ha planteado las pretensiones de su demanda, materia en la que el artículo 139 no tiene incidencia alguna.

Que GyM ha configurado sus pretensiones en términos estrictamente congruentes con su liquidación.

Que SEDAPAL debe asumir la carga de la prueba que permita a los juzgadores pronunciarse sobre la procedencia de sus pretensiones, antes que invocar consentimientos o convalidaciones que, de una simple lectura de la norma invocada, resultan improcedentes.

Que GyM, desde su Carta 42-06/GyM-Ate, dejó constancia de que las observaciones de SEDAPAL consistían en alegatos completamente genéricos, que carecían del debido sustento y detalle.

Que, por lo tanto, lo que pretende SEDAPAL es exonerarse de su obligación de acreditar la procedencia de las observaciones que configuran las pretensiones de su reconvencción.

Sobre el consentimiento de GyM sobre las observaciones realizadas por SEDAPAL a la liquidación del contrato presentada por aquella

3.15. Que, ante las observaciones realizadas por SEDAPAL a la liquidación presentada por GyM, ésta cumplió con manifestar por escrito su no acogimiento a aquéllas, mediante la Carta 42-06/GyM-Ate.

Que, dentro del plazo fijado en el artículo 139 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, debidamente aprobado por el artículo 1 del

Decreto Supremo N° 013-2001-PCM y modificado por el artículo 3 del Decreto Supremo N° 079-2001-PCM, GyM sometió la controversia a un procedimiento de conciliación extrajudicial.

Que con la presentación de la solicitud de conciliación se cumplió plenamente con lo requerido por el mencionado artículo.

Que al haberse cumplido con el procedimiento para establecer el no consentimiento de las observaciones formuladas por SEDAPAL, establecido por la norma legal antes señalada, éstas no pueden haber quedado consentidas.

SI PROCEDE, EN CASO SE DECLARE FUNDADA LA PRETENSIÓN ANTERIOR, ORDENAR A GyM QUE CUMPLA CON PAGAR A SEDAPAL LA SUMA DE S/. 499,132.66, MÁS INTERESES, CORRESPONDIENTES AL MONTO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO PRESENTADA POR SEDAPAL

Posición de SEDAPAL

3.16. Que siguiendo lo expuesto en el punto 3.10., las observaciones de SEDAPAL a la liquidación del contrato establecen un saldo a favor de ésta por la suma de S/. 499,132.66.

Que el monto de las valorizaciones que GyM incluye en su liquidación del contrato alcanza la suma de S/. 123,468.96 a su favor; mientras que las observaciones de SEDAPAL a dicha liquidación, además de realizar un cálculo diferente de dichas valorizaciones, ascendente a S/. 102,906.35, incluye los descuentos por los deducibles y robos por el monto de S/. 292,316.63, el descuento por las multas que alcanza la suma de S/. 18,315.00, el descuento por devolución del Impuesto Extraordinario de Solidaridad (en adelante IES), ascendente a S/. 285,079.65, así como el descuento por el monto de la no reposición de veredas, que alcanza a S/. 6,727.00.

Que la liquidación alcanza la suma de S/. 499,132.66, importe que se obtiene de restar al monto de las valorizaciones pendientes de pago a GyM, el monto de los descuentos que deben realizarse, de acuerdo a las observaciones realizadas por SEDAPAL.

Que, en consecuencia, el Tribunal debe ordenar a GyM efectuar el pago de la suma de S/. 499,132.66, así como los intereses legales computados a la fecha en que se debió pagar dicho monto, a favor de SEDAPAL.

Posición de GyM

3.17. Que no existe ninguna disposición contractual que traslade a GyM la obligación de asumir los deducibles.

Que la posición de SEDAPAL se limita a trasladar *a priori* la responsabilidad de todos los siniestros a GyM, pretendiendo que la asunción del costo del deducible sea una consecuencia de dicha responsabilidad en el hecho generador del daño.

Que para que prospere la intención de SEDAPAL de cobrar a GyM parte del monto del deducible, aquélla tendría que haber probado efectivamente la responsabilidad de ésta sobre dichos siniestros.

Que GyM no ha incumplido con ninguna de las obligaciones que le competen. En efecto, SEDAPAL confunde: 1) la obligación de GyM de mantener el servicio operativo las 24 horas del día, con 2) la obligación de brindar seguridad a la infraestructura de propiedad de SEDAPAL.

Que conforme consta en el Folio 39 de las Bases de Licitación, la obligación de GyM de brindar seguridad se ejecuta a través de la provisión de una póliza de seguro.

Que la guardianía a cargo de GyM consiste en que el personal a cargo de las estaciones debe guardar y conservar los bienes bajo su custodia; pero de ello no puede colegirse una responsabilidad *a priori* de su parte, cuando los robos sobre la infraestructura se deben a deficiencias de sus propias instalaciones e intervención de bandas organizadas y armadas.

Que SEDAPAL no ha podido imputar ni probar, en ninguno de los casos de robo, la negligencia o falta de cuidado del personal de GyM; tampoco ha presentado penalidad alguna que se haya impuesto por la deficiencia del personal o de la calidad del servicio.

Que GyM, de manera diligente, remitió a SEDAPAL la relación de las estaciones que se encontraban más vulnerables a los robos; ello, con el fin de gestionar con el Equipo de Protección y Vigilancia de ésta una nueva redistribución, tanto en la supervisión que efectuaba PROSEGUR en cincuenta (50) estaciones, como en el personal de vigilancia de diez (10) puestos.

Que GyM informó a SEDAPAL sobre las recomendaciones efectuadas por la compañía aseguradora, las cuales no fueron cumplidas por SEDAPAL. Esto determinó el aumento del costo de los deducibles que ahora la demandante pretende trasladar a GyM.

Que GyM, pese a no estar obligada a ello, efectuó coordinaciones ante la GEINCRI-Centro, e incluso asumió el costo de brindar seguridad policial.

Que SEDAPAL no ha cumplido con presentar la relación de las multas y penalidades, ni ha acreditado los hechos vinculados a cada una de ellas, ni ha probado su cuantía individual.

Que en ningún momento GyM ha consentido la aplicación o descuento de las multas.

Que la reposición de veredas efectivamente se ha ejecutado, y ello forma parte de la partida correspondiente por la instalación de conexiones o medidores.

Que, en consecuencia, habiendo GyM cumplido con dicha instalación, le corresponde que se le abone la integridad del precio asignado a la partida correspondiente.

Que el hecho de que la Municipalidad haya efectuado una pequeña reposición del pavimento, en absoluto faculta a SEDAPAL a modificar la partida, tal como está definida en el contrato.

Que, en todo caso, fue GyM quien realizó las coordinaciones debidas para la reposición del pavimento, y es ella quien contractualmente asume la responsabilidad de esto frente a SEDAPAL.

Que en el supuesto del IES no existe estipulación contractual alguna que permita deducir ese impuesto de la remuneración de GyM.

Que en un contrato a precios unitarios, los riesgos del precio de cada partida son asumidos por cada parte, salvo que existan mecanismos contractuales específicos de ajuste, como lo es el numeral 4.1. de las Condiciones Generales de Contratación.

Que SEDAPAL no explica el cálculo efectuado para llegar a la cifra que plantea como descuento por el IES.

Sobre el pago de la suma de S/. 499,132.66, más intereses

3.18. Que, al ser infundada la pretensión anterior, no corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre esta pretensión accesorio.

SI, EN EL CASO EN QUE SE DECLARE INFUNDADA LA PRETENSIÓN SOBRE LA DECLARACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DE GyM A LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR SEDAPAL, PROCEDE DECLARAR QUE LAS OBSERVACIONES REALIZADAS POR SEDAPAL A LA LIQUIDACIÓN PRESENTADA POR GyM SON VÁLIDAS

Posición de SEDAPAL

3.19. Que, en el caso en el que el Tribunal considere que las observaciones que realizó SEDAPAL a la liquidación presentada por GyM no han quedado consentidas por este último, SEDAPAL pretende que el Tribunal declare la validez de las mencionadas observaciones.

Que la liquidación presentada por GyM debió incluir los descuentos por los deducibles por robos, toda vez que las Bases Contractuales exigían que ella debía contratar una compañía aseguradora que se encargue de garantizar los robos en las estaciones de servicio.

Que se ha acreditado que existieron los robos y que éstos fueron de exclusiva responsabilidad de GyM.

Que GyM no reconoce el monto de los deducibles, limitándose a pagar y reconocer sólo el monto de la indemnización que paga la compañía aseguradora por cada siniestro, descontado el monto del deducible, lo cual contraviene lo dispuesto por las Bases del contrato.

Que SEDAPAL ha impuesto a GyM una serie de penalidades, consistentes en multas por la infracción cometida por ésta durante la ejecución del servicio materia del contrato, cuya sanción se encuentra tipificada en el propio contrato.

Que el monto total de las multas alcanza a S/. 110,527.50, y éste fue aceptado y descontado a GyM en su oportunidad; sin embargo, existe un saldo pendiente que debe ser incluido en la liquidación final.

Que, mediante Carta N° 1998-2005/EOMR-AV, de fecha 15 de setiembre de 2005, SEDAPAL reconoce las consideraciones planteadas por GyM, a las imposiciones de multas que no cumplieron con las formalidades contempladas en las Bases.

Que, por otro lado, en relación a las penalidades aplicadas a GyM sobre las cuales esta última no presentó reclamo alguno, SEDAPAL comunicó que el monto al cual éstas ascendían (S/. 18,315.00) sería descontado de su valorización.

Que existe un descuento por el IES, porque la propuesta ganadora incluía el monto de éste; sin embargo, por Ley N° 28378, del 1 de diciembre de 2004, se redujo el porcentaje de este impuesto, razón por la cual GyM se encuentra obligada a rembolsar a SEDAPAL dicho monto que fue pagado en su oportunidad.

Que el monto antes mencionado asciende a S/. 285,079.65, y debe ser incluido en la liquidación del contrato.

Que SEDAPAL, en sus observaciones a la liquidación presentada por GyM, considera el descuento por la no reposición de veredas, que corresponde a GyM de acuerdo al contrato suscrito entre las partes, cuyo monto asciende a S/. 6,727.00.

Posición de GyM

3.20. Que nos remitimos a lo señalado en el punto 3.17. del presente Laudo, en donde GyM sostiene las razones por las cuales considera que las observaciones realizadas por SEDAPAL no son válidas.

Sobre la validez de las observaciones realizadas por SEDAPAL a la liquidación presentada por GyM

Sobre la obligación de pagar los deducibles

Que GyM, conforme consta en el Folio 39 de las Bases de la Licitación, tenía la obligación de brindar seguridad a la estructura de propiedad de SEDAPAL mediante la provisión de una póliza de seguros.

Que GyM cumplió con contratar con Royal & SunAlliance – Seguros Fénix un seguro de robo y/o asalto a favor de SEDAPAL.

Que SEDAPAL no planteó objeción alguna contra la póliza de seguros contratada por GyM.

Que, tras la ocurrencia de los siniestros, la compañía de seguros pagó las indemnizaciones directamente a SEDAPAL, descontando de ellas el monto de los deducibles.

Que el fundamento del deducible, franquicia o descubierto obligatorio consiste en:

Estimular el interés del asegurado en la no realización del riesgo cubierto, a través de la imposición de una mayor diligencia en evitar la verificación de siniestros, pues de lo contrario deberá afrontar una parte del daño, ya sea una primera fracción del mismo o una suma determinada por anticipado. De donde la franquicia contribuiría a moralizar el contrato de seguro [...].⁽¹³⁾

Que ninguna disposición contractual establece que GyM debe asumir el pago de los deducibles de la póliza de seguro.

Que ninguna disposición contractual establece la responsabilidad *a priori* de GyM por la ocurrencia de un siniestro.

Que no es válido interpretar que SEDAPAL ha trasladado el riesgo de todo y cualquier siniestro o robo a GyM. Para ello debió de haberse transferido la propiedad de los bienes y permitido que la indemnización de la aseguradora fuese también para GyM.

Que la única forma para que SEDAPAL pueda cobrarle a GyM el monto al que ascienden los deducibles, sería a título de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual. Que, sin embargo, SEDAPAL no ha demostrado que el incumplimiento de alguna de las obligaciones de GyM haya sido la causa del siniestro.

Que, al no existir la obligación de GyM de pagar los deducibles por los robos, entonces la liquidación presentada por SEDAPAL, que incluye un monto por este concepto, deviene en inválida.

Sobre el saldo por descontar de multas y penalidades

Que la *Cláusula Undécima del Contrato de Prestación de Servicio N° 204-2003-SEDAPAL*, titulada "Sobre Penalidades", establece que:

"El incumplimiento por parte DEL CONTRATISTA, de cualquiera de las cláusulas del presente Contrato, será motivo para que SEDAPAL le aplique lo establecido en la Tabla de Penalidades y Multas (Anexo N° 03) de las Bases del CP-0014-2002-SEDAPAL-Segunda Convocatoria; así como, cuando corresponda, lo señalado en los Artículos 12º y 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado."

(13) STIGLITZ, Rubén S. *Derecho de Seguros*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, T. II, 3ª. ed., p. 385.

Que, conforme al artículo 196º del Código Procesal Civil, la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Que, de la lectura del Anexo V de la liquidación elaborada por SEDAPAL, se puede concluir que las multas por descontar recaen únicamente sobre los equipos de operación y mantenimiento de las redes Breña y Ate Vítarte.

Que SEDAPAL, en su escrito de reconvenición, no especifica sobre qué multas se basa el respectivo descuento ascendente a S/. 18,315.00. Es decir, no cumple con proporcionar: 1) La relación exacta de las multas (el número de las papeletas); 2) Las fechas en las cuales fueron levantadas; 3) Los conceptos por los cuales fueron aplicadas; 4) El número respectivo de la infracción cometida; 5) Las cuantías individuales.

Que SEDAPAL, mediante el Anexo 3-D del Escrito N° 3, puso al alcance del Tribunal la relación de las multas aplicadas a GyM durante el periodo 2003, 2004, y 2005; asimismo, le proporcionó los recursos de reconsideración presentados por el contratista respecto a un determinado número de multas.

Que, del análisis del Anexo 3-D, se deduce que las infracciones materia de controversia serían las relativas a los “trabajos inconclusos” (Infracción N° 8), esencialmente por la no reposición del pavimento asfáltico durante el periodo 2003- 2004.

Que, aparentemente, las multas sobre las cuales SEDAPAL estaría solicitando el mencionado descuento, ascendente a S/. 18,315.00, serían las siguientes:

1. Infracción N° 8, por trabajo inconcluso, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 4, fecha 15-12-03 (no se presenta recurso de reconsideración).
2. Infracción N° 8, por trabajo inconcluso, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 6, fecha 15-12-03 (no se presenta recurso de reconsideración).
3. Infracción N° 8, por trabajo inconcluso, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 7, fecha 15-12-03, no se presenta recurso de reconsideración.
4. Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento asfáltico, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 8, fecha 17-12-03 (no se presenta recurso de reconsideración).
5. Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento asfáltico, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 9, fecha 17-12-03 (no se presenta recurso de reconsideración).
6. Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento asfáltico, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 10, fecha 17-12-03 (no se presenta recurso de reconsideración).
7. Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento asfáltico, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 11, fecha 17-12-03 (no se presenta recurso de reconsideración).

8. *Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento asfáltico, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 13, fecha 17-12-03 (no se presenta recurso de reconsideración).*
9. *Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento concreto, monto S/. 1,440.00, Papeleta N° 13A, fecha 02-01-04 (no se presenta recurso de reconsideración).*
10. *Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento concreto, monto S/. 1,440.00, Papeleta N° 15, fecha 02-01-04 (no se presenta recurso de reconsideración).*
11. *Infracción N° 8, por trabajo inconcluso por no reponer pavimento y dejar material excedente, monto S/. 1,395.00, Papeleta N° 18, fecha 27-01-04 (no se presenta recurso de reconsideración).*
12. *Infracción N° 8, por trabajo inconcluso, monto S/. 1440.00, Papeleta N° 26, fecha 20-05-04 (recurso de reconsideración presentado con Carta N° 087/04-GyM SED-B (20-05-04), resuelto con Carta N° 1590-2004-EOMR-B (23-07-04) INFUNDADO).*
13. *Infracción N° 8, por trabajo inconcluso, monto S/. 1440.00, Papeleta: Carta 1813-2004-EOMR-B, fecha 24.08.04 (recurso de reconsideración presentado con Carta N° 121/2004-GyM SED-B (31-08-04), resuelto con Carta N° 2078-2004-EOMR-B (04-10-04) INFUNDADO).*

Que GyM ha objetado dos de estas multas mediante los respectivos recursos de reconsideración, los cuales han sido declarados infundados.

Que SEDAPAL en ningún extremo de sus escritos presentados a lo largo del presente proceso ha procedido a elaborar y alcanzar al Tribunal Arbitral la relación detallada de las multas y penalidades por las cuales pretende realizar el respectivo descuento; impidiendo, de este modo, que GyM deslinde su posición y declare lo pertinente.

Que SEDAPAL se encontraba en la obligación legal de probar los hechos que configuraban su pretensión.

Que SEDAPAL no ha demostrado la procedencia de esta pretensión contenida en su reconvención; es decir, no ha sustentado debidamente sus observaciones en relación a las multas y penalidades a descontar de las valorizaciones realizadas por GyM; por consiguiente, la liquidación presentada por SEDAPAL, que incluye un monto por este concepto, deviene en inválida.

Sobre el descuento por no reposición de veredas

Que el precio unitario de la partida correspondiente a la instalación de conexiones o medidores, la cual constituye una subactividad del presente contrato de prestación de servicios, incluye el trabajo de reposición de veredas; por consiguiente, una vez cumplida la partida, el contratista debe recibir en calidad de pago el precio unitario asignado.

Que, efectivamente, un trecho de la vereda ubicada en el Asentamiento Humano Anchieta Alta y Baja fue pavimentada por la Municipalidad de El Agustino; hecho que ha sido reconocido por GyM.

Que el proceso constructivo referido a la reposición de vereda se encuentra culminado; y sólo esta actividad de la partida ha sido ejecutada en parte, por un tercero, ya que la reposición fue realizada por la Municipalidad de El Agustino, en coordinación con GyM. Por lo tanto, debe afirmarse que GyM ha cumplido cabalmente con la ejecución del resto de la partida.

Que SEDAPAL no ha determinado en sus escritos los criterios específicos bajo los cuales ha llegado a obtener el monto de S/. 6,327.76, correspondiente al descuento por no reposición de veredas.

Que, de acuerdo a lo actuado, SEDAPAL no ha sustentado debidamente su pretensión en relación al monto exacto a ser descontado, de las valorizaciones presentadas por GyM por la no reposición de veredas; en consecuencia, la liquidación presentada por SEDAPAL, que incluye un monto por este concepto, deviene en inválida.

Sobre el descuento por el IES

Que, de acuerdo al Numeral 16 de las Consideraciones Generales de las Bases (Organización y Remuneraciones), para garantizar el cumplimiento de sus actividades en forma plena y eficiente durante la vigencia del contrato, el costo de la hora-hombre que el contratista debe abonar a su personal (incluido Leyes y Beneficios Sociales) no debe ser inferior a la considerada en el análisis de precios de su oferta económica. En el caso de los Controladores de Sistemas, la remuneración básica será de S/. 500.00; por lo tanto, el postor que oferte en su análisis de precios por actividad, la hora hombre menor a lo señalado, queda automáticamente descalificado.

Que, de acuerdo al Numeral 17 de las Consideraciones Generales de las Bases (Cálculo de Leyes y Beneficios), los postores deben tener presente que se está considerando, necesariamente, en el costo de la hora-hombre un porcentaje del orden del 2.17 % para el IES.

Que, de acuerdo a la Resolución de Superintendencia N° 080-99/SUNAT, de fecha 7 de agosto de 1999, las entidades empleadoras debían cumplir con declarar, entre otros, el Impuesto a la Renta de Quinta Categoría, el IES, y las contribuciones a ESSALUD y a la ONP, en la forma, plazo y condiciones que estableciera la SUNAT. Igualmente, aclaraba que el concepto "entidad empleadora" comprendía, incluso, a quienes abonaban o pagaban ingresos que constituían Rentas de Quinta Categoría, de acuerdo a inciso e) del Art. 34° de la Ley del Impuesto a la Renta; es decir, en el caso de trabajos prestados en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil.

Que, por consiguiente, el pago del IES estaba a cargo del contratista, quien debía incluirlo dentro de su propuesta económica, para no verse afectado con el pago de este impuesto al Estado, y, por lo tanto, estar en la capacidad de garantizar la correcta ejecución de sus prestaciones contractuales.

Que al haber sido derogado el IES a partir del 1 de diciembre de 2004, desde aquella fecha, GyM dejó de estar obligado a asumir el referido impuesto.

Que la finalidad de los Numerales 16 y 17 de las Consideraciones Generales de las Bases es, básicamente, la de asegurar el cumplimiento pleno y eficiente del contrato por parte del contratista: para ello, imponen medidas mínimas a ser contempladas por este último, como lo es el pago adecuado a sus trabajadores, tomando en cuenta las leyes y beneficios sociales, que obligatoriamente deben ser considerados dentro del costo de la hora-hombre ofertada.

Que la derogación del IES no debería afectar a SEDAPAL, ya que el contrato celebrado entre las partes ha sido suscrito bajo la modalidad de precios unitarios; por ello, en el caso de presentarse variaciones en los precios, cada una de ellas debe asumir, independientemente, los riesgos que le correspondan, salvo en el caso específicamente estipulado en el Numeral 4.1 de las Condiciones Generales de Contratación.

Que habiendo incumplido SEDAPAL con la obligación de probar la procedencia de esta pretensión contenida en su reconversión, la liquidación presentada por ella, que incluye un monto por este concepto, deviene en inválida.

SI, EN CASO SE DECLARE FUNDADA LA PRETENSIÓN ANTERIOR, PROCEDE ORDENAR A GyM QUE CUMPLA CON PAGAR A SEDAPAL LA SUMA DE S/. 499,132.66, MÁS INTERESES, CORRESPONDIENTES AL MONTO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DEL CONTRATO PRESENTADA POR SEDAPAL

Posición de SEDAPAL

3.22. Que nos remitimos a lo señalado en el punto 3.16. de la parte considerativa del presente Laudo, en donde SEDAPAL sostiene las razones por las cuales considera que GyM le adeuda este monto.

Posición de GyM

3.23. Que nos remitimos a lo señalado en el punto 3.17. de la parte considerativa del presente Laudo, en donde GyM sostiene que la liquidación presentada por SEDAPAL no tiene fundamento.

Pago de la suma de S/. 499,132.66

3.24. Que, al ser infundada la pretensión anterior, no corresponde pronunciarnos sobre esta pretensión accesoria.

SOBRE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO

3.25. Que, finalmente, en cuanto a costas y costos se refiere, el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572) dispone que los árbitros se pronunciarán en el

Laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio, y que si el convenio no contiene pacto alguno, los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

Que los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y en su caso, la retribución de la institución arbitral. Además, la norma establece que en el Laudo el árbitro se pronunciará por su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

Que, dentro de tal orden de ideas, al ser el resultado del presente Laudo adverso tanto a los intereses de GyM, como de SEDAPAL respecto a todas y cada una de sus pretensiones, según corresponda, el Tribunal Arbitral considera que corresponde a ambos asumir el pago de la integridad de los costos del proceso arbitral, en partes iguales.

En consecuencia, y conforme al estado del proceso, el Tribunal

LAUDA

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de GyM.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión principal de GyM.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión alternativa a la segunda pretensión principal de GyM.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión principal de SEDAPAL.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión accesoria a la primera pretensión principal de SEDAPAL.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión accesoria a la primera pretensión principal de SEDAPAL.

SÉPTIMO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de SEDAPAL.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión accesoria a la pretensión subordinada de SEDAPAL.

NOVENO: De conformidad con lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572), se ordena que los gastos arbitrales sean asumidos en su integridad por GyM y SEDAPAL en partes iguales.

MARIO CASTILLO FREYRE
Presidente del Tribunal Arbitral

MARTÍN ORÉ GUERRERO
Árbitro

GUSTAVO DE LOS RÍOS WOOLLS
Árbitro

JUAN JOSÉ PÉREZ-ROSAS PONS
Secretario Ad-Hoc

Demandante: GyM S.A.

Demandado: SERVICIO DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO DE LIMA

Resolución N° 46

Lima, 25 de septiembre del año 2006

Antecedentes

Con fecha 17 de agosto de 2006, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo Arbitral que puso fin a las controversias surgidas entre GyM S.A. (en adelante GyM) y el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado De Lima (en adelante SEDAPAL).

Dicho Laudo fue puesto en conocimiento de las partes con fecha 21 de marzo de 2006.

Por escrito N° 38, de fecha 23 de agosto de 2006, GyM solicita la aclaración del Laudo Arbitral. Dicho escrito fue puesto en conocimiento de la contraria mediante Resolución N° 43, de fecha 25 de agosto de 2006.

Por escrito s/n (que corresponde al escrito N° 6), de fecha 7 de setiembre de 2006, SEDAPAL absuelve traslado del escrito N° 38 de GyM. Dicho escrito fue tramitado mediante Resolución N° 44, de fecha 8 de setiembre de 2006.

Mediante escrito N° 39, de fecha 13 de Septiembre de 2006, GyM absuelve conocimiento del escrito s/n (que corresponde al escrito N° 6) de SEDAPAL.

Por medio de la Resolución N° 45, de fecha 14 de setiembre de 2006, se resuelve tener presente el escrito N° 39 presentado por GyM.

CONSIDERANDO

1. Marco conceptual

Antes de iniciar el análisis de la solicitud interpuesta por GyM al Tribunal Arbitral, éste considera necesario establecer brevemente el marco conceptual que será aplicable durante el desarrollo del análisis del recurso interpuesto.

(14) Artículo 55.- “Aclaración del laudo.-

Dentro del mismo plazo señalado en el artículo anterior, cualquiera de las partes puede solicitar de los árbitros con notificación a la otra parte, una aclaración del laudo.

La aclaración se efectuará por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la solicitud, prorrogables por acuerdo de las partes. La aclaración forma parte del laudo.”

1.1. *Aclaración*

De conformidad con lo establecido por el artículo 55 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572,⁽¹⁴⁾ corresponde a los árbitros aclarar el laudo cuando las partes así lo soliciten. En tal sentido, si bien la Ley General de Arbitraje no define en qué consiste la aclaración, el artículo 406 del Código Procesal Civil –cuyos principios el Árbitro Único estima adecuados para interpretar el alcance del recurso– sí lo hace.

Así, de acuerdo con el referido artículo 406 del Código Procesal Civil, la aclaración tiene el siguiente alcance:

Artículo 406.- "Aclaración.-

El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.

El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable."

En efecto, en el proceso arbitral, la aclaración tiene por objeto solicitar al Árbitro Único que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.

Nótese que el Código Procesal Civil señala que lo único que procede aclarar es la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y sólo excepcionalmente la parte considerativa en cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

Queda claro entonces que mediante el recurso de aclaración no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Árbitro Único. Tampoco dicho recurso tiene una naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reposiciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

Entonces, sólo se puede aclarar la parte resolutive del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una "aclaración" de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada.

En consecuencia, y teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, el Tribunal Arbitral procederá a delimitar y resolver la solicitud de aclaración, presentada por GyM, en concordancia con lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje.

2. Solicitud de aclaración del Laudo formulada por GyM

2.1. *Resulta improcedente la observación realizada por SEDAPAL a la liquidación presentada por GyM, respecto a las multas, tanto en lo que se refiere a: (i) el importe de las multas ya aplicadas, sin el consentimiento de GyM, al momento de iniciarse el proceso arbitral; como a (ii) el importe de las multas que SEDAPAL aún no había aplicado al momento de iniciarse el proceso*

2.1.1. Que GyM señala que la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de SEDAPAL consistió en que se declarasen procedentes las observaciones, realizadas por esta última, a la liquidación del contrato presentada por GyM.

Que una de las referidas observaciones consistió en que debía incluirse en la liquidación el monto de las multas ya aplicadas por SEDAPAL, así como las multas que aún no habían sido descontadas.

Que GyM, a través del Punto (iii) de su Carta 42-06/GyM-Ate, se opuso a que se descontaran tanto las multas ya aplicadas como cualquier multa todavía no descontada.

Que, por ello, GyM presentó su liquidación considerando el monto íntegro de sus valorizaciones, sin incluir los descuentos por las multas.

Que SEDAPAL, en el Punto 1.4.6. de su Escrito N° 2, declaró que el importe de las multas ya aplicadas ascendía a S/. 110,527.50, y que el monto de las multas pendientes de descuento eran equivalentes a la suma de S/. 18,315.00.

Que en el Acta de Audiencia y Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, de fecha 2 de junio de 2006, se fijó como Punto Controvertido 3.h. el determinar la procedencia de las observaciones presentadas por SEDAPAL.

Que, en ese sentido, la observación de SEDAPAL –respecto a las multas– que debe ser considerada como punto controvertido, incluye tanto las multas ya aplicadas, que ascienden a S/. 110,527.50, como las multas aún no descontadas, que ascienden a la suma de S/. 18,315.00.

Que, conforme a lo expresado en el Punto 2 del Escrito N° 9 presentado por GyM, ésta no ha consentido ninguna de las multas aplicadas por SEDAPAL; por ello, en su liquidación consideraron el monto total de sus valorizaciones sin considerar descuento alguno por el concepto de multas.

Que SEDAPAL no ha ofrecido medio probatorio alguno que sustente la validez del descuento –ascendente a S/. 110,527.50– aplicado a las valorizaciones realizadas por GyM.

Que el Laudo Arbitral, en sus páginas 43 a 47, se ha pronunciado sobre la observación de SEDAPAL referida a las multas, considerándola inválida. Asimismo, en la página 52 del Laudo, se ha declarado infundada la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de SEDAPAL; es decir, se ha declarado la improcedencia de las observaciones realizadas por ésta.

Que el laudo es meridianamente claro al rechazar la procedencia de la observación de SEDAPAL respecto al importe de las multas no aplicadas, el cual asciende a S/.18,315.00.

Que GyM entiende que el Tribunal, al declarar como inválida la observación e infundada la pretensión, también rechaza el extremo de la observación de SEDAPAL referida al importe de las multas descontadas sin el consentimiento de GyM.

Que, en tal sentido y a fin de evitar una nueva controversia con SEDAPAL durante la implementación de lo decidido en el Laudo, GyM solicita al Tribunal Arbitral aclarar que, en mérito a que el Laudo ha declarado como infundada la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la reconvencción presentada por SEDAPAL, debe entenderse que resulta improcedente la observación realizada por SEDAPAL a la liquidación presentada por GyM respecto a las multas, tanto en lo que se refiere a:(i) el importe de las multas ya aplicadas, sin el consentimiento de GyM, al momento de iniciarse el proceso arbitral; como a (ii) el importe de las multas que SEDAPAL aún no había aplicado al momento de iniciarse el proceso.

Que con la aclaración arriba señalada será posible evitar dificultades de interpretación entre las partes, al momento en que GyM solicite a SEDAPAL el reembolso de las multas descontadas de las valorizaciones realizadas por GyM.

2.1.2. Que SEDAPAL señala que, de acuerdo con los considerandos del Laudo relativos a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de SEDAPAL, ésta no habría cumplido con una serie de precisiones en su escrito de reconvencción que permitan al Tribunal Arbitral identificar las multas aplicadas a GyM, durante el periodo 2003-2005.

Que, sin embargo, el Tribunal reconoció haber recibido la relación de multas aplicadas a GyM durante el mencionado periodo, el cual incluía los dos únicos recursos de reconsideración que fueron presentados por dicha empresa y declarados infundados por SEDAPAL.

Que, de acuerdo con el Laudo, en vista de que SEDAPAL no había elaborado ni alcanzado al Tribunal el detalle de las multas y penalidades que sustentaban los descuentos realizados, ni tampoco había sustentado las observaciones realizadas a tales multas y penalidades, la liquidación devenía en inválida.

Que, como consecuencia de lo anterior, la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de SEDAPAL fue declarada infundada.

Que el Tribunal Arbitral se ha limitado a señalar que la liquidación presentada por SEDAPAL es inválida, en el extremo de la fijación de multas, en tanto no habría cumplido con identificarlas ni demostrarlas en el presente proceso arbitral.

Que indica SEDAPAL que el Laudo contiene una contradicción, pues si bien se señala que las multas contenidas en la liquidación de SEDAPAL no han sido precisadas ni demostradas, se reconoce que mediante Anexo 3-D SEDAPAL alcanzó al Tribunal la relación de multas aplicadas a GyM.

Que, no obstante lo anterior, no se puede colegir la improcedencia de las multas formuladas por SEDAPAL en sus observaciones; pues una cosa es que las mismas no hayan sido especificadas y acreditadas en el presente proceso arbitral –lo que determinó que su pretensión sea declarada infundada– y otra cosa es que las mismas carezcan de fundamentos *per se*, cuestión sobre la cual no se ha pronunciado el Tribunal Arbitral.

Que tampoco puede desprenderse del Laudo que SEDAPAL deba cumplir con rembolsar a GyM las multas descontadas de las valorizaciones, pues el Tribunal Arbitral no ha efectuado un análisis de fondo de la procedencia o no de tales multas, sino que únicamente se ha limitado a señalar que no cuenta con los elementos formales suficientes (identificación y demostración) que le permitan pronunciarse al respecto.

2.1.3. Que SEDAPAL en el punto 1.4.6 de su escrito de Reconvencción, afirma que ha interpuesto una serie de penalidades –consistentes en multas– a GyM por las infracciones cometidas por ésta durante la ejecución del servicio materia del contrato.

Que, asimismo, SEDAPAL señala que el monto total de las multas que fueron aceptadas por GyM, y descontadas en su oportunidad, alcanzaron la suma de S/. 110,527.50; pero que aún existía un saldo pendiente de descuento por la suma de S/. 18,315.00.

Que el saldo –materia de reconvencción– que SEDAPAL pretende descontar a GyM en la liquidación final del contrato es este último, asciende a S/. 18,315.00.

Que, en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, se fijó determinar si procedía declarar que las observaciones realizadas por Sedapal a la liquidación del Contrato de Prestación de Servicios N° 204-2003-SEDAPAL, presentada por GyM, eran procedentes.

Que SEDAPAL, en su escrito de reconvencción, no ha especificado sobre qué multas se basa para efectuar el referido descuento de S/. 18,315.00. Es decir, no cumple con proporcionar: 1) La relación exacta de las multas aplicadas; 2) Las fechas en las cuales fueron levantadas; 3) Los conceptos por los cuales fueron aplicadas; 4) El número respectivo de la infracción cometida; 5) Las cuantías individuales.

Que el hecho de que SEDAPAL, mediante el Anexo 3-D del Escrito N° 3, haya puesto al alcance del Tribunal la relación de las multas aplicadas a GyM durante el periodo 2003-2005, no implica que la Entidad haya procedido a identificar (individualizar) las multas en cuestión (las multas no descontadas por un monto de S/. 18,315.00) durante el proceso, ni menos aun que se haya demostrado la procedencia de éstas.

Que, por ello, el Tribunal Arbitral consideró que SEDAPAL no había sustentado debidamente sus observaciones en relación a las multas y penalidades a descontar de las valorizaciones realizadas por GyM.

Que, por lo tanto, se debe entender que la improcedencia del descuento por las multas se refiere sólo a las multas aplicadas por SEDAPAL a GyM, que aún no habían sido descontadas, y que fueron materia de reconvencción.

Que el afirmar que el cobro por el concepto de multas y penalidades no se encontraba debidamente sustentado, conllevó a declarar que las observaciones realizadas a la liquidación presentada por GyM, no eran íntegramente válidas.

Que el Tribunal Arbitral en ningún momento se ha pronunciado sobre la obligación de SEDAPAL de rembolsar a GyM las multas ya descontadas de las valorizaciones, debido a que el determinar la procedencia y validez de éstas no fueron fijadas como puntos controvertidos.

Que, conforme a lo mencionado en el marco conceptual de la presente Resolución, el recurso de aclaración no puede resolver cuestiones sustanciales de puntos que no hayan sido objeto de controversia.

Que, por lo tanto, el Tribunal no se pronunciará con respecto a la obligación de SEDAPAL de rembolsar a GyM las multas descontadas de las valorizaciones.

En consecuencia, los miembros del Tribunal Arbitral,

RESUELVEN

Primero: Declarar **INFUNDADA** la aclaración solicitada por GyM.

En consecuencia, se deberá entender que resulta improcedente la observación realizada por SEDAPAL a la liquidación presentada por GyM, respecto a las multas, en lo que se refiere al importe de las multas –ascendente a S/. 18, 315.00– que SEDAPAL había aplicado, mas no descontado, al momento de iniciarse el proceso.

MARIO CASTILLO FREYRE
Presidente del Tribunal Arbitral

MARTÍN ORÉ GUERRERO
Árbitro

GUSTAVO DE LOS RÍOS WOOLLS
Árbitro

JUAN JOSÉ PÉREZ-ROSAS PONS
Secretario Ad-Hoc

Laudo Arbitral Internacional

Laudo
Arbitral
Internacional



CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)

Repsol YPF Ecuador, S.A.
c.
Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)

(Caso CIADI No. ARB/01/10)
(Procedimiento de anulación)

DECISIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE ANULACIÓN

Miembros del Comité *Ad Hoc*

Sr. Judd Kessler, Presidente
Sr. Piero Bernardini
Sr. Gonzalo Biggs

Secretaria del Comité *Ad Hoc*

Sra. Claudia Frutos-Peterson

Repsol YPF Ecuador, S.A.

Sr. Carlos J. Arnao Ramírez
Apoderado General
Av. Naciones Unidas 1044 y
República El Salvador
Edificio Citiplaza, 9no. Piso
Quito, Ecuador

Sr. Francisco Roldán,
Sr. Rodrigo Jijón

Empresa Estatal Petróleos del
Ecuador (Petroecuador)

Ing. Galo Chiriboga Zambrano
Presidente Ejecutivo de Petroecuador
Calle Alpallana No. E-8-86 y
Av. 6 de Diciembre
Quito, Ecuador

Sr. Emilio Clemente Huerta
Sr. Julio César Trujillo

Sr. Juan Manuel Marchán
Pérez, Bustamante & Ponce
Av. República de El Salvador 1082
y Naciones Unidas
Edificio Mansión Blanca
Torre París, Penthouse
Quito, Ecuador

Sr. José Nikinga
Huerta Ortega y Asociados
Calle Baquerizo Moreno 1112
y Av. 9 de Octubre
Oficina 301
Guayaquil, Ecuador
P.O. Box 438

Índice

I. INTRODUCCIÓN

1. LA ACCIÓN DE NULIDAD
2. LA RESPUESTA DE REPSOL
3. EL PROCEDIMIENTO
4. ESCRITOS DE LAS PARTES
5. PROCEDIMIENTO POSTERIOR

II. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA

1. INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL
 - a) La Decisión del Tribunal
 - b) Análisis del Comité
2. FUENTE DE LA CONTROVERSIA; COSA JUZGADA ADMINISTRATIVA
 - A) Naturaleza Jurídica de la Controversia
 - a) La Decisión del Tribunal
 - b) Análisis del Comité
 - B) Fallo de la DNH como cosa juzgada administrativa
 - a) La Decisión del Tribunal
 - b) Análisis del Comité
3. LEGITIMACIÓN DE REPSOL
 - a) La Decisión del Tribunal
 - b) Análisis del Comité
4. OTROS ALEGATOS PRESENTADOS POR PETROECUADOR
 - a) Análisis del Comité

III. DECISIÓN

I. INTRODUCCIÓN

1. La Acción de Nulidad

1. El 7 de junio de 2004 la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“PETROECUADOR”), solicitó en relación con el caso CIADI N° ARB/01/10, de REPSOL YPF Ecuador S.A. (“REPSOL” o la “CONTRATISTA”) vs. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (“PETROECUADOR”), lo siguiente:

- i) De conformidad con el Artículo 52(1) del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante “el Convenio”), la nulidad del proceso y del laudo arbitral emitido el 20 de febrero de 2004 (en adelante el “Laudo”), adoptado en el caso “porque el tribunal (en adelante “Tribunal”) injurídicamente (*sic*) y de manera manifiesta se extralimitó en sus facultades;” y
- ii) La suspensión de la ejecución del Laudo que condenó a PETROECUADOR a pagar dentro de 60 días la suma de US\$13.684.279.23;

2. La solicitud de anulación con fecha 7 de junio 2004, se fundamentó, entre otras cosas, en las siguientes consideraciones:

- i) El Tribunal del CIADI no habría tenido competencia para conocer y resolver una controversia que, de acuerdo con el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, ya fue resuelta por la Dirección Nacional de Hidrocarburos (la “DNH”), y cuya decisión tendría la fuerza de cosa juzgada administrativa (considerando 2);
- ii) Que la supuesta obligación pendiente de pago habría nacido del Contrato de Prestación de Servicios⁽¹⁾ y no –como lo resolvió el Tribunal– de la cláusula 26.1, del Contrato de Participación o Modificadorio⁽²⁾ y su Anexo XI⁽³⁾ (considerandos 3-8);
- iii) Que REPSOL carecía de facultades para demandar, por cuanto –como miembro del Consorcio de empresas petroleras– no obtuvo la autorización previa del Comité de Operación (considerando 13).

(1) Contrato de Prestación de Servicios para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Bloque 16 de la Región Amazónica Ecuatoriana de 27 de enero de 1986 (“Contrato de Prestación de Servicios”).

(2) Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos (Petróleo Crudo) en el Bloque 16, de 27 de diciembre de 1996 (“Contrato de Participación” o “Contrato Modificadorio”).

(3) El texto completo del Título del Anexo XI, es “Anexo XI. Bloque 16. Estado de los Montos Adeudados y no Cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios”.

3. El 15 de julio 2004, conforme a la Regla 50(2)(b) de las Reglas de Arbitraje del Centro, la solicitud de anulación fue registrada en el Secretariado del CIADI, quien con esa misma fecha, acogió la petición de suspensión de PETROECUADOR, y resolvió, de acuerdo con la Regla 54(2) de esas Reglas, suspender provisionalmente la ejecución del Laudo.

4. El 14 de septiembre de 2004, conforme al Artículo 52(3) del Convenio, quedó constituido el Comité *ad hoc* (el "Comité") encargado de resolver la anulación total o parcial del Laudo. Dicho Comité quedó integrado por las siguientes personas:

- Judd Kessler, de nacionalidad estadounidense (Presidente);
- Piero Bernardini, de nacionalidad italiana;
- Gonzalo Biggs, de nacionalidad chilena.

Secretaria del Comité:

Claudia Frutos-Peterson, Consejera Jurídica del CIADI.

5. El 4 de octubre de 2004, PETROECUADOR agregó las siguientes razones a su solicitud de anulación: i) que no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la *litis*; y ii) que las leyes del Ecuador obligan a las instituciones del Estado a agotar las instancias permitidas para impedir que un fallo, de la naturaleza que sea, "se ejecute".

2. La Respuesta de REPSOL

6. El 15 de octubre de 2004, REPSOL solicitó el rechazo de la solicitud de anulación y que se dejara sin efecto la suspensión del Laudo. Sus razones principales fueron:

- i) Que los argumentos principales de PETROECUADOR respecto a que:
(i) la controversia se regía por el Contrato de Prestación de Servicios y no por el Contrato Modificadorio; (ii) la controversia había sido resuelta por la DNH y tenía la fuerza de cosa juzgada; y que (iii) REPSOL no tenía la autorización del Consorcio para demandar a PETROECUADOR, ya habían sido invocados y resueltos por la Decisión sobre Competencia en los considerandos números 28, 34 y en los considerandos del Laudo, 112, 149, 151, 177;⁽⁴⁾
- ii) Que, en lo referente al contrato aplicable, la Decisión sobre Competencia, en su considerando 28, resolvió que "la controversia se refiere

(4) En adelante toda referencia a los considerandos del Laudo se indicarán en la siguiente forma (Laudo, [número de considerando]); similarmente, toda referencia a los considerandos de la Decisión sobre Competencia se indicarán en la siguiente forma: (Comp., [número de considerando]).

a la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio” y que “[e]n igual sentido se manifestó la Procuraduría General del Estado...” y que la demanda reclamó, igualmente, el cumplimiento de este último y no del Contrato de Prestación de Servicios;⁽⁵⁾

- iii) Que la naturaleza contractual de la controversia fue ratificada por el Tribunal⁽⁶⁾ y por las Partes y la Procuraduría General del Estado, cuando se sometieron a un proceso de consultoría vinculante que produjo el Informe del Doctor Marcelo Merlo, y que impugnar una decisión administrativa de la DNH habría implicado desconocer tácitamente la competencia del Tribunal del CIADI.⁽⁷⁾
- iv) Que el Tribunal resolvió que “la decisión de la DNH no ha generado para este procedimiento los efectos de cosa juzgada”;⁽⁸⁾
- v) Que, en lo referente a las facultades para demandar a PETROECUADOR, el Tribunal resolvió, “que REPSOL estaba y está facultada para actuar en nombre de las demás compañías que constituyen el Consorcio”;⁽⁹⁾
- vi) Que no tendría validez el argumento de PETROECUADOR respecto a que “no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la litis” por cuanto la demanda y los documentos probatorios mencionaron, explícitamente, la suma de “US\$13.700.000 más los intereses desde la fecha en que debió efectuarse el pago hasta el momento en que efectivamente sea realizado”.⁽¹⁰⁾
- vii) Que la aseveración de PETROECUADOR de que su legislación la obliga a agotar todas las instancias para impedir que un fallo de la naturaleza que fuere se “ejecutorie y se ejecute”, debe encuadrarse dentro del principio de legalidad de su Constitución Política, y lo permitido por su legislación y los Tratados internacionales.⁽¹¹⁾
- viii) Que PETROECUADOR confunde la acción de nulidad con una apelación y la jurisprudencia uniforme del CIADI no permite que, en una acción de nulidad, su Comité analice asuntos de fondo ya resueltos en el Laudo.⁽¹²⁾

(5) Carta de REPSOL del 15 de octubre de 2006, p. 3.

(6) Decisión sobre Competencia, 34 y Laudo, 151.

(7) Carta de REPSOL del 15 de octubre de 2004 (en adelante “REPSOL 15/10/2004”).

(8) Laudo, 149.

(9) Laudo, 112.

(10) REPSOL 15/10/2004, pp. 6-7.

(11) *Ibid.*, pp. 7-8.

(12) *Ibid.*, pp. 8-9.

3. El Procedimiento

7. El Comité fijó la primera audiencia para el 9 de noviembre de 2004 pero ésta no pudo ser realizada dado que PETROECUADOR no pagó los gastos acordados del procedimiento. Por esta razón, el 24 de marzo de 2005, se acordó la suspensión del procedimiento, el cual sólo fue restablecido cuando el pago fue realizado el 16 de noviembre de 2005.

8. El 22 de diciembre de 2005, el Comité adoptó la Resolución Procesal N° 1 mediante la cual acordó: i) Mantener la suspensión de la ejecución del Laudo sujeta a la condición de que PETROECUADOR entregara, antes del 15 de enero de 2006, una caución incondicional e irrevocable por el total del Laudo más intereses; y ii) Convoacar a las Partes a una audiencia en Quito el día 31 de enero de 2006.

9. El 30 de diciembre de 2005, PETROECUADOR solicitó la reconsideración de la Resolución Procesal N° 1 en cuanto al otorgamiento de la caución. Dicha solicitud presentada por PETROECUADOR fue rechazada por el Comité en la Resolución Procesal N° 2, del 9 de enero de 2006. En esa misma fecha el Comité decidió extender el plazo para proporcionar una caución satisfactoria a más tardar el 25 de enero de 2006. Posteriormente, mediante la Resolución Procesal N° 3, del 27 de enero de 2006, el Comité decidió extender una vez más el plazo de entrega de la caución satisfactoria hasta el 1 de febrero de 2006, manteniendo los demás términos establecidos en la Resolución Procesal N° 1.

10. El 31 de enero de 2006 tuvo lugar en la Universidad San Francisco de Quito, la primera sesión del Comité con la participación de los tres miembros del Comité, de las representantes del Secretariado del CIADI, Gabriela Álvarez Ávila, Consejero Jurídico Principal vía teleconferencia, y Natalí Sequeira Navarro, Consejero Jurídico. Asimismo en representación de REPSOL asistieron el Ing. Carlos Arnao, Apoderado General de REPSOL en el Ecuador, el Sr. Fernando Montenegro, Gerente de Asuntos Jurídicos de REPSOL en el Ecuador, el Sr. Francisco Roldán, el Sr. Rodrigo Jijón y el Sr. Juan Manuel Marchán, de la firma de abogado Pérez, Bustamante & Ponce. En representación de PETROECUADOR asistieron el Sr. Emilio Clemente Huerta, el Sr. Juan Velasco, el Sr. Gonzalo Castro Espinoza, el Sr. José Nikinga, la Econ. Fabiola Estrella, el Sr. Julio César Trujillo, el Sr. Rubén Darío Espinoza, y el Abg. José Miguel Ledesma.

11. En la primera sesión del 31 de enero de 2006, se trataron los siguientes asuntos: constitución del Comité y declaraciones de sus miembros; honorarios y gastos de los miembros del Comité; representación de las Partes; reglas de arbitraje aplicables; prorrateo de las costas del procedimiento y pagos anticipados; lugar e idioma del procedimiento; actas de las audiencias; medios de comunicación y copias de los instrumentos; quórum; decisiones por correspondencia o conferencia telefónica; delegación de la facultad para fijar plazos; audiencia preliminar, etapa escrita y oral del procedimiento; actuaciones escritas: número, secuencia y plazos; declaraciones de testigos y peritos; prueba documental, método para la presentación de documentos y solicitudes; fechas de las sesiones siguientes; plazo del Comité para decidir; y publicación de cualquier decisión sobre el caso.

12. El 22 de febrero de 2006, el Comité adoptó la Resolución Procesal N° 4 que, después de analizar los hechos y jurisprudencia relevante, y dejar constancia de que PETROECUADOR no proporcionó dentro de los plazos acordados la caución ordenada por las Resoluciones Procesales N° 2 y N° 3, dejó sin efecto la suspensión de la ejecución del Laudo.

4. Escritos de las Partes

13. En Memorial del 2 de marzo de 2006, PETROECUADOR reiteró, entre otros, los siguientes argumentos: i) que la controversia versó sobre cuál contrato debía aplicarse y que el Laudo debió aplicar el Contrato de Prestación de Servicios y no el Modificatorio; ii) que el Tribunal no tenía competencia para resolver una materia ya resuelta por la DNH y que, al hacerlo, falló en contra de ley expresa, los Artículos 11, 52 y 56 de la Ley de Hidrocarburos; iii) que, en el supuesto que fuera aplicable el Contrato Modificatorio, el Tribunal se extralimitó al ordenar el pago de una deuda inexistente, no liquidada por las Partes “por la falta de los parámetros definitivos conforme al Anexo XI del Contrato Modificatorio”;⁽¹³⁾ iv) que al no haber autorizado la demanda el Consorcio del cual forma parte REPSOL, el procedimiento arbitral estuvo viciado; y v) que, como fue resuelto en el caso *Klöckner c. Camerún*,⁽¹⁴⁾ el tribunal se excedió en sus atribuciones e infringió el Artículo 42(1) del Convenio al no aplicar la ley ecuatoriana.

14. El 31 de marzo de 2006, REPSOL en su Memorial de Contestación sostuvo que: i) el fondo de la controversia no consistía en qué contrato debía aplicarse sino en “el incumplimiento en el pago de una suma determinada, pago al que se obligó PETROECUADOR en virtud de la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio”;⁽¹⁵⁾ ii) la alegación de incompetencia fue resuelta en el considerando 28 del la Decisión sobre Competencia; iii) no procedía reclamar la decisión de la DNH o sus auditorias por cuanto la controversia - como lo reconoció la Procuraduría General del Estado, el Ministro de Energía y Minas, la Decisión sobre Competencia y el Laudo,⁽¹⁶⁾ era contractual y no administrativa: es decir, derivaba del incumplimiento de PETROECUADOR del Contrato Modificatorio; iii) tenía facultades para representar al Consorcio, como lo reconoció el Laudo en su considerando 112; iv) la demanda especificó el valor de la *litis* y no correspondía al Comité analizar liquidaciones que fueron materia de fondo de una controversia ya resuelta;⁽¹⁷⁾ v) según la jurisprudencia reiterada del

(13) Memorial de PETROECUADOR del 2 de marzo de 2006, p. 8.

(14) *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República del Camerún y la Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI N° ARB/81/2), Decisión sobre Anulación del 3 de mayo de 1985, ICSID Reports, Vol. 2, 1994, pp. 95 y siguientes.

(15) Memorial de Contestación de REPSOL del 31 de marzo de 2006, p. 3.

(16) Decisión sobre Competencia, 34 y Laudo 149, 151 y 177.

(17) Memorial de Contestación de REPSOL del 31 de marzo de 2006, p. 11.

CIADI y la opinión de tratadistas, la anulación es un recurso limitado que se refiere a la legitimidad del Laudo y por ende sus causales deben interpretarse restrictivamente; además, la anulación por extralimitación de funciones debe ser notoria y evidente, de lo contrario se convierte en una apelación ordinaria; vi) en el supuesto de que el Tribunal hubiera aplicado indebidamente una ley ecuatoriana –lo cual no ocurrió– ello no anularía el Laudo, según lo resuelto en el caso *Wena Hotels c. Egipto* (pág. 18).⁽¹⁸⁾

15. En su Réplica del 15 de abril de 2006, PETROECUADOR afirmó que: i) el argumento de REPSOL de que la controversia estaba regida por la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio era insostenible por cuanto este Contrato proviene del Contrato de Prestación de Servicios que fue, junto con la liquidación de los montos supuestamente adeudados, objeto de una resolución administrativa inimpugnable “es decir cosa juzgada administrativa”;⁽¹⁹⁾ ii) el Laudo se excedió en sus atribuciones al ignorar que, bajo la reglamentación aplicable, entre otros, el Reglamento de Contabilidad, las liquidaciones de las inversiones de REPSOL y los reembolsos correspondientes de PETROECUADOR, sólo podían ser definitivas después de que la DNH hubiera realizado las auditorías correspondientes;⁽²⁰⁾ iii) según las auditorías que citó, bajo el Contrato de Prestación de Servicios PETROECUADOR sólo podía pagar liquidaciones definitivas y no provisionales; iv) conforme a la legislación que citó, la notificación en 1999,⁽²¹⁾ de la DNH a REPSOL, de los resultados de las inversiones y reembolsos de 1994, 1995 y 1996, transformó la supuesta controversia contractual en administrativa y su impugnación se rigió por el Estatuto Administrativo. Por lo tanto, al no impugnar REPSOL la decisión de la DNH, ésta adquirió la fuerza de cosa juzgada administrativa.⁽²²⁾

16. En su Dúplica del 2 de mayo de 2006, REPSOL afirmó que: i) el argumento de que el Tribunal no aplicó la ley ecuatoriana confunde el proceso de anulación con el de apelación e ignora que ningún Comité ha establecido que una incorrecta interpretación de la ley constituye una extralimitación de las facultades de un Tribunal, lo cual tampoco habría ocurrido en este caso en que el Laudo interpretó y aplicó correctamente la ley ecuatoriana tal como estaba previsto en el Contrato Modificatorio (Nº s 3 y 4); ii) las opiniones de los tratadistas Broches y Schreuer y la doctrina del caso *Wena Hotels c. Egipto* apoyan sus anteriores conclusiones respecto de las facultades de un Comité en un recurso de nulidad (Nº s 5 y 6); iii) la modificación del Contrato de Prestación de Servicios se hizo después de cumplir la totalidad de las condiciones establecidas en la Ley de Hidrocarburos y en su ley Reformatoria (Nº s 8.2 y 8.3); iv) las referencias de PETROECUADOR al procedimiento de liquidaciones y auditorías de la

(18) *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI Nº ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002).

(19) Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, p. 2.

(20) Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, p. 3, 4 y 5.

(21) Oficio 90002 del 6 de enero 1999.

(22) Réplica de PETROECUADOR del 15 de abril de 2006, pp. 7-12.

DNH, para aprobar reembolsos bajo el Contrato de Prestación de Servicios no serían aplicables al Contrato Modificatorio (Nº 8.5; v) el argumento de que la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio fue nula, porque las Partes estaban legalmente impedidas de realizar liquidaciones definitivas, vulnera el principio de buena fe y el Artículo 1699 del Código Civil, que impide que quien firma un contrato nulo pueda alegar la nulidad a su favor (Nº 8.6); vi) REPSOL no impugnó por la vía administrativa las liquidaciones de la DNH por cuanto la controversia era contractual y se originó en la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio como lo reconocieron el Ministro de Energía y Minas y el Procurador General del Estado (Nº 8.7); vii) como fue resuelto por un tribunal arbitral de Colombia, la jurisdicción en lo contencioso-administrativo no es exclusiva y no puede excluir la jurisdicción de árbitros que en virtud de un pacto arbitral, quedan investidos de la función pública de administrar justicia en asuntos ordinariamente del conocimiento del juez administrativo (Nº 8.8); viii) las conclusiones anteriores respecto de la competencia de los tribunales del CIADI fueron reconocidas en el caso *Aguas del Aconquija, S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*⁽²³⁾ y están confirmadas por el Artículo 26 del Convenio que establece:

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso...”.

5. Procedimiento Posterior

17. El 18 de mayo de 2006, el Comité reiteró una anterior solicitud a PETROECUADOR para que, en conformidad al Artículo 14(3)(a)(i) e inciso (e) del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, depositara la suma de US\$100.000 para financiar los gastos del procedimiento durante los próximos tres a seis meses y la audiencia sobre el fondo a celebrarse en julio de 2006.

18. El 27 de junio de 2006, el Comité dictó la Resolución Procesal Nº 5, mediante la cual y sobre la base de las consideraciones que allí se indican: i) sin perjuicio de reconocer la libertad de PETROECUADOR de presentar copias fieles de documentos, rechazó reproducir de los autos del arbitraje todo cuanto le fuera favorable; ii) rechazó certificar diversas actuaciones relacionadas con el dictamen de la DNH; iii) se reservó el derecho a decidir acerca de la supuesta falta de independencia de algunos testigos; y iv) confirmó que la próxima audiencia tendría lugar en Quito el 10 de julio de 2006.

19. El 10 de julio de 2006 tuvo lugar en Quito la primera audiencia del Comité a la que asistieron los representantes de las Partes y sus abogados y se escucharon los

⁽²³⁾ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. la República Argentina* (Caso CIADI Nº ARB/97/3), Decisión sobre Anulación del Laudo, 3 de julio del 2002. Disponible en <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards>.

alegatos orales y las pruebas de las Partes. Una copia electrónica con la transcripción completa de esta audiencia fue posteriormente distribuida por el Secretariado.⁽²⁴⁾

20. El día de la audiencia REPSOL presentó un escrito final con sus argumentos en contra de la solicitud de anulación e insistió que PETROECUADOR se habría limitado a “repetir los mismos argumentos esgrimidos en el proceso arbitral que fueron analizados, debatidos y resueltos por el Tribunal” y habría confundido su solicitud de anulación con un recurso de apelación. Agregó, además, entre otros argumentos, que las Partes acordaron expresamente que la controversia se sometería al arbitraje del CIADI y citó jurisprudencia aplicable al caso. Reiteró el cumplimiento de la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio, el cual habría sido “una transacción en virtud de la cual se liquidaron las obligaciones mutuas originadas en el anterior contrato de prestación de servicios”. La cláusula mencionada dispone:

“VIGÉSIMO SEXTA: DISPOSICIÓN TRANSITORIA:

VEINTISÉIS UNO (26.1).- PETROECUADOR pagará a la Contratista las cantidades descritas en el Anexo XI, que constituyen los montos adeudados y no cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios, según se establece en dicho Anexo.”

21. REPSOL analizó y rebatió, citando los documentos pertinentes y la jurisprudencia del CIADI, las alegaciones de PETROECUADOR referentes a: (i) la incompetencia o extralimitación de las facultades del Tribunal; (ii) el hecho de que el Tribunal no podía pronunciarse sobre la decisión de la DNH; (iii) el hecho de que la actora no tendría facultades para representar a las empresas del Consorcio; (iv) el hecho de que no podría pagar una cifra que no fue objeto de la *litis*; y (v) el hecho de que la legislación ecuatoriana obliga a sus empresas a agotar todas las instancias para impedir que un fallo se ejecutorie y ejecute.

22. El 22 de julio de 2006, PETROECUADOR presentó un escrito que transcribe la intervención del Dr. Julio César Trujillo en la audiencia del 10 de julio de 2006 y copias de las diapositivas utilizadas por el Dr. José Nikinga en esa misma audiencia. La intervención del Dr. Trujillo señaló, en síntesis: i) que la cláusula 26.1 del Contrato de Participación es transitoria y no establece suma alguna que se deba a REPSOL, pero se remite al Anexo XI, que señala cifras estimadas, sujetas a reliquidación, y que deben ser aprobadas por la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR; ii) que de conformidad con el referido Anexo XI, la Presidencia de PETROECUADOR aprobó las distintas reliquidaciones, que fueron impugnadas por REPSOL, pero que la DNH ratificó mediante oficio 004-DNH-EH-AH-1 del 21 de enero del 2000; iii) que de conformidad con el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, la anterior resolución de la DNH produjo cosa juzgada administrativa; iv) que REPSOL no interpuso oportunamente los recursos

(24) En adelante, las referencias a la Transcripción de la Audiencia se indicarán de la siguiente forma “Tran., [N° de pág.]”.

conferidos por la Constitución y las leyes ecuatorianas por lo que la resolución de la DNH que ratificó las reliquidaciones de la Presidencia de PETROECUADOR quedó ejecutoriada; v) que en sus consideraciones N° s 146 a 151, el Laudo se refirió de manera contradictoria e inexacta a la resolución de la DNH y que el Comité deberá resolver si acaso el Tribunal tenía competencia para "...juzgar una cuestión que ya fue resuelta por la DNH mediante resolución que había causado estado o cosa juzgada administrativa";⁽²⁵⁾ vi) que el Laudo implícitamente desconoció la validez de la resolución de la DNH, lo cual constituye otra causal para pedir su anulación, por cuanto el Convenio del CIADI solo vino a formar parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano el 19 de abril de 2001,⁽²⁶⁾ eso es, varios meses después de que la Decisión de la DNH causara cosa juzgada administrativa; vii) que el Laudo no precisa que las cuentas pendientes son del contrato de prestación de servicios - y no del contrato de participación - y tampoco analiza las consecuencias del Anexo XI que, si lo hubiera hecho, habría concluido que estaban sujetas a reliquidación, debían ser aprobadas por la Presidencia de PETROECUADOR y sujetas al control de la DNH; viii) que el argumento del N° 149 del Laudo, que la decisión de la DNH no produjo cosa juzgada porque lo que se discute es el alcance y efecto de la cláusula contractual 26.1, no sería válido por cuanto esta cláusula no fijó suma alguna sino que se remitió al Anexo XI cuyos montos no fueron definitivos; ix) que el N° 150 del Laudo afirma erradamente que: i) las facultades de la DNH para controlar a PETROECUADOR provendrían del contrato en circunstancias de que éstas provienen de la ley; y ii) la DNH no podría modificar las cifras fijadas en el contrato de participación, en circunstancias que este contrato no fijó cifra alguna sino que, como se indicara, se remitió al Anexo XI.

23. En su documento el Doctor Nikinga: i) describe el objetivo y fundamentos de la demanda original de REPSOL y de las cantidades adeudadas bajo el marco legal aplicable: el Contrato de Prestación de Servicios, el Artículo 25 del Reglamento de Contabilidad y el Reglamento para la aplicación de la Ley N° 101 modificatoria de la Ley de Hidrocarburos; ii) señala a la DNH como la entidad con la competencia legal para fijar de manera definitiva la liquidación de los costos, gastos e inversiones pertinentes; iii) menciona la cláusula XXVI y Anexo XI del Contrato de Participación y de que el dictamen de la DNH no habría declarado como definitiva la liquidación del Anexo XI; iv) designa como las excepciones esenciales de PETROECUADOR: a) la falta de competencia del CIADI para conocer y resolver el reclamo de REPSOL; b) que, conforme al Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, la demanda de REPSOL fue resuelta por la DNH tres meses antes de que el asunto fuera puesto a la decisión del consultor y dos años antes de la demanda ante el CIADI; c) que se habría producido cosa juzgada administrativa y REPSOL no habría ejercido los recursos administrativos y judiciales contemplados en la legislación ecuatoriana; d) que los valores del Anexo XI del Contrato Modificatorio y la cláusula 26.1 del Contrato son valores propios del contrato de

(25) Transcripción presentada por PETROECUADOR de la intervención del Dr. Julio César Trujillo realizada en la audiencia del 10 de julio de 2006, sección 5.2.1, quinto párrafo.

(26) Fecha de su publicación en el Diario Oficial.

prestación de servicios y no del de participación vigente a partir del 1 de enero de 1997; e) que cualquier liquidación o reliquidación pendiente del contrato de prestación de servicios debe regirse por este mismo contrato y las leyes y reglamentos aplicables al mismo; f) que el fondo de la controversia es jurídica y consiste en si debe aplicarse –como afirma REPSOL– la cláusula 26 del Contrato Modificatorio o –como lo afirma PETROECUADOR– el contrato de Prestación de Servicios; g) que el Tribunal incurrió en exceso manifiesto al señalar que la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio y supuesto incumplimiento de PETROECUADOR de una obligación originada en el mismo (considerandos 28 y 31); y v) el Comité estaría moralmente obligado a evitar un enriquecimiento ilegal e injusto.

24. Debido a la falta de pago por parte de PETROECUADOR, el 24 de julio de 2006, el Secretariado del CIADI informó haber recibido de REPSOL un depósito por US\$100.000 a fin de solventar los gastos del procedimiento.

25. El 27 de julio de 2006, PETROECUADOR presentó una síntesis de la intervención en la audiencia del 10 de julio de 2006, de la Economista Fabiola Estrella que señaló que: i) el marco legal aplicable es el contrato de prestación de servicios, el Reglamento de Contabilidad, el Reglamento para la Aplicación de la Ley N° 101, modificatoria de la Ley de Hidrocarburos (Artículos 38 y 40); ii) que la liquidación y los reembolsos son procedimientos reglados y que solo la DNH, mediante las auditorías anuales tiene la competencia para darle carácter de firme o definitiva a las liquidaciones de reembolso de costos y gastos; iii) que la demanda de REPSOL fue resuelta por la DNH tres meses antes pedirse la opinión del Consultor Merlo; iv) que la resolución de la DNH tiene fuerza de cosa juzgada administrativa; v) que si la controversia es de derecho, el Tribunal debió primero declarar el derecho de la actora y, después, en base a los ajustes realizados por la auditoría de la DNH, ordenar una liquidación y pago de la obligación derivada de ese derecho supuestamente conculcado, y vi) que el Comité está legalmente obligado a declarar la nulidad del Laudo y “moralmente (...) obligado a evitar un enriquecimiento ilegal injusto”.

II. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD INVOCADA

26. PETROECUADOR solicitó la anulación del Laudo conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio, alegando que el Tribunal de manera manifiesta y antijurídica se extralimitó en sus facultades. Como fundamento, PETROECUADOR alegó que el Tribunal se excedió en sus facultades violando el Artículo 52(1)(b) del Convenio al no aplicar la ley ecuatoriana y: i) pronunciándose competente para resolver la controversia de acuerdo con el Contrato Modificatorio y no con fundamento en el Contrato de Prestación de Servicios, como debió haberlo hecho; ii) ignorando y no dando fuerza de cosa juzgada a la decisión administrativa de la DNH; y iii) admitiendo la demanda de REPSOL a pesar de que ésta carecía de la autorización previa del Comité de Operación conforme al Acuerdo de Participación Conjunta (“Joint Operating Agreement”) firmado el 7 de febrero de 1996 y las Reglas 1 y 2(1) de las Reglas Procesales

Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIA-DI (Reglas de Iniciación).⁽²⁷⁾

Posteriormente, PETROECUADOR agregó a las causales de anulación mencionadas que: iv) el Tribunal no debió haber ordenado el pago de una suma que no era parte de la controversia; y v) las leyes de Ecuador obligan al Estado y a sus instituciones a agotar todas las instancias permitidas para impedir la ejecución de un fallo en su contra. Durante el transcurso del proceso de anulación, PETROECUADOR agregó que la decisión del Tribunal respecto del poder de representación de REPSOL constituye un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento conforme al Artículo 52(1)(d) del Convenio.

1. Incompetencia del Tribunal

27. A continuación se analizan las causales anteriormente mencionadas en la solicitud de anulación presentada por PETROECUADOR.

a) La Decisión del Tribunal

28. En su Decisión sobre Competencia del 23 de enero de 2003 el Tribunal, después de haber examinado las alegaciones de las Partes y las pruebas rendidas, se manifiesta respecto a la excepción de PETROECUADOR a la jurisdicción del CIADI y a su competencia. El Tribunal considera primeramente que la controversia se refiere a la cláusula 26.1 del Contrato Modificadorio (Comp., 28) y repite más adelante que *“la controversia surgió en relación con el segundo contrato llamado el Contrato Modificadorio”*.⁽²⁸⁾

29. Afirma el Tribunal que *“En igual sentido se manifestó la Procuraduría General del Estado en sus oficios números 08085 del 14 de octubre de 1999 y 10994 del 3 de marzo del 2000 al referirse al Contrato Modificadorio como la fuente del conflicto. En el primer oficio citado se discutió el tema de la consultoría mencionada en la cláusula 20.1 del Contrato Modificadorio y la Procuraduría afirmó: “...es legalmente procedente, puesto que constituye un medio alternativo para la solución de controversias surgidas entre las partes y por cuanto así se pactó en el contrato modificadorio de la referencia y en el oficio 156-PRO-A-99-1812 suscrito por la Presidencia de PETROECUADOR y el Apoderado General de YPF Ecuador Inc. En tal virtud, los contratistas están obligados a dar cumplimiento de la opinión de 7 de julio de 1999 del consultor designado de mutuo acuerdo”(...). En el segundo oficio, se trató el mismo asunto y la Procuraduría expresó lo siguiente: “Al estipular el contrato que la opinión del consultor tendrá efecto final y obligatorio para las Partes, ha modificado las Bases de Contratación, al darle a dicha opinión el alcance de final y obligatoria, cuando su efecto es el*

⁽²⁷⁾ Solicitud de anulación, 7 de junio de 2004, consideración N° 14.

⁽²⁸⁾ Comp., 29.

de informe simplemente. Por ello, el numeral 44.2 de las Bases establece que el dictamen del consultor será referencial, en cambio que el laudo arbitral será obligatorio para las partes, lo que quiere decir que el dictamen del consultor no es obligatorio y menos que tenga efecto final". En ambos textos se analizó el Contrato Modificatorio y la controversia que surgió entre las partes en cuanto al efecto del proceso de consultoría que fue acordado en ese contrato".⁽²⁹⁾

30. El Tribunal añade que "considera que la diferencia entre las Partes es, definitivamente, de naturaleza jurídica por referirse al supuesto incumplimiento por parte de PETROECUADOR de una obligación originada en el Contrato Modificatorio".⁽³⁰⁾

31. Sostiene además el Tribunal que PETROECUADOR ha expresado su consentimiento irrevocable de consentir a someterse a un arbitraje CIADI tanto bajo la cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio como en el oficio No. 380-PRO-P-2001 de 9 de julio del 2001 en el cual manifestó a REPSOL lo siguiente: "Doy respuesta a su comunicación DR-PE-013/2001 de 19 de junio de este año, en la que manifiesta que, una vez que el Estado Ecuatoriano, a través de sus órganos, ha ratificado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, procede someterse a la competencia de CIADI para resolver cualquier controversia. Al respecto, le manifiesto mi conformidad con tal procedimiento y, en consecuencia, las divergencias relacionadas con las liquidaciones definitivas del Contrato de Prestación de Servicios del Bloque 16 podrán tramitarse ante el CIADI, en los términos de la cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio...".⁽³¹⁾

32. La cláusula 20.3 del Contrato Modificatorio dice que desde la fecha en que el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados "sea aprobado por el Congreso Ecuatoriano, las Partes se obligan a someter las controversias o divergencias que tengan relación o surjan de la ejecución de este Contrato, a la Jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el "CIADI") para que sean arregladas y resueltas de conformidad con lo dispuesto en dicho Convenio."

33. Añade ulteriormente el Tribunal que "la alegación de PETROECUADOR sobre la existencia de cosa juzgada administrativa no incide sobre la competencia del Tribunal. En otras palabras, que el dictamen de la Dirección Nacional de Hidrocarburos citado por PETROECUADOR haya puesto fin o no en forma definitiva a la materia controvertida, es un asunto que no afecta ni puede afectar la competencia del Tribunal y, en cambio, sí tiene gran influencia sobre el fondo del tema controvertido".⁽³²⁾ El Tribunal concluye que: "Estas consideraciones tienen que ver exclusivamente con los aspectos de la excepción de cosa juzgada que inciden en la materia de previo pronunciamiento, es

⁽²⁹⁾ Comp., 28.

⁽³⁰⁾ Comp., 31.

⁽³¹⁾ Comp., 41.

⁽³²⁾ Comp., 46.

decir, en lo referente a la competencia del Tribunal. En consecuencia, al emitir su fallo el Tribunal deberá examinar si el asunto objeto de la controversia ha sido ya resuelto, en todo o en parte, por las autoridades nacionales competentes y resolver sobre las consecuencias jurídicas de tal supuesta decisión”.⁽³³⁾

34. Por último, el Tribunal afirma que el Convenio del CIADI, aprobado por el Congreso del Ecuador por medio de la resolución legislativa N° R-22-053 del 7 de febrero del 2001, prevalece sobre las normas internas de la República del Ecuador, conforme al Artículo 163 de la Constitución,⁽³⁴⁾ razón por la cual “la normativa aplicable a este asunto son el Convenio del CIADI y, por no haber acuerdo en contrario de las Partes, “Las Reglas de Arbitraje”.⁽³⁵⁾

35. Lo que precede “lleva el Tribunal de Arbitraje a la conclusión ineluctable de que el presente asunto está sujeto a la jurisdicción de CIADI y que el Tribunal de Arbitraje tiene competencia para dirimir la controversia surgida entre las Partes”.⁽³⁶⁾

b) Análisis del Comité

36. Como se menciona anteriormente (*supra*, 38), PETROECUADOR sostiene que el Tribunal se excedió en sus facultades de modo manifiesto al decidir que la controversia corresponde a la jurisdicción de CIADI y a su competencia. El Comité observa que, en primer lugar, para que el exceso en las facultades de un tribunal de arbitraje constituya una causal válida para la anulación de un laudo conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio del CIADI, debe ser “manifiesto”. Comúnmente se entiende que un exceso en las facultades es “manifiesto” cuando es “evidente por sí solo” de la sola lectura del Laudo, es decir, aún antes de examinar en detalle el contenido del mismo (ver al respecto *Wena Hotels Limited c. la República Árabe de Egipto*).⁽³⁷⁾ Según manifiesta el Profesor Schreuer, “la palabra se relaciona no tanto con la seriedad del exceso o la naturaleza fundamental de la norma que se ha violado, sino más bien con el proceso cognitivo que la hace aparente. Un exceso en las facultades es manifiesto cuando puede discernirse con poco esfuerzo y sin necesidad de un análisis profundo”.⁽³⁸⁾

37. En una primera lectura, la Decisión sobre Competencia emitida por el Tribunal en enero de 2003, es clara, convincente, bien razonada y libre de contradic-

⁽³³⁾ Comp., 47.

⁽³⁴⁾ Comp., 53.

⁽³⁵⁾ Comp., 55.

⁽³⁶⁾ Comp., 57.

⁽³⁷⁾ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N° ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002), párrafo 25.

⁽³⁸⁾ Schreuer, C. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2001, p. 933. (Traducción del Comité).

ciones. Además, el Comité observa que las normas del sistema legal ecuatoriano fueron tomadas en cuenta y aplicadas por árbitros de autoridad y experiencia, dos de los cuales de nacionalidad ecuatoriana.

38. Incluso asumiendo que el Tribunal hubiera aplicado erróneamente las leyes de Ecuador, debe recordarse que, en el sistema de anulación del CIADI, los errores cometidos en la aplicación de una ley, en contraste con su incumplimiento (o de las normas de derecho acordadas por las partes), no constituyen, de conformidad al Artículo 42 del Convenio, una causal de anulación de un laudo. Los precedentes al respecto confirman la relevancia de esta distinción en el contexto de una solicitud de anulación, aclarando también que este último no debe confundirse con un recurso de apelación, el cual no está disponible conforme al Artículo 53 del Convenio.

39. En el caso *Klöckner c. Camerún*, el Comité, luego de referirse (en el párrafo 60) a “la sutil distinción entre la ‘no aplicación’ de la ley aplicable y la aplicación errónea de dicha ley”, manifestó (en el párrafo 61): “Es claro que el ‘error in judicando’ no puede en sí mismo ser aceptado como causal de anulación sin reintroducir indirectamente una apelación en contra del laudo arbitral, y el Comité ad hoc, conforme al Artículo 52 del Convenio, no tiene, más allá que la Corte Permanente de Arbitraje en el caso *Orinoco*, el ‘deber ...de manifestar si el caso ha sido bien o mal juzgado, sino si el laudo debe ser anulado’.”⁽³⁹⁾

40. La decisión del Comité de Anulación en el caso *Amco c. Indonesia* fue igualmente categórica:

“23. La ley que el Tribunal aplicó será examinada por el Comité, no con el fin de investigar si el Tribunal cometió errores en la interpretación de los requerimientos de la ley aplicable o en la determinación o evaluación de los hechos relevantes a los que se ha aplicado dicha ley. Dicho escrutinio es un deber propio de un Tribunal de Apelaciones, y el Comité no lo es. El Comité se limitará a determinar si el Tribunal de hecho aplicó la ley que debía aplicar a la controversia. El incumplimiento en la aplicación de dicha ley, a diferencia de una mala interpretación de la ley, constituye un exceso manifiesto en las facultades por parte del Tribunal y una causal de nulidad conforme al Artículo 52(1)(b) del Convenio. El Comité ha considerado esta tarea con cautela, estableciendo la diferencia entre el incumplimiento en la aplicación de la ley correspondiente como causal de anulación y la mala interpretación de la ley aplicable como causal de apelación”.⁽⁴⁰⁾

⁽³⁹⁾ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República del Camerún y la Société Camerounaise des Engrais* (Caso CIADI N° ARB/81/2), Decisión sobre Anulación del 3 de mayo de 1985, ICSID Reports, Vol. 2, 1994, pp. 95 y siguientes; p. 119. (Traducción del Comité).

⁽⁴⁰⁾ *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia* (Caso CIADI N° ARB/81/1), Sentencia de Anulación, 16 de mayo de 1986, ICSID Reports, Vol. 1, 1193, pp. 515-16. (Traducción del Comité).

41. Esta opinión fue compartida por el Comité en el caso *MINE c. Guinea*. Luego de explicar la causa por la que la no aplicación de la ley correspondiente constituye una forma de exceso en las facultades, el Comité agregó: “5.05 Debe distinguirse la no consideración de las normas de derecho aplicables de la aplicación errónea de dichas normas que, aun si fuera manifiestamente injustificada, no proporciona una causal para la anulación (ver la historia del Convenio, Vol. II, págs. 340 y 854)”.⁽⁴¹⁾

42. Por lo expuesto, PETROECUADOR ha cometido un error al sostener en la audiencia que el Tribunal “Excediéndose de sus atribuciones les ha dado interpretación extensiva a estas normas ecuatorianas, normas legales ecuatorianas que son parte del derecho público”.⁽⁴²⁾

43. Además se considera que, cualquiera que sea el contrato aplicable (es decir, el Contrato de Prestación de Servicios o el Contrato Modificatorio), las Partes acordaron someter todas las controversias a la consideración del arbitraje del CIADI. En virtud de este acuerdo entre las Partes, la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal del CIADI no deben ser cuestionadas si se reúnen las demás condiciones establecidas en el Artículo 25 del Convenio del CIADI, como sucede en este caso. Por lo expuesto, la jurisdicción del CIADI y la competencia del Tribunal no serán descartadas por una objeción respecto a que el objeto de la controversia se relaciona con un acto administrativo con efectos de cosa juzgada o *res judicata*.⁽⁴³⁾

44. Inclusive si se analizan los excesos de poder bajo una perspectiva más general, el Laudo también resiste cualquier crítica por este concepto. En el hecho, el Tribunal no ha decidido sobre asuntos que no hayan sido sometidos a su consideración (al respecto, ver párrafo 84, *infra*), ni ha omitido referirse a los asuntos que le fueran sometidos por la Partes, o dejado de cumplir la ley aplicable.

45. Por lo expuesto, el Comité concluye que las causales de anulación presentadas por PETROECUADOR con respecto a la decisión del Tribunal sobre la jurisdicción del CIADI y sobre su propia competencia no pueden prevalecer. Por lo tanto, se rechaza la solicitud de anulación por esta causal.

2. Fuente de la Controversia; Cosa Juzgada Administrativa

46. Durante la audiencia, PETROECUADOR planteó dos asuntos importantes respecto de la competencia. PETROECUADOR alegó que el Tribunal se excedió en sus facultades de modo manifiesto al establecer en el Laudo: i) que las obligaciones legales

⁽⁴¹⁾ *Maritime International Nominees Establishment c. República de Guinea* (Caso CIADI N° ARB/84/4), Decisión de Anulación Parcial del 22 de diciembre de 1989, 5 ICSID Review - FILJ 95 (1990). (Traducción del Comité).

⁽⁴²⁾ Tran., p. 168, líneas 4-7.

⁽⁴³⁾ Véase al respecto *Salini Costruttori S.p.A. y Italstrade S.p.A. c. El Reino de Marruecos* (Caso CIADI N° ARB/00/4), Decisión sobre Competencia, 23 de julio de 2001, 42 I. L. M. 609 (2003), párrafo 27.

de PETROECUADOR no surgieron del Contrato de Prestación de Servicios, sino del Contrato Modificatorio y su Anexo XI; y ii) al no reconocer legalmente una decisión de la DNH (que no había sido impugnada y que, por lo tanto, había quedado firme) como cosa juzgada administrativa.⁽⁴⁴⁾ Se analizan a continuación cada uno de estos alegatos.

A) Naturaleza Jurídica de la Controversia

a) La Decisión del Tribunal

47. Además de las conclusiones del Tribunal en su Decisión sobre Competencia, resumidos en N^os 28-35, *supra*, el Tribunal llegó a las siguientes conclusiones:

- a) Que el Contrato Modificatorio fue el resultado de la iniciativa de PETROECUADOR, que en agosto de 1996 le manifestó a REPSOL su intención de transformar el Contrato de Prestación de Servicios en un Contrato de Participación Conjunta para la exploración y explotación de hidrocarburos. La Contratista en principio accedió a la modificación propuesta.⁽⁴⁵⁾
- b) La transformación propuesta de este acuerdo contractual fue aprobada por: el Consejo Administrativo de PETROECUADOR; El Ministro de Energía y Minas; el Procurador General del Estado; y el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas.⁽⁴⁶⁾ Luego de haber recibido las aprobaciones, las Partes negociaron en detalle el Contrato Modificatorio y le dieron fuerza de ley para las Partes.
- c) La firma del Contrato Modificatorio puso fin al Contrato de Prestación de Servicios. En el Contrato Modificatorio se incluyó específicamente la cláusula transitoria. 26.1, no con el fin de extender el período de vigencia del contrato anterior, sino con el propósito de ponerle fin al mismo, estableciendo el deber de PETROECUADOR de efectuar ciertos pagos como resultado del cierre de cuentas relacionado con la terminación del Contrato de Prestación de Servicios.⁽⁴⁷⁾

⁽⁴⁴⁾ El Tribunal aclaró que su Decisión sobre Competencia no incluía un fallo en los méritos de la causa. (Comp., 46 y 47; Laudo, 177). El Tribunal sí dictaminó que la controversia surgió de las obligaciones derivadas de un contrato, y por lo tanto la misma debe considerarse como eminentemente jurídica. (Comp., 33-34).

⁽⁴⁵⁾ Laudo, 115.

⁽⁴⁶⁾ Laudo, 116.

⁽⁴⁷⁾ Laudo, 122.

b) Análisis del Comité

48. Como fue mencionado anteriormente, PETROECUADOR sostiene que el Tribunal se ha excedido en sus facultades de modo manifiesto al decidir que la controversia tuvo origen en el Contrato Modificatorio, cuando debió haber decidido que la controversia se originó en el Contrato de Prestación de Servicios, fechado el 1 de enero de 1997. Como se indica en párrafo 36, *supra*, las condiciones para la anulación de un laudo conforme al Artículo 52(1)(b), respecto a que “el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades” están bien definidas. Este Comité no ha encontrado en la decisión del Tribunal la trasgresión a la que se hace referencia, respecto del origen contractual de la controversia. De hecho, en algunos aspectos, las pruebas sobre estos hechos son claras e indiscutibles.

49. Existen abundantes pruebas que respaldan la conclusión del Tribunal;⁽⁴⁸⁾ por ejemplo, que el cambio del acuerdo contractual fue solicitado por PETROECUADOR en el Oficio #254-PEP-96 fechado el 20 de agosto de 1996, en el que da aviso oficialmente a la Contratista sobre su decisión de modificar el Contrato de Prestación de Servicios para reemplazarlo por un Contrato de Participación para la Exploración y Explotación de Hidrocarburos.⁽⁴⁹⁾ Las negociaciones que condujeron al nuevo Contrato Modificatorio fueron detalladas y extensivas, involucrando representantes legales y técnicos de alto nivel por ambas Partes. Las Partes también solicitaron y obtuvieron informes favorables sobre los nuevos acuerdos propuestos por instituciones competentes en Ecuador, entre ellas el Ministro de Energía y Minería, el Procurador General del Estado, el Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas y el Comité Especial de Licitación.⁽⁵⁰⁾

50. También queda claro que, durante las negociaciones, ambas Partes efectuaron compromisos respecto de las demandas y hechos controvertidos pendientes referentes al Contrato de Prestación de Servicios precedente. Como resultado, la cláusula 26.1 del Contrato Modificatorio indica:

“PETROECUADOR pagará a la Contratista las cantidades descritas en el Anexo XI, que constituyen los montos adeudados y no cancelados por PETROECUADOR a la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios, según se establece en dicho Anexo.”

51. La cláusula 26.1 hace referencia al Anexo XI en el que las Partes, luego de exhaustivas negociaciones, acordaron cifras provisionales para ciertas categorías de pago. Estas fueron sujetas a modificaciones o ajustes posteriores luego de que

⁽⁴⁸⁾ Laudo, 115.

⁽⁴⁹⁾ Laudo, 53.

⁽⁵⁰⁾ Laudo, 58-61.

ciertas cifras y otras variables definidas fueron finalizadas. Sin embargo, las cifras finales exigían la aprobación de la Presidencia de PETROECUADOR.⁽⁵¹⁾

52. A pesar de las disputas entre las Partes sobre la naturaleza de la obligación asumida en la cláusula 26.1 y el Anexo XI asociado, este Comité considera que estas estipulaciones fueron entendidas por *ambas* Partes como un finiquito⁽⁵²⁾ de las obligaciones correspondientes al Contrato de Prestación de Servicios finalizado. Según el Diccionario de la Real Academia, la palabra “finiquito” significa: “remate de las cuentas, o certificación que se da para constancia de que están ajustadas y satisfecho el alcance que resulta de ellas”.

53. Si bien es indiscutible que algunos elementos de la controversia entre las Partes “tuvieron su origen” en ciertos costos y reclamos que surgieron durante el cumplimiento del Contrato de Prestación de Servicios, también está claro, y con una mayor validez legal, que, a instancia de PETROECUADOR, el Contrato de Prestación de Servicios original fue finalizado por las Partes en un proceso que consistió de dos partes: i) la negociación del “finiquito” de montos por reclamos anteriores,⁽⁵³⁾ y ii) la negociación de las estipulaciones restantes del Contrato Modificatorio para cubrir los acuerdos a futuro. Como se indica en el párrafo 49, *supra*, es cierto que la cláusula 26.1 y particularmente el Anexo XI no especificaron claramente los montos precisos a ser pagados por PETROECUADOR, pero también está claro que las categorías de costos y los principios conforme a los cuales se calcularían los montos finales fueron negociados en forma detallada. Más aún, aparentemente no se hizo mención en las negociaciones del papel de la DNH respecto de este aspecto del contrato y mucho menos una sugerencia de que las cifras que la DNH determinara serían finales y vinculantes.

54. PETROECUADOR ha enfatizado que incluso el lenguaje del Anexo XI del Contrato Modificatorio hace referencia a montos adeudados y no cancelados a la Contratista por PETROECUADOR “conforme al Contrato de Prestación de Servicios...”, y por lo tanto alega que los términos del Contrato de Prestación de Servicios, incluida la aplicación a dicho contrato de una variedad de leyes y procedimientos administrativos ecuatorianos, son cruciales para el correcto análisis legal de esta controversia.

55. Sin embargo, como se indica anteriormente, el Contrato Modificatorio (incluidos la cláusula 26.1 y el Anexo XI), fue debidamente firmado por ambas Partes luego de haber recibido amplia aprobación previa de instituciones de alto nivel del gobierno del Ecuador. Tal como se indica en los Artículos 1480 y 1588 del Código Civil

(51) “Los valores pendientes de aprobar por PETROECUADOR son estimados, por lo que para proceder al pago se deberá contar con las Resoluciones de la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR.” (Anexo XI).

(52) Ver Tran., p. 17, líneas 16-19; Véase también la transcripción presentada por PETROECUADOR de la intervención del Dr. Julio César Trujillo en la audiencia del 10 de julio de 2006, Sección 5.2.4.

(53) Laudo, 123.

de Ecuador, al momento de firmar el Contrato Modificadorio, éste reemplazó al Contrato de Prestación de Servicios y se convirtió en “la ley de las partes”. Por lo expuesto, el Tribunal no encontró motivo alguno para basarse en las disposiciones de algún contrato anterior al Contrato Modificadorio. Aún si esta conclusión significara una aplicación errónea de la ley ⁽⁵⁴⁾ (lo cual para el Comité no es cierto), no constituye causal de anulación del Laudo.

56. Con fundamento en la historia de las negociaciones y en el lenguaje del Contrato Modificadorio, este Comité opina que el Tribunal tenía fundamentos suficientes para endosar el Informe del consultor Dr. Merlo, respecto a que las cifras que contiene el Anexo XI “[...] admiten solamente el reajuste de las variables que, según lo indica la Dirección Nacional de Hidrocarburos en su Informe de la Auditoría de 1996, son producción fiscalizada, porcentajes de aporte a mercado interno, precios, costos de transporte y costos de comercialización”.⁽⁵⁵⁾ No hay lugar a dudas de que, cuando después surgió una controversia entre las Partes acerca de los principios adecuados para calcular las cifras finales, hubo acuerdo en que lo correcto fue que se utilizaran los procedimientos establecidos en el Contrato Modificadorio, a saber, la Consultoría (Sección 20.1) y su posterior arbitraje (Sección 20.2). Por lo expuesto, este Comité es de la opinión que los antecedentes analizados no respaldan la causal de anulación basada en que el Tribunal se excedió de modo manifiesto en sus facultades al determinar que la esencia de la controversia se refería a la interpretación del Contrato Modificadorio. Por lo expuesto, se rechaza la solicitud de anulación del Laudo del Tribunal por esta causal.

B) Fallo de la DNH como cosa juzgada administrativa

57. El fundamento siguiente de la solicitud de anulación del Laudo presentado por PETROECUADOR, también expuesto durante la discusión sobre la competencia, se refiere a que el Tribunal se excedió en sus facultades de modo manifiesto al entender y decidir en una controversia que, según el Artículo 56 de la Ley de Hidrocarburos, ya había sido resuelto por la DNH sin que fuera impugnado por la Contratista, y que, por lo tanto, tenía fuerza de cosa juzgada administrativa.

a) La Decisión del Tribunal

58. Al analizar los argumentos presentados en relación con la auditoría de la DNH, el Tribunal halló que el 25 de marzo de 1997, PETROECUADOR había notificado a REPSOL su decisión de revisar las liquidaciones que habían sido preparadas para el período de 1994 a 1996. Posteriormente, por medio de las Resoluciones 97131-33, la Presidencia Ejecutiva de PETROECUADOR aprobó las reliquidaciones hechas por los representantes de PETROECUADOR después que éstos y los representantes de REPSOL no llegaron a un acuerdo sobre las cifras finales. Sin embargo, el 15 de julio de

⁽⁵⁴⁾ Ver N° 38, *supra*.

⁽⁵⁵⁾ Laudo, 96.

1997, previo a la emisión de estas Resoluciones (Oficio GA-180/97), REPSOL notificó a PETROECUADOR que no estaba de acuerdo con las liquidaciones revisadas ni con los procedimientos modificados que PETROECUADOR había utilizado para calcularlas.⁽⁵⁶⁾ Luego de extensas deliberaciones y de un intercambio de correspondencia entre las Partes, la Presidencia de PETROECUADOR notificó a la Contratista lo siguiente:

“[...] de persistir la Compañía YPF en su infundado desacuerdo, a pesar de que participó en la elaboración y además suscribió las nuevas reliquidaciones, corresponde a la Dirección Nacional de Hidrocarburos, conforme al artículo 11 de la Ley de Hidrocarburos, realizar las Auditorías respectivas a fin de establecer las cifras definitivas sin limitación de ninguna naturaleza, ya que conforme al artículo 56 tiene facultad para revisar retroactivamente las liquidaciones y reliquidaciones efectuadas”.⁽⁵⁷⁾ (Oficio PEP-97, 26 de septiembre de 1997).

59. Según el Tribunal, esta situación se complicó cuando la DNH, como parte de sus esfuerzos, cuestionó la metodología utilizada por las Partes para fijar las cifras incluidas en el Anexo XI.⁽⁵⁸⁾ En el Laudo, el Tribunal también analizó la relación entre el Artículo 56⁽⁵⁹⁾ y otros principios legales indicados en los párrafos 120-123 del Laudo, incluyendo las normas contenidas en la Constitución Política de la República del Ecuador, y los Artículos 1588, 1589 y 1603-1607 del Código Civil.

60. El Tribunal dictaminó entonces que la decisión de la DNH no había generado, para los propósitos del procedimiento de arbitraje, una cosa juzgada administrativa, porque la esencia de esta controversia no estaba relacionada con las normas consideradas en la Ley de Hidrocarburos, sino con un acuerdo contractual que contenía un acuerdo final de cuentas.⁽⁶⁰⁾ Si bien la DNH definitivamente estaba autorizada por ley para fiscalizar las cuentas relacionadas con la operación del Contrato de Prestación de Servicios, el Tribunal determinó que la ley no autoriza a la DNH a modificar los términos del subsiguiente contrato aprobado por las Partes, del cual la DNH no formaba parte, y el cual incluía principios y valores provisionales para completar dichos

⁽⁵⁶⁾ Laudo, 144.

⁽⁵⁷⁾ Laudo, 80.

⁽⁵⁸⁾ Laudo, 146.

⁽⁵⁹⁾ El citado Artículo 56 dice lo siguiente: “Los contratistas o asociados deberán dar las facilidades necesarias para los controles y fiscalizaciones por parte del Ministerio del Ramo, el que podrá proceder a la revisión retroactiva de los datos y registros, según los requerimientos del caso. Las auditorías realizadas por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, ya sea directamente o mediante la contratación de auditores independientes de probada competencia, previamente calificados por la Dirección Nacional de Hidrocarburos, serán actos administrativos vinculantes y se considerarán firmes, a menos que se ejerza el derecho de impugnación de conformidad con la ley”.

⁽⁶⁰⁾ Laudo, 149.

valores. Permitir semejante intervención por parte de la DNH sería una violación del principio de seguridad jurídica estipulado en el Artículo 23 inciso 26 de la Constitución Política del Ecuador. Además, el Artículo 244 de la Constitución compromete al Estado, y por ende a los organismos de gobierno, a garantizar el desarrollo de la actividad económica a través del orden legal y el otorgamiento del mismo trato legal a todas las Partes.⁽⁶¹⁾ Las conclusiones de la auditoría de la DNH podrían tener implicaciones legales para funcionarios de gobierno si éstos hubieren actuado con negligencia, ó en contra de ciertos individuos particulares o si dichos funcionarios se hubieren involucrado en un fraude, pero la auditoría de la DNH no puede resultar en la modificación unilateral del acuerdo negociado ni cambiar la naturaleza de contractual de la controversia (y por lo tanto sujeta a un acuerdo y/o arbitraje) por una controversia que es principalmente una cuestión administrativa, es decir en un acto extraño a la órbita contractual.⁽⁶²⁾

61. En las Secciones 153-161, el Tribunal revisa los antecedentes de la decisión de presentar la controversia al Consultor Dr. Merlo y declara que, antes de acordar presentar la controversia al Dr. Merlo, PETROECUADOR había solicitado la opinión del Ministro de Energía y Minas, un funcionario administrativo superior. El Ministro, luego de estudiar el tema, recomendó a las Partes que usaran el mecanismo de resolución de controversias establecido en el Contrato, que era el del CIADI. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que PETROECUADOR no podría ignorar la autorización del Ministro ni la decisión del Dr. Merlo y sostener, en cambio, que era el Director de la DNH, un funcionario de menor jerarquía que el Ministro, quién debía ser la parte legalmente autorizada a resolver la controversia.⁽⁶³⁾

El Tribunal también notó que PETROECUADOR no había tomado ninguna medida bajo la ley ecuatoriana para apelar la decisión del Consultor. En cambio, luego de esperar varios meses, decidió no reconocer ni honrar el Informe del Consultor. Cuando REP-SOL pidió entonces el arbitraje del CIADI, PETROECUADOR accedió.⁽⁶⁴⁾

b) Análisis del Comité

62. En el cumplimiento de sus responsabilidades, el Comité considera con la mayor seriedad su obligación de respetar las leyes de la República del Ecuador y presta suma atención cuando se sostiene que un tribunal se extralimitó en sus facultades al no respetar debidamente dichas leyes.

El Comité, en la preparación de su decisión con respecto al alcance de la Ley de Hidrocarburos (y otras disposiciones relacionadas, como la Ley 101 y el Reglamento de

⁽⁶¹⁾ Laudo, 150.

⁽⁶²⁾ Laudo, 151.

⁽⁶³⁾ Laudo, 161.

⁽⁶⁴⁾ Comp., 41.

Contabilidad Aplicable a los Contratos de Prestación de Servicios), ha estudiado tanto los documentos legales de Ecuador citados por las Partes así como otras referencias a la jurisprudencia y los comentarios en relación con ciertas controversias que no se consideran “arbitrables”, dado que se refieren a cuestiones que pertenecen exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales nacionales o por otras razones de política pública.⁽⁶⁵⁾

63. Los padrones legales necesarios para aceptar la anulación de un laudo ya fueron descritos anteriormente (ver 38, *supra*). Al leer las partes del Laudo que se refieren a este asunto, el Comité toma nota que las disposiciones de la Ley de Hidrocarburos y otras disposiciones legales del Ecuador han sido ampliamente consideradas por el Tribunal. Además, este Comité nota que dos de los tres miembros del Tribunal son abogados experimentados y respetados de nacionalidad ecuatoriana. Asimismo *prima facie* la decisión unánime del Tribunal no sugiere, en ningún aspecto, que no se haya considerado la ley ecuatoriana. También, como se señala en el párrafo 38 del presente, el Comité no puede anular el Laudo sobre la base de un mero error en la aplicación de la ley, sino sólo cuando no se ha aplicado la ley correspondiente.

64. El Comité ya ha resumido los antecedentes de negociación del Contrato Modificatorio tal y como se observa en el Laudo, incluyendo el abierto desacuerdo que surgió entre las partes en julio de 1997, con respecto a los cálculos finales a realizarse conforme al Anexo XI.

65. El Tribunal también resolvió que las Partes continuaron deliberando sobre las presuntas facultades de la DNH y el alcance apropiado de la supuesta revisión de la DNH. Pero al mismo tiempo, comenzaron a considerar la asignación de un Consultor para resolver la controversia, conforme a la Sección 20.1 del Contrato Modificatorio. La Sección 20.1 establece que: “Los desacuerdos sobre asuntos de carácter técnico que involucren aspectos de carácter económico y viceversa, excepto los asuntos técnicos que por este Contrato o por la Ley deben ser decididos por autoridad competente, surgidos de la aplicación de este Contrato, se someterán a los representantes legales de las Partes para su resolución. Si dentro del plazo de diez (10) días de haberse remitido el desacuerdo, éste no hubiere sido resuelto, las Partes someterán los desacuerdos sobre los asuntos expresamente indicados en este Contrato, así como aquellos que ellas mutuamente convinieren, a un consultor” (*énfasis agregado*).

66. No se ha presentado evidencia alguna que indique que, en algún momento durante las deliberaciones entre las Partes, se sugiriese que esta controversia estuviera contemplada por la excepción anterior, es decir, que PETROECUADOR hubiese alegado en algún momento que la controversia, según la ley ecuatoriana, debía ser determinada por la DNH y que, por lo tanto, no estaba sujeta a determinación del Consultor.

(65) Para un resumen de este tema véase *Redfern and Hunter, Law and Practice of International Arbitration* (2004), pp. 138-135. Véase también la Convención de Nueva York, Art. II.1 y Art. V.2(a); CNUDMI Ley Modelo Art. 34(2)(b)(i) y Art. 36 (1)(b)(i), o las deliberaciones entre las Partes sobre los ajustes a realizarse en las cifras provisionales conforme al Anexo XI.

67. Por el contrario, el Tribunal encontró que a principios de 1999, por medio del Oficio 129- PRO-A-99 (sin fecha), el nuevo Presidente Ejecutivo de PETROECUADOR consultó al Ministro de Energía y Minas con respecto a la procedencia de presentar la controversia al Consultor, especialmente por el hecho de que la DNH ya había emitido su opinión sobre las cifras objeto de la controversia.⁽⁶⁶⁾ El 20 de mayo de 1999, el Ministro respondió aprobando la presentación de la controversia al Consultor y rechazando explícitamente la presentación del asunto a terceros ajenos al contrato⁽⁶⁷⁾ (refiriéndose supuestamente a la DNH).

68. Adicionalmente, en la Sección 20.1.1 del Contrato Modificatorio, el subpárrafo (g) señala lo siguiente: “el fallo del Consultor será firme y vinculante para las Partes, salvo mutuo acuerdo en contrario y con anterioridad a la presentación de la controversia al Consultor” (*énfasis agregado*). Por lo tanto, en ese momento, PETROECUADOR pudo haber alegado, si lo hubiese deseado, que la opinión del Consultor no debía ser considerada firme, y argumentar que la decisión, según la ley ecuatoriana, estaba sujeta al control y auditoría de la DNH. Sin embargo PETROECUADOR no presentó este argumento. La controversia se presentó por acuerdo expreso mutuo de las Partes al Dr. Merlo, el 27 de mayo de 1999, y su Informe –que hizo referencia específica a su efecto vinculante conforme al Artículo 20.1 del Contrato Modificatorio– fue emitido el 7 de julio de 1999.⁽⁶⁸⁾

69. Posteriormente, el 13 de septiembre de 1999, la Presidencia de PETROECUADOR pidió al Procurador General de Ecuador su opinión respecto a si la opinión del Consultor era final y vinculante, y debía cumplirse. El 14 de octubre de 1999, el Procurador General confirmó que la opinión del Consultor era firme y vinculante, y que los contratantes estaban obligados a darle cumplimiento.

70. Sin embargo, el 17 de febrero de 2000, por motivos que no se explican, el Contralor General del Estado Subrogante en ejercicio pidió otra opinión al Procurador General⁽⁶⁹⁾ con respecto al mismo tema. El 3 de marzo de 2000, el Procurador General Subrogante respondió, en resumidas cuentas, que “la opinión del consultor es referencial y no obligatoria para las partes” ya que, según esta opinión, entre otras disposiciones legales, el Artículo 19 de la Ley de Hidrocarburos prevalecía sobre los términos del Contrato Modificatorio.⁽⁷⁰⁾ Más aún, el 5 de mayo de 2000, el Procurador General Subrogante, dejó en claro su intención de invalidar retroactivamente la opinión original del Procurador General fechada el 14 de octubre de 1999, que establecía que la opinión del Consultor era final y vinculante. El dictamen del Procurador General en

⁽⁶⁶⁾ Laudo, 90.

⁽⁶⁷⁾ Laudo, 91.

⁽⁶⁸⁾ Laudo, 95.

⁽⁶⁹⁾ Aparentemente, el Procurador General que había firmado la opinión original había renunciado o perdido su cargo.

⁽⁷⁰⁾ Laudo, 99.

ejercicio, fechado el 5 de mayo de 2000, no se dio a conocer al Tribunal, por motivos desconocidos, hasta julio de 2003.⁽⁷¹⁾

71. Por último, el Tribunal estableció que luego las Partes continuaron discusiones respecto a cómo resolver la controversia para determinar si la opinión del Dr. Merlo debía considerarse firme o no. Esta cuestión se resolvió con una carta (Oficio 380-PRO-P-2001) fechada el 9 de julio de 2001, de la Presidencia de PETROECUADOR a la Contratista, en que se acordó presentar la controversia al CIADI para su decisión, una vez que el Congreso del Ecuador hubiere finalizado con la ratificación del Convenio del CIADI. El Convenio fue ratificado por el Congreso del Ecuador el 7 de febrero de 2001, lo que le otorgó preponderancia sobre todas las otras normas legales internas de la República del Ecuador conforme al Artículo 163 de la Constitución.⁽⁷²⁾

72. Habiendo estudiado los alegatos de PETROECUADOR, el Comité no encuentra ningún fundamento para determinar que el Tribunal se haya extramilitado manifiestamente en sus facultades con respecto a la decisión de la DNH como cosa juzgada administrativa. Por el contrario, del expediente surge un patrón de conducta por parte de PETROECUADOR que simplemente no es consistente con la existencia de una cosa juzgada administrativa y que, en cambio, apoya ampliamente las conclusiones del Tribunal.

73. Como parte del nuevo contrato (Contrato Modificadorio), las Partes se obligaron a saldar y liquidar todas las cuentas que surgieran del Contrato de Prestación de Servicios. Existen abundantes pruebas, incluido el reconocimiento de PETROECUADOR de que este acuerdo se planteó como un finiquito.⁽⁷³⁾ Cuando surgió entre las partes una disputa respecto a los cálculos de las cifras finales ajustadas conforme al finiquito, PETROECUADOR amenazó con que si la Contratista no aceptaba las cifras de PETROECUADOR, éste delegaría el asunto a la DNH, que según muestra el expediente, nunca antes había estado involucrada de manera alguna en la negociación de la cláusula 26.1 o el Anexo XI del Contrato Modificadorio. Si, según sostiene ahora PETROECUADOR, la competencia de la DNH para determinar en forma definitiva las cifras conforme al Anexo XI era obligatoria bajo la ley ecuatoriana, entonces i) PETROECUADOR no habría tenido autoridad legal para transigir los reclamos de la Contratista bajo el Contrato de Prestación de Servicios, y ii) el papel de determinar las cifras finales no podría haber sido llevado a cabo por ninguna otra parte que no fuera la DNH. No obstante, PETROECUADOR intentó primero calcular las cifras por cuenta propia (sin hacer referencia a la DNH) y luego, cuando REPSOL objetó, PETROECUADOR acordó presentar la controversia al Consultor, Dr. Merlo, conforme a las disposi-

⁽⁷¹⁾ Laudo, 100.

⁽⁷²⁾ Comp., 41. El Artículo 163 de la Constitución Política dispone: “Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgadas en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.”

⁽⁷³⁾ N° 52, pp. 28-29, *supra*.

ciones del Artículo 20.1. En el proceso de presentación del asunto al Consultor, PETROECUADOR nuevamente tuvo la oportunidad, si la ley ecuatoriana así lo hubiese requerido, de intentar excluir de la consideración del Consultor ciertos elementos de la controversia, sobre la base de estar reservados a la exclusiva determinación de la DNH,⁽⁷⁴⁾ pero PETROECUADOR no lo hizo. Cuando el Dr. Merlo emitió su opinión, y el Procurador General ordenó que PETROECUADOR acatará la opinión del Consultor como firme y vinculante, PETROECUADOR no lo hizo, aparentemente con fundamento en la subsiguiente opinión contradictoria del Procurador General Subrogante.⁽⁷⁵⁾

74. Por último, incluso asumiendo que el fallo de la DNH realmente deba ser considerado como firme y vinculante y, por ende, no sujeto a revisión por la otra Parte, sería lógico que PETROECUADOR se hubiera negado entonces a presentar el asunto al CIADI para su decisión, ya que de seguirse la lógica del argumento hasta su conclusión, el asunto no habría tenido que ser arbitrable porque, en virtud de los argumentos de PETROECUADOR, ninguna otra parte tenía el derecho de modificar el fallo de la DNH. Sin embargo, PETROECUADOR no lo hizo y, en cambio acordó presentar la controversia al CIADI conforme a la Sección 20.2 del Contrato Modificatorio⁽⁷⁶⁾ y, no obstante ello, cuestionó posteriormente la competencia del Tribunal. Cuando el Tribunal decidió el asunto de la competencia en contra de los argumentos de PETROECUADOR, éste procedió a participar en la audiencia sobre los méritos presentando precisamente el mismo argumento de cosa juzgada administrativa. Estos mismos argumentos han sido reiterados en este procedimiento de anulación.

75. En virtud del Convenio del CIADI (Artículo 52(1)), el Comité solo tiene autorización para anular los laudos que contienen errores manifiestos de una gravedad tal que podrían poner en duda la legitimidad de los procedimientos. Este Comité no encuentra ningún error, mucho menos un error grave y obvio, en relación con el argumento de que el fallo de la DNH debe ser considerado como vinculante o como "cosa juzgada administrativa". Por ende, la solicitud de anulación de PETROECUADOR por este motivo es denegada.

3. Legitimación de REPSOL

76. PETROECUADOR ha alegado que el Tribunal se ha extralimitado en sus facultades porque, al contrario de lo expresado en el Laudo, REPSOL no tenía facultad de representar a todas las empresas que forman parte del Consorcio. Durante el procedimiento de anulación, PETROECUADOR también argumentó que la decisión del Tribunal con respecto a las facultades de representación de REPSOL constituyen un

(74) Nota al pie N° 9, p. 10, *supra*.

(75) Como se indica anteriormente en los párrafos 69-70, *supra*.

(76) El Comité señala que la Sección 20.2 establece explícitamente que la resolución de las controversias mediante la presentación al arbitraje es "de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del Artículo diez (10) reformado de la Ley de Hidrocarburos, y según las reglas y procedimientos establecidos en esta Cláusula".

quebrantamiento grave de una norma de procedimiento conforme al Artículo 52(1)(d) del Convenio.

a) La Decisión del Tribunal

77. En su Decisión sobre la Competencia, el Tribunal decidió que este asunto “deberá resolverse por ser típicamente de fondo en el Laudo que decida esta controversia”.⁽⁷⁷⁾ El Laudo del 20 de febrero de 2004 dio preponderancia a la falta de evidencia respecto a que PETROECUADOR hubiera argumentado que REPSOL carecía del poder para representar a las otras compañías que formaban el Consorcio. Además, el Tribunal consideró que todas esas compañías ratificaron las actuaciones de REPSOL por medio de cartas firmadas por sus representantes legales y adjuntas al memorial de REPSOL del 12 de marzo del 2003.

78. Por tanto, el Tribunal decidió “que REPSOL estaba y está facultada para actuar en nombre de las demás compañías que constituyen el Consorcio”.⁽⁷⁸⁾

b) Análisis del Comité

79. Una vez más conviene mencionar que en el sistema del CIADI el proceso de anulación no tiene nada que ver con un proceso de apelación. El papel del Comité, por lo tanto, no es examinar nuevamente el caso, sino solamente evaluar si se violaron las causales de anulación en las que se basa PETROECUADOR.

80. Quedó demostrado en el proceso arbitral que REPSOL tenía facultad de representar a las demás empresas que constituyen el Consorcio conforme a las comunicaciones de dichas empresas mediante las cuales ratifican la actuación de REPSOL a nombre de todas ellas en el proceso arbitral. En vista de la clara evidencia sobre esta cuestión presentada en el Laudo, no existen motivos para considerar siquiera que el Tribunal se extralimitó en sus facultades, más aún, dado que toda extralimitación debe ser manifiesta, este requisito claramente no se cumple en el presente caso. Por consiguiente, la solicitud de anulación por esta causal es denegada.

81. La causal de anulación conforme al Artículo 52(1)(d) asume que “el incumplimiento de la norma debe ser grave, y la norma debe ser fundamental”.⁽⁷⁹⁾ En el texto en español del Artículo 52(1)(d) del Convenio, se omite la palabra “fundamental” (antes de las palabras “norma de procedimiento”), pero esta palabra forma parte de los otros dos textos igualmente auténticos del Convenio, el inglés y el francés. Como guía, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 22 de mayo de 1969, y de la cual es signataria la República del Ecuador, estipula que en caso de existir diferencias de significado entre textos igualmente auténticos de un tratado “se

(77) Comp., 38.

(78) Laudo, 112.

(79) Schreuer, *op. cit.*, p. 970. (Traducción del Comité).

adaptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del Tratado" (Artículo 33(4)).

El propósito de las causales de anulación conforme al Artículo 52 del Convenio es permitir una excepción limitada a la finalidad de los laudos del CIADI, la cual es enfatizada por el Artículo 53.⁽⁸⁰⁾ Una desviación de una regla de procedimiento justifica, entonces, la anulación de un laudo del CIADI, sólo si la violación "llevó al Tribunal a obtener un resultado sustancialmente distinto del que habría otorgado de haberse respetado dicha ley".⁽⁸¹⁾

82. Habiendo revisado el Laudo del 20 de febrero de 2004, y luego de la debida consideración de los argumentos de las Partes, este Comité concluye que en el presente caso no existen indicios de una desviación y, mucho menos, de una norma de procedimiento, ya sea fundamental o no. Por lo tanto, la solicitud de anulación de PETROECUADOR por esta causal adicional es denegada.

4. Otros alegatos presentados por PETROECUADOR

83. PETROECUADOR, en su escrito del 4 de octubre 2004, agregó las siguientes razones a su solicitud de anulación:

- a) de orden moral, porque no se puede pagar una cifra que no ha sido parte de la *litis* y conmina al Comité a analizar ciertas resoluciones de PETROECUADOR; y
- b) de orden público, porque las leyes nacionales de la República del Ecuador, tales como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y la Ley Orgánica del Ministerio Público, obligan a las instituciones del Estado a agotar todas las instancias que las leyes permiten para impedir que un fallo de la naturaleza que fuere se ejecutorie y se ejecute.

a) Análisis del Comité

84. En consideración de estos alegatos adicionales, el Comité en principio señala que no fueron presentados por PETROECUADOR como causales de anulación, sino como alegatos adicionales en respaldo de las causales alegadas. En cuanto al alegato de PETROECUADOR (de base moral más que legal) de que no le es posible pagar una cifra que no fue parte de la controversia, el mismo no fue planteado durante el procedimiento de arbitraje. En todo caso, el análisis que se llevó a cabo con respecto

⁽⁸⁰⁾ Schreuer, *op. cit.*, p. 889.

⁽⁸¹⁾ *Wena Hotels Ltd. c. la República Árabe de Egipto* (Caso CIADI N° ARB/98/4), Decisión sobre Anulación del Laudo, 5 de febrero de 2002, 41 I. L. M. 933 (2002), párrafo 58. (Traducción del Comité).

a la segunda causal de anulación⁽⁸²⁾ de PETROECUADOR permite al Comité concluir que dicho alegato no tiene valor. De hecho, la evaluación de esa causal de anulación demostró claramente que, a partir de la solicitud de arbitraje y durante el transcurso de los procedimientos, REPSOL solicitó una cantidad específica de dinero, que el Tribunal finalmente otorgó luego de ajustar la cifra relevante sobre la base de la evidencia disponible.

85. En cuanto al alegato de que una entidad pública como PETROECUADOR tiene el deber de utilizar todos los recursos con los que cuenta “*para impedir que un fallo de la naturaleza que fuere se ejecutorie y se ejecute*”, el Comité señala que ésta posición no es objetable en principio. Sin embargo, es inherente al deber al que PETROECUADOR hace referencia, que se estudien las posibilidades de éxito de cualquier recurso disponible en vistas del valor legal de la postura que se adoptará y los costos que generará mantener dicha postura hasta su conclusión. Pero en todo caso, el Comité considera que este alegato no tiene relevancia a la hora de demostrar que el Tribunal, de cualquier modo, se extralimitó manifiestamente en sus facultades.

86. Al considerar la asignación de costos entre las partes, el Comité toma nota de que las causales para la posible anulación del laudo de un tribunal del CIADI se establecen claramente en el Artículo 52 del Convenio. Las partes son conscientes de que los procedimientos de anulación están diseñados para otorgar una reparación de daños y perjuicios sólo a causa de violaciones graves de algunos principios básicos.⁽⁸³⁾ Tales procedimientos no deben confundirse con los de un Tribunal de Apelación y, por consiguiente, sólo deben adoptarse en situaciones especiales. Los procedimientos de anulación, por lo tanto, no deben aplicarse de manera rutinaria o como un medio para retrasar la finalidad y el cumplimiento de un laudo.

87. Con respecto al presente procedimiento de anulación, el Comité ha determinado que los argumentos para la anulación no plantearon cuestiones nuevas o complejas y que ninguno de los argumentos planteados se consideraron valederos en términos de declarar que el Tribunal se extralimitó en sus facultades o que hubo un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento por parte del Tribunal.

88. El Comité también toma nota del retraso excepcional que resultó de la demora por parte de PETROECUADOR de efectuar el primer pago anticipado solicitado por el Centro, de conformidad con el Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, el 22 de septiembre de 2004 y su continua negativa a pagar los subsiguientes anticipos que se le solicitaron en relación con el procedimiento de anulación. Antes estas circunstancias, el Comité considera apropiado que PETROECUADOR asuma todos los gastos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Comité, los cuales ascienden a la cantidad de US\$307.677,15 (trescientos siete mil seiscientos setenta y siete mil dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos). En vista a que PETROECUADOR

(82) pp. 26-31, *supra*.

(83) Schreuer, *op. cit.*, p. 894.

efectúo un único pago por la cantidad US\$100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) PETROECUADOR deberá pagar a REPSOL la suma de US\$207.677,15 (doscientos siete mil seiscientos setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos). Asimismo, el Comité considera apropiado que PETROECUADOR pague también la mitad de los honorarios profesionales y costos relacionados contraídos por REPSOL en la defensa de este procedimiento de anulación; dicha mitad asciende a la cantidad de US\$20.500 (veinte mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América) de conformidad con la comunicación de REPSOL del 19 de octubre de 2006.

III. DECISIÓN

89. Por todo lo expuesto, el Comité DECIDE:

- (a) Rechazar en su totalidad la Solicitud de Anulación del Laudo presentada por PETROECUADOR el 20 de septiembre de 2004, por cuanto el Tribunal no cometió ningún error anulable y por lo tanto, se confirma en su totalidad el Laudo Arbitral emitido el 20 de febrero de 2004.
- (b) En virtud de la autoridad conferida al Comité por el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, PETROECUADOR deberá pagar a REPSOL,
 - (i) la totalidad de los gastos incurridos por el Centro en relación con este procedimiento, incluidos los honorarios y gastos de los miembros del Comité, los cuales ascienden a la cantidad de US\$307.677,15 (trescientos siete mil seiscientos setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos), de los cuales deberán deducirse US\$100.000 (cien mil dólares de los Estados Unidos de América) correspondientes al único pago anticipado efectuado por PETROECUADOR, es decir, **US\$207.677,15** (doscientos siete mil seiscientos setenta y siete dólares de los Estados Unidos de América con quince centavos).
 - (ii) la mitad de los honorarios profesionales relacionados con este procedimiento y razonablemente incurridos por REPSOL en la defensa de este procedimiento de anulación, en la suma de **US\$20.500** (veinte mil quinientos dólares de los Estados Unidos de América).

[FIRMADO]

Sr. Judd L. Kessler
Presidente del Comité
Fecha: 4 de enero de 2007

[FIRMADO]

Sr. Piero Bernardini
Miembro
Fecha: 21 de diciembre de 2006

[FIRMADO]

Sr. Gonzalo Biggs
Miembro
Fecha: 2 de enero de 2007

Decisiones Constitucionales y Judiciales

Decisiones Constitucionales y Judiciales



EXP. N° 7641-2005-PA/TC

ICA
EUSTAQUIO JIMÉNEZ
CONTRERAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 20 días del mes de marzo de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los señores magistrados Landa Arroyo, Alva Orlandini y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia:

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Eustaquio Jiménez Contreras contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 118, su fecha 12 de julio de 2005, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra la aseguradora Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, con el objeto de que cumpla con otorgarle su pensión de invalidez permanente o renta vitalicia debido a que padece de *neumoconiosis* (silicosis) en segundo estadio de evolución, enfermedad contraída mientras laboraba para la Empresa Minera Shougang Hierro-Perú S.A.A. Agrega que presentó su solicitud a la emplazada y que aún no ha obtenido respuesta a pesar de que ha transcurrido el plazo de ley.

La emplazada propone la excepción de arbitraje y contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada aduciendo que el procedimiento actual de solución de conflictos y arbitraje exige la presentación de tres exámenes médicos, de manera

que un solo examen no brinda certeza sobre el real estado de salud del actor. Asimismo, señala que contestó la solicitud del recurrente manifestándole que había perdido la calidad de asegurado ya que al momento de solicitar la pensión de invalidez ya no laboraba para la empresa empleadora, y que desarrolló la enfermedad alegada cuando la vigencia del seguro ya no le alcanzaba, razones por las cuales no correspondía abono alguno por dicho concepto, en aplicación del artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Ica, con fecha 9 de febrero de 2005, declara infundada la excepción de arbitraje argumentando que no se encuentra regulada en el artículo 446° del Código Procesal Civil, aplicable en forma supletoria; e impropcedente la demanda por considerar que no obra en autos prueba que acredite que el actor se ha sometido a las reglas de conciliación sin éxito.

La recurrida confirma la apelada por estimar que al haberse suscrito el Seguro Complementario de Trabajo con la emplazada, el actor se sometió a las reglas de conciliación y arbitraje.

FUNDAMENTOS

1. En la STC N° 1417-2005-PA, publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 12 de julio de 2005, este Tribunal ha señalado que forman parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de tal derecho, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio.

2. En el presente caso, el recurrente solicita pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer *neumoconiosis* (silicosis) en segundo estadio de evolución.

Análisis de la controversia

3. En cuanto a la excepción de arbitraje planteada por la emplazada, este Colegiado ha señalado, en el Fundamento N° 10 de la STC 6167-2005-HC, que *el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo, para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional.* Asimismo, en el Fundamento N° 14 de la referida sentencia ha reconocido *la jurisdicción arbitral y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la Ley General de Arbitraje).*

En el caso de autos, se invoca la conculcación del derecho a la pensión, que es un derecho fundamental que, como ha sido señalado en los fundamentos precedentes, se encuentra amparada en la Constitución y debe ser interpretado de conformidad con la

Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Perú sobre la materia (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución).

Asimismo, y como ha señalado este Colegiado en anterior pronunciamiento:

“[L]a pensión también se plasma como exigencia de la dignidad humana, y por ello se encuentra garantizada normativamente. Los derechos fundamentales, como instituciones reconocidas por la Constitución, vinculan la actuación de los poderes públicos, orientan las políticas públicas y en general la labor del Estado –eficacia vertical–, e irradian las relaciones *inter privatos* –eficacia horizontal–” (STC N°s 0050-2004-AI, 0051-2004-AI, 0004-2005-AI, 0007-2005-AI y 0009-2005-AI, acumulados, fundamento 72).

Dicha constatación, así como la importante vinculación que el derecho a la pensión guarda con otros derechos fundamentales –como son la vida y la salud–, puesto que de él depende la subsistencia de la recurrente, evidencia su carácter indisponible. En consecuencia, y de conformidad con el artículo 1° de la Ley General de Arbitraje, N° 26572, la excepción de arbitraje propuesta en el presente caso debe ser desestimada puesto que no se encuentra en discusión un derecho de carácter disponible por las partes.

4. Respecto al argumento de la emplazada referido a que el actor ha perdido la calidad de asegurado debido a que ya había cesado en sus labores, no correspondiéndole por tal motivo el pago de pensión alguna, este Colegiado entiende que el artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-98-SA se refiere al ámbito de aplicación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, es decir a las condiciones o requisitos que deben cumplir quienes contraten los servicios de las empresas aseguradoras, requisitos que en el presente caso fueron cumplidos por el recurrente. Interpretarlo a la manera de la emplazada significaría desconocer que aquellos trabajadores cuyas empresas empleadoras contrataron dicho seguro, adquirieron el derecho a una pensión de invalidez por enfermedad profesional, debido a que lo perdieron por no solicitar el pago inmediatamente después de que se produjo el cese laboral. Dicha interpretación constituiría una vulneración de los derechos constitucionales a la pensión y a la salud en tanto el actor padece de enfermedad profesional y por lo tanto se le estaría desprotegiendo frente a cualquier contingencia que se produjese.

5. Cabe aclarar que la neumoconiosis es una afección respiratoria crónica producida por la inhalación de polvo de diversas sustancias minerales por periodos prolongados, cuya infiltración pulmonar hace que se desarrolle la dolencia; estado patológico, crónico e irreversible que requiere de atención médica prioritaria e inmediata.

6. Si bien la enfermedad profesional que padece el actor fue declarada el 18 de diciembre de 2000, es necesario señalar que la neumoconiosis es una enfermedad progresiva y de lento desarrollo, que fue contraída por el accionante mien-

tras laboraba en la Empresa Shougang Hierro S.A.A., esto es, entre el 12 de diciembre de 1953 y el 30 de noviembre de 2000; asimismo, la neumoconiosis es reconocida como enfermedad profesional en la legislación nacional, conforme lo estableció el artículo 60 del reglamento del derogado Decreto Ley N° 18846, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 002-72-TR, recogido en la actualidad por la Ley N° 26790. Ambas normas definen la enfermedad profesional como un estado patológico que ocasiona incapacidad temporal, permanente o muerte y que sobreviene como consecuencia directa del trabajo que desempeña el trabajador (inciso k del artículo 2 del Decreto Supremo N° 009-97-SA, Reglamento de la Ley de Modernización en Seguridad Social).

7. Con el Documento Nacional de Identidad del demandante y con el Certificado de Trabajo expedido por Shougang Hierro Perú S.A.A., se acredita que el actor tiene actualmente 73 años de edad y que trabajó como obrero, empleado y al momento de su cese como palero en la Sección de Operaciones Mina, Departamento de Minería, Gerencia de Producción y Técnica; y con el Informe del Examen Médico Ocupacional expedido por la Dirección General de Salud Ambiental Salud Ocupacional del Ministerio de Salud, de fecha 18 de diciembre de 2000, a fojas 36 del cuadernillo del TC, se demuestra que adolece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución, por consiguiente, el demandante requiere de atención prioritaria e inmediata.

8. Sin embargo, en el presente caso, al no contarse con el porcentaje de incapacidad, se entiende, según lo señalado en la STC N° 1008-2004-AA, que la *neumoconiosis* (silicosis) a partir del segundo estadio de evolución genera una incapacidad superior al 66.6%, lo que genera una *Invalidez Total Permanente*, definida en el artículo 18.2.2 del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Riesgo; en consecuencia, el recurrente tiene una incapacidad igual o superior al porcentaje señalado precedentemente.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la excepción de arbitraje planteada por la demandada y **FUNDADA** la demanda.
2. Ordenar que Aseguradora Rímac Internacional le otorgue al demandante la prestación **económica que le corresponde conforme a Ley**.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
ALVA ORLANDINI
GARCÍA TOMA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

CAS. N° 825-2006-Lima

Anulación de Laudo Arbitral

Lima, 15 de diciembre de 2006

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, vista la causa número ochocientos veinticinco guión dos mil seis, con el acompañado, en audiencia pública de la fecha y producida la votación con arreglo a Ley, emite la presente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata, en el presente caso, del recurso de casación interpuesto por el Consorcio COSAPI – TRANSLEI contra la resolución de fojas trescientos diecisiete, su fecha veintiuno de noviembre de dos mil cinco, expedida por la Primera Sala Civil Sub Especializada en lo comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara fundada la demanda, y en consecuencia, nulo el Laudo Arbitral de Derecho de fecha tres de agosto del mismo año, emitido por el Árbitro Único, doctor Felipe Cantuarias Salaverry, recaído en el proceso arbitral seguido por el Consorcio COSAPI-TRANSLEI, quedando restablecida la competencia del Poder Judicial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 78 inciso 7 de la Ley 26572.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HAN DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha cuatro de abril de dos mil seis, ha estimado procedente el recurso por las cuales previstas en los incisos 1, 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, por lo siguiente: a) Contravención de las normas que garantizan el derecho al debido proceso, por los siguientes cargos: a.1) que se ha transgredido lo dispuesto por los artículos 71 de la Ley General de Arbitraje y 146 del Código Procesal Civil, en razón de que al haberse notificado el laudo el siete de

julio de dos mil cinco, el plazo para interponer la demanda de anulación de Laudo arbitral venció el veintiuno del mes y año citado, y siendo que la aclaración del Laudo arbitral ha sido declarada improcedente, la presente demanda deviene improcedente por extemporánea; a.2) que se ha infringido el artículo 93 del Código Procesal civil, en cuanto regula el litisconsorcio necesario, en razón a que no se ha notificado al Árbitro Único con la resolución que señalaba fecha para la vista de la causa, así como de la sentencia que resuelve el recurso de anulación de Laudo afectándose con ello su derecho de defensa; a.3) que la Sala Superior no ha cumplido con el procedimiento establecido en la Ley conforme el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, artículo 61 e inciso 7 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, incurriendo en una indebida motivación; a.4) que la Sala no ha demostrado la causal prevista en el inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, pues para ello era necesario que demuestre que el Laudo arbitral haya violado su derecho de defensa al resolver la pretensión de enriquecimiento sin causa y que PROVIAS hubiese objetado la interposición de dicha pretensión; a.5) que, la decisión de la Sala de amparar la causal del inciso 7 del artículo 73 de la Ley de arbitraje, no se sustenta en normas que la fundamentan debidamente violándose el artículo 122 del Código Procesal Civil; b) Aplicación indebida del artículo 53 de la Ley 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), que establece, que las controversias en la ejecución de los contratos se resolverá mediante los procedimientos de arbitraje, pues la referida norma no excluye la posibilidad de que en un proceso arbitral se discuta el pago de una suma de dinero por enriquecimiento sin causa; c) Aplicación indebida del artículo 1955 del Código Civil, sustentando en que la Sala ha aplicado la citada norma para resolver el fondo de la controversia, siendo que el proceso de anulación del Laudo arbitral está destinado a verificar el incumplimiento de las formas del debido proceso; d) Aplicación indebida del artículo 23 de la Ley 27785 (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control), en cuanto regula la inaplicabilidad del arbitraje en casos de las decisiones de Contraloría por sus atribuciones de autorización previa a la ejecución y pagos adicionales, alegándose que la materia controvertida nunca estuvo dirigida a algún acto de imperio o actividad que hubiese realizado la Contraloría e) Inaplicación de los artículos 50 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y 61 de la Ley de arbitraje, sostiene que conforme al artículo 61 de la Ley de arbitraje está terminantemente prohibido revisar el fondo de la controversia, siendo que Sala si ha revisado el fondo de la Litis al resolver sobre la viabilidad del enriquecimiento sin causa f) Inaplicación del artículo 73 inciso 7º de la Ley General de arbitraje, sostiene que la causal de anulación debe ser manifiesta, que en el presente caso el árbitro único si consideró que el tema era arbitrable, pues en ningún momento se cuestionó la decisión de Contraloría sino únicamente la de PROVIAS departamental; g) Inaplicación de los artículos 10 y 39 de la Ley de arbitraje, en cuanto regulan la forma del convenio arbitral y la facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia, siendo que PROVIAS nunca presentó oposición sobre la pretensión del enriquecimiento sin causa, por lo que reconoció que era arbitrable.

3. CONSIDERANDO:

Primero: Que, habiéndose invocado la causal relativa al error in procedendo se impone examinar primero aquella, porque su acogimiento llevará a una declaración de

nulidad, reponiendo el proceso al estado en que se cometió el vicio, lo que exime del examen de las causales sustantivas.

Segundo: Que, como lo establece el artículo 61 de la Ley 26572- Ley General de Arbitral-, el recurso de anulación del Laudo arbitral ante el Poder Judicial procede por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73 de la citada Ley y el recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Tercero: Que, en el fundamento primero de la recurrida, se enumera las causales por las cuales el Consorcio COSAPI-TRANSLEI demandado se declare la anulación del Laudo, esto es: **a)** Que el laudo arbitral ha incurrido en la causal contenida en el inciso 2º del artículo 73 de la Ley 26572, porque el Arbitro al momento de laudarse ha esgrimido argumentos que resultan nuevos dentro del proceso arbitral, como son los referidos a aspectos de naturaleza contractual; que en los numerales siete, ocho y nueve del laudo arbitral se indica y desarrolla aspectos doctrinarios ajenos a la controversia del proceso, el cual se circunscribe a aspectos de orden público; y que se le solicitó al arbitro que se pronuncie respecto a los aspectos de orden público alegados en el desarrollo del proceso, solicitud que también fue declarada improcedente sin ser resuelta en el fondo; **b)** Que, además, ha incurrido en la causal contenida en el inciso 7 del artículo 73 y en la causal del inciso 4º del artículo 1 ambas de la Ley 26572, porque la competencia de los tribunales arbitrales se encuentra circunscrita a las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen libre disposición; sin embargo, la ley establece límites, como el caso de aquellas atribuciones o funciones de prestaciones adicionales cuyos porcentajes sean mayores a los establecidos en la ley y que no hayan sido aprobados por la Contraloría General de la República, pronunciarse sobre estas y no al fuero arbitral; por lo que al haberse desestimado la Prestación adicional, PROVIAS Departamental se encuentra impedido de materializar su ejecución y posterior pago a través de la vía administrativa quedando en suspenso las consecuencias jurídicas generadas a la emisión de las Resoluciones Directorales números 294 y 795-2004-MTC/22; en consecuencia al haber desestimado la Contraloría las prestaciones Adicionales números nueve y décimo sexta el Consorcio ha sometido dicha controversia a un fuero que no corresponde. La Sala Superior en su sentencia ha declarado fundada la demanda de anulación de laudo arbitral por la causal de nulidad referida en a), como resulta de su octavo considerando; y por la causal referida como b), como fundamenta en su noveno considerando.

Cuarto: Que, la sentencia materia de casación, en su considerando siete punto cinco considera que la pretensión de enriquecimiento ilícito es, por definición, extraña a la relación contractual que pueda existir entre las partes, por tal motivo los convenios que puedan afectar a esta no resultan aplicables a aquella; señalando en su conclusión octava que al sustentar su competencia en un convenio arbitral que no lo facultaba para resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, el Arbitro Único ha lesionado el derecho a un debido proceso de la entidad demandada en el proceso arbitral, por lo que estima declarar fundada la nulidad del Laudo por la primera causal contenida en el inciso 2º del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

Quinto: Que, de otro lado en los considerandos nueve punto tres y nueve punto cuatro de la sentencia, la Sala señala que mientras la contratista utilizara los mecanismos propios del Contrato la única forma de lograr el pago de las prestaciones adicionales ejecutadas era a través de la autorización correspondiente de la Contraloría General de la República; por lo que el Arbitro Único al haber materialmente ordenado el pago de las prestaciones adicionales ha laudado sobre la materia que correspondía a las funciones de imperio de un órgano estatal y que, en consecuencia, era de competencia exclusiva del Poder Judicial, concluyendo en su noveno considerando que se declare la nulidad del Laudo por la segunda causal, contenida en el inciso 7º del artículo 73 y en el inciso 4º del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

Sexto: Que, empero, estos argumentos han quedado desvirtuados, como resulta del acta de la Audiencia de fecha veintinueve de abril de dos mil cinco, corriente a fojas quinientos catorce del proceso arbitral, en la que, entre otros, se fija como puntos controvertidos: Séptimo punto: Determinar si PROVIAS Departamental ha obtenido un enriquecimiento sin causa a costa de COSAPI-TRANSLEI, en razón que esta última ha ejecutado trabajos de emergencia sin recibir pago alguno por ellos como Octavo punto: Determinar, si corresponde que PROVIAS Departamental pague a COSAPI-TRANSLEI, la cantidad de setecientos un mil cuatrocientos ochenta y dos punto cuarenta y tres nuevos soles, más intereses, en calidad de resarcimiento por el enriquecimiento sin causa; y como Noveno punto: Determinar, si corresponde que PROVIAS Departamental pague a COSAPI-TRANSLEI, la cantidad de un millón seiscientos ochenta y siete mil punto veinte nueve soles, más intereses con relación a los trabajos que forman parte del Presupuesto Adicional número dieciséis. Cabe expresar que estos puntos están referidos a la Segunda Pretensión Subordinada y a las Pretensiones Accesorias formuladas por COSAPI-TRANSLEI en su escrito de demanda.

Séptimo: El Laudo impugnado, en su fundamentación determina las obligaciones demandadas, para resolver adecuadamente la controversia conforme a los puntos controvertidos fijados en el proceso arbitral, concluyendo en el noveno punto resolutivo de la Resolución número dieciséis de fecha tres de agosto de dos mil cinco, que corrige al Laudo arbitral, declarando Fundada la demanda en relación a la Primera Pretensión Accesorio a la segunda Pretensión Subordinada a la Pretensión Principal de XOSAPI-TRANSLEI y en consecuencia dispone que PROVIAS Departamental entregue en pago a COSAPI-TRANSLEI la cantidad de setecientos un mil cuatrocientos ochenta y dos punto cuarenta y tres nuevos soles en calidad de resarcimiento por el enriquecimiento sin causa, en compensación por los trabajos de emergencia ejecutados y no pagados.

Octavo: Es evidente que al haberse previsto este extremo en los puntos controvertidos no se está incurriendo en la causal contenida en el inciso 2 del artículo 73 de la Ley 26572, porque el Arbitro al momento de laudar los ha tenido en cuenta dentro del proceso arbitral; además, el artículo 53 de la Ley 26850 establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación arbitraje y estando en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obras se preveía que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7 del artículo 73 y el inciso 4º del artículo 1 de la Ley 26752; que a mayor

abundamiento, la Sala Superior al anular el Laudo ha infringido el artículo 61 de la Ley de Arbitraje que establece que no es revisable el fondo de la controversia, no obstante a que fluye del laudo arbitral el pronunciamiento de que la pretensión del pago de trabajos en vía de enriquecimiento indebido sin causa es arbitrable; en este aspecto PROVIAS Departamental no formuló oposición a la decisión de que se arbitre el enriquecimiento si causa, por lo que hubo convalidación tácita de que la materia fuera sometida al arbitraje, conforme lo prevé el artículo 172, tercer párrafo, del Código Procesal Civil, de aplicación supletoriamente; estos fundamentos permiten concluir que la Sala Superior ha infringido el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, artículo 61 e inciso 7 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, incurriendo en una indebida motivación; que además viola el artículo 122 del Código Procesal Civil.

Noveno: Que, de otro lado, no se advierte trasgresión de lo dispuesto por los artículos 71 de la Ley General de Arbitraje y 146 del Código Procesal Civil, pues el laudo notificado el siete de julio de dos mil cinco, fue corregido por resolución número ciento veintiséis, de fecha tres de agosto de ese mismo año, obrante a fojas seiscientos cuarenta y ocho del proceso arbitral, notificándose el cinco de agosto del año citado según cargo de fojas seiscientos cincuenta y uno del mismo expediente, por lo que este extremo resulta infundado; de otro lado no se advierte que se haya infringido el artículo 93 del Código Procesal Civil, relativo al litis consorcio necesario, pues el Arbitro no ha sido demandado en este proceso.

Décimo: Que, estando a lo expuesto, corresponde declarar fundado el recurso de casación al haber incurrido la resolución impugnada en la causal de contravención de las normas procesales contenidas en el inciso 3º del artículo 139 de la Constitución, artículo 61 e inciso 7 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, 122 del Código Procesal Civil.

4. DECISIÓN:

Estando a los fundamentos precedentes, de conformidad en parte con el Dictamen Fiscal, y en aplicación de lo previsto en el apartado 2.1 del inciso 2º del artículo 396 del Código Procesal Civil:

- a) Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas trescientos cuarenta y tres, interpuesto por el Consorcio COSAPI-TRASLEI; en consecuencia **NULA** la resolución de fojas trescientos diecisiete, su fecha veintiuno de noviembre de dos mil cinco, expedida por la Primera Sala Civil Superior Sub Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.
- b) **ORDENARON** el reenvió de los autos a la citada Sala Superior a fin de que expida nueva resolución con arreglo a ley; en los seguidos por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental (PROVIAS Departamental), sobre anulación de laudo arbitral.
- c) **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; actuando como Vocal Ponente el Señor Peña; y los devolvieron.-

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

A.P. N° 323-2005-Lima

Reconocimiento de Laudo arbitral

Lima, 27 de enero del 2006

Autos y Vistos; y Atendiendo:

Primero: Que, viene en grado de apelación la resolución número veintiuno, de fecha treintiuno de marzo del dos mil cinco, obrante de fojas ochocientos sesenta a ochocientos sesenta y cinco, que declara fundada la solicitud interpuesta por la empresa Energoprojekt Niskograndnja, y, en consecuencia, por reconocido el laudo arbitral de fecha veinte de diciembre del dos mil uno.

Segundo: Que, el inciso 11° del artículo 749 del Código Procesal Civil, determina que el reconocimiento de laudos expedidos en el extranjero se tramita como proceso no contencioso.

Tercero: Que, de otro lado, el segundo párrafo del artículo 837 del Código Adjetivo, establece que se aplican al proceso de reconocimiento de laudos arbitrales expedidos en el extranjero, todas las disposiciones generales de la sección sexta del Código Acotado, en todo lo que no se oponga a la Ley General de Arbitraje.

Cuatro: Que, al respecto, cabe señalar que el artículo 130 de la Ley 26572 “ Ley General de Arbitraje” señala que el procedimiento de reconocimiento de un laudo arbitral extranjero se tramita como proceso no contencioso; precisando el inciso 3° del mismo que sólo procede recurso de casación cuando no se hubiera reconocido en todo o en parte el laudo arbitral extranjero.

Quinto: Que, en el caso de autos, aparece de la resolución venida en grado de apelación que el Colegiado Superior ha reconocido en su integridad el laudo arbitral de fecha veinte de diciembre del dos mil uno, seguido en la ciudad de Londres, Inglaterra, Reino Unido, entre la empresa demandante y El Pacífico Peruano Suiza, Compañía de

seguros y Reaseguros; por lo que no resulta de aplicación lo previsto por el artículo 755 del Código Procesal Civil.

Sexto: Que, siendo esto así, en virtud de lo dispuesto por el artículo 369, in fine, del Código Adjetivo, devienen en ineficaces las apelaciones concedidas sin efecto suspendido y con la calidad de diferidas mediante resoluciones de fojas setecientos ochenta y cuatro y setecientos noventitrés.

Por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del propio texto legal: Declararon **NULO** el concesorio del recurso de apelación, de fecha cinco de mayo del dos mil cinco, obrante a fojas novecientos treinta y cinco; e **IMPROCEDENTE** el recurso de su propósito de fojas ochocientos noventa y siete; en los seguidos por Energoprojekt Niskograndnja con El Pacífico Peruano Suiza, Compañía de Seguros y Reaseguros sobre Reconocimiento de Laudo Arbitral; y los devolvieron.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

TERCERA SALA CIVIL

Exp. N° 1632-04

Resolución N° 24

Lima, nueve de agosto del año dos mil cinco.-

VISTOS: Con sus acompañados, interviniendo como Vocal ponente la señora Niqen Peralta; Resulta de autos que por escrito de folios cincuentidós a setentiséis Máximo Elías Herrera Bonilla, procurador público Ad Hoc a cargo de los asuntos judiciales del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provías Nacional, interpone demanda de anulación contra laudo arbitral, a fin de que se anule el laudo emitido en mayoría con fecha doce de abril del año dos mil cuatro; expone como fundamentos de hecho que como resultado de la licitación pública internacional para la ejecución de obras L.P.I. número 019-91-MTC/15.02-PERT.04-2da. Etapa, con fecha veinte de agosto del dos mil uno, el programa de rehabilitación de transportes (PRT) suscribió el contrato número 077-2001-MTC/15.02.PRT.04 con la empresa JJC Contratistas Generales S.A., para la ejecución de la obra: construcción, rehabilitación y mejoramiento a nivel de asfalto de la Carretera Chalhuanca Abancay, Tramo I: Chalhuanca – Puente Antarumi, por el monto total de cincuenta millones ochocientos sesenta y cuatro mil doscientos noventa y uno y 32/100 dólares americanos, incluido IGV, con un plazo de duración de 360 días calendario, iniciándose la obra con fecha trece de setiembre del año dos mil uno y el día treinta de noviembre del mismo año, la contratista solicita el adicional por trazo y replanteo, y mediante carta SPV número 057-/2002 del veinticinco de enero del dos mil dos presenta el presupuesto adicional por mayores costos de la partida 1-03 trazo y replanteo por el monto de quinientos noventa mil quinientos cuarenta y nueve y 61/100 dólares americanos, pedido que es declarado improcedente mediante Resolución Directoral número 340-2002.MTC/15-02.PRT-Pert, con fecha veinticinco de noviembre del año dos mil dos la contratista interpone demanda arbitral a efectos de resolver por esta vía la controversia suscitada, señala que durante el proceso se demostró que los “mayores costos” en realidad constituían un presupuesto adicional, el laudo emitido en mayoría incurre en la causal de nulidad prevista en el inciso 2) de artículo 73º de la ley general de arbitraje, por haber

admitido como prueba una “pericia de parte” presentada luego de haberse cerrado la etapa probatoria, que fuera tachada oportunamente y nunca fue actuada, que por resolución cuarenta y dos se dispuso el cierre de la etapa probatoria luego de la cual se presentó el documento irregularmente admitido denominado “dictamen pericial” del cual no se corrió traslado, que la resolución número cuarenta y tres ordena tener presente los alegatos y se cita a informe oral, el referido documento no se actuó en la audiencia, señala asimismo que el tribunal arbitral no está facultado para admitir medios probatorios en cualquier etapa del proceso; señala de otro lado que la materia no puede ser objeto de arbitraje, en razón de que el pago de mayores costos fue tramitado como presupuesto adicional y declarado improcedente pro la demandante, que de conformidad con la Tercera Disposición Final de la ley del presupuesto General de la República para el año fiscal 2004, los adicionales de obra que superen el 10% del monto del contrato original, para su pago deberán contar con la aprobación expresa de la Contraloría General de la República, el tribunal arbitral no puede dejar de cumplir con las normas presupuestarias y las normas de control del país, siendo que la materia controvertida vinculada a la aplicación de normas presupuestarias y de control que son de ius imperium del Estado no podía ser materia de arbitraje; fundamenta su pretensión en lo previsto por los incisos 2 y 7 del artículo 73º e inciso 1 del artículo 4º de la Ley 26572; admitida a trámite la demanda por resolución número diez y se corre traslado a la parte demanda JJC Contratistas Generales S.A.A. quién se apersona al proceso y contesta la demanda en los términos consignados en el escrito de folios doscientos noventiuno a trescientos veintidos, con el dictamen fiscal de folios trescientos cincuentidos a trescientos cincuentiseis, señalándose fecha para la vista de la causa, recepcionado los alegatos de ley la causa quedó al voto, y **CONSIDERANDO; PRIMERO:** Que, mediante laudo de Derecho, aprobado por mayoría de fecha doce de abril del dos mil cuatro se declaró fundado en parte la pretensión de la demandante JJC Contratistas Generales, con relación al pago de mayores costos en la ejecución de la partida número 1.03 trazo y replanteo, ordenando que la demandada- Programa de Rehabilitación de Transporte (PRT) Proyecto Especial Rehabilitación Infraestructura de Transportes (PERT) del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC)- cumpla con pagar la suma de quinientos cincuentiséis mil novecientos ocho y 95/100 Dólares Americanos (US\$556,908.95), más gastos generales, utilidades establecida en el contrato de obra e IGV a favor de la demandante; **SEGUNDO:** Que, la Procuraduría Ad Hoc, a cargo de los asuntos judiciales del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provías Nacional, cuestiona la validez del citado Laudo invocando las causales previstas en los incisos 2 y 7 del artículo 73º de la Ley de Arbitraje número 26572 por manifiesto agravio a su derecho de defensa y porque la pretensión sometida a decisión de los árbitros constituye materia no arbitrable; **TERCERO:** Que, con respecto a la primera causal precisa que la afectación se configura por el hecho de admitirse como prueba una pericia de parte presentada luego de haberse cerrado la etapa probatoria, y que nunca fue merituada, más aún el Tribunal en ningún momento corrió traslado de la misma por lo que no pudo ejercer la posibilidad de observar la pericia, no obstante los árbitros que emitieron el Laudo en mayoría han considerado que debió ser observada cuando se corrió traslado de la misma, y por lo demás la pericia tampoco fue sustentada en audiencia; **CUARTO:** Que, tal y como es de verse a folios cuatrocientos treintidós del expediente arbitral, acompañado por resolución cuarentidós del tribunal Arbitral

dio por concluida la etapa probatoria al no haber medios probatorios pendientes de actuación, concediendo el término máximo de cinco días a fin que las partes presenten sus alegatos; por lo que dentro el termino concedido JJC Contratistas Generales S.A. presentó sus alegatos escritos adjuntando al mismo un dictamen pericial en el que se establece el monto de quinientos cincuenta y seis mil novecientos ocho y 95/100 dólares Americanos por mayores costos de obra, el cual difería notablemente del determinado en el pericia actuada y observada por las partes en el proceso, hecho que por si mismo resultaba suficiente para provocar un debate en torno a ella; sin embargo, tal como se aprecia de la resolución cuarentitrés, a folios cuatrocientos cincuentiocho del citado acompañado, no existió pronunciamiento del tribunal con respecto a su admisión o rechazo proveyendo, únicamente, se tengan presentes los alegatos y citó a informe oral; que si bien es cierto Provias Nacional formuló tacha contra el dictamen en referencia por su manifiesta extemporaneidad y el Tribunal dispuso por resolución cuarenticuatro que resolvería al momento de laudar de conformidad con el artículo 301º del Código Procesal Civil; no es menos cierto que ello no sustituye el traslado y actuación del medio probatorio pues de considerar que dicho dictamen debía incorporarse y formar parte del acervo probatorio, como en efecto sucedió, debió admitirlo como medio probatorio extemporáneo y proceder a su actuación previo traslado a la contraparte, empero no lo hizo y no obstante el laudo en mayoría acogió íntegramente el cuestionamiento dictamen sin que la otra parte tenga la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción respecto de tales conclusiones, lo que evidentemente agrava el derecho de defensa del citado organismo estatal, contraviniéndose además el artículo 34º de la Ley General de Arbitraje en cuyo numeral 5) establece que los medios probatorios deben actuarse en audiencia. **QUINTO:** Que, en cuanto a que el laudo incurra en la causal de anulación prevista en el inciso 7) del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje, se debe señalar que en efecto, la Tercera Disposición Final de la Ley 28128, Ley del Presupuesto General de la República correspondiente al ejercicio fiscal 2004, los adicionales de obra que superen el 10% del monto del contrato original, deberán contar para su pago con autorización expresa de la Contraloría General de la República; sin embargo, esta disposición no se contrapone al derecho del acreedor de emplear las medidas legales a fin de obtener el pago de aquello que le es debido, sea en la vía judicial o en la arbitral, si así fue pactada; pues la ratio legis de tal norma no es otra que establecer un mecanismo de control del gasto público por parte de sus distintas dependencias, no así ha sido concebida para desalentar la exigibilidad de obligaciones en sede judicial o arbitral; de manera que la pretensión de pago de adicionales de obra, cualquiera sea el monto y proporción en relación al contrato originario, no puede constituir materia no arbitrable o en su caso no judicializable tanto mas si la autorización a que se refiere la Disposición final en comento se ha establecido únicamente para efectos del pago directo, voluntario, sin intervención judicial –habida cuenta que la ejecución de un laudo se dilucida en sede judicial– y no podría ser de otro modo por estar los organismos jurisdiccionales dotados de las potestades del ius imperium y de la coertio para el cumplimiento de sus resoluciones, estando las entidades y organismo públicos y privados obligados a acatar sus mandatos, por lo que no se requiere la autorización de ninguna otra entidad para la ejecución de los fallos judiciales y arbitrales; por lo que se concluye que la causal prevista en el inciso 7) del artículo 73º de la ley 26572, invocada por la demandante no resulta amparable,

fundamentos por los cuales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78º de la Ley 26572, declararon **FUNDADO** en parte la demanda de anulación de Laudo Arbitral emitido en mayoría, en consecuencia **NULO EL LAUDO DE DERECHO** emitido en mayoría emitido el doce de abril el año dos mil cuatro que declara infundada la tacha y fundada en parte la pretensión del demandante con relación al pago de mayores costos en la ejecución de la partida número 1.03 trazo y replanteo, ordenando el pago de la suma de quinientos cincuentiséis mil novecientos ocho y 95/100 Dólares Americanos, mas gastos generales y utilidad establecidos en el contrato de obra más el IGV a favor de JJC contratistas Generales S.A., y de conformidad con lo previsto por el inciso 2) del artículo 78º de la Ley N° 26575, **ORDENARON REMITIR** la causa a los árbitros para que éstos reinicien el arbitraje en el estado en que se cometió la violación, esto es desde la resolución número cuarentitrés inclusive; en los seguidos por Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional -Provias Nacional contra JJC Contratistas Generales S.A. sobre Anulación de Laudo. Fdo. Señores vocales – secretaria – Lo que notifico a Ud. conforme a Ley. Lima, 27 de octubre del 2005.

ARIAS LAZARTE
MENDOZA RODRÍGUEZ
NIQUEN PERALTA

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

TERCERA SALA CIVIL

EXP. N° 917-2001

Resolución Nro.

Lima, veintidós de agosto de dos mil uno.

VISTOS; Interviniendo como Vocal ponente el Señor Ferreira Vildozola; con el expediente arbitral remitido por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, **APRECE DE AUTOS: PRIMERO:** Que la Empresa San Fernando Sociedad Anónima (antes Molinos Mayo Sociedad Anónima), interpone ante esta Sala Civil de la Corte Superior de Lima **RECURSO DE ANULACIÓN** contra el Laudo emitido por el Tribunal Arbitral constituido por los doctores José León Barandiarán Hart (Presidente), Gastón Fernández Cruz y Enrique Ferrando Gamarra, resultado del proceso arbitral en los seguidos por Alimentos Protina Sociedad Anónima con ellos sobre Resolución de contrato, cumplimiento del mismo, pago de prestaciones insolutas, y daños y perjuicios, invocando como causales de anulación en el recurso de su propósito, dos causales: **Primera Causal**-La contenida en el inciso 2º del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje, pues sostienen que se ha laudado violando su derecho a un debido proceso legal, específicamente su derecho de defensa, sustentando las infracciones en lo siguiente: **a)** Que se les ha desviado de la jurisdicción arbitral de conciencia expresamente acordada por las partes, al haberse sustentando el laudo en Derecho, aplicando el Tribunal normas legales motu proprio, ejerciendo facultades iura novit curia y calificando jurídicamente pretensiones planteadas por la parte demandante, facultades todas ellas que expreso las partes no quisieron conceder a los árbitros, al pactar un arbitraje de conciencia en ejercicio válido de un derecho subjetivo autorizado por la Ley de Arbitraje; **b)** Que el laudo arbitral adolece de motivación en algunos considerandos que se precisa en el recurso de su propósito; **c)** Que el laudo arbitral contiene una motivación aparente en el considerando que también señala en el recurso; y **d)** Que el laudo arbitral se ha expedido sin ameri-

tarla prueba aportada o, al resolver en estos puntos, valorando la prueba de manera manifiestamente equivocada; **e)** Que el laudo arbitral al resolver ciertos puntos no guarda logicidad en sus motivaciones; y, **Segunda Causal.-** En la contenida en el inciso 6º del artículo 73º de la misma Ley General de Arbitraje, toda vez dicen, que se ha laudado sobre materia no sometida ni expresa ni tácitamente a la decisión de los árbitros, incurriéndose en las siguientes incongruencias: **a)** Que el laudo arbitral es extrapetita al otorgar a Alimentos Protina Sociedad Anónima un monto de indemnización por un daño emergente no demandado; **b)** Que el laudo arbitral es extrapetita al otorgar Alimentos Protina Sociedad Anónima un monto de intereses devengados respecto a periodos no demandados; y **c)** Que el laudo es ultrapetita al otorgar a Alimentos Protina Sociedad Anónima un monto mayor al demandado por concepto de gastos financieros correspondientes al ejercicio del año mil novecientos noventa y siete; **SEGUNDO:** Que, como premisa fundamental al objeto de su recurso es que el Poder Judicial, en cumplimiento de sus deberes constitucionales haga prevalecer principios elementales del ordenamiento jurídico constitucional severamente violados por el laudo cuya anulación invoca, para que se evite un grave precedente en perjuicio de la seriedad de la institución arbitral pues las violaciones que denuncia tiene una incidencia directa en el resultado económico del laudo, pues de no haberse incurrido en vicios que afecta el debido proceso, las sumas otorgadas se reducirán en más del noventa por ciento a la que han sido condenados; **TERCERO:** Que el fundamento esencial del agravio que sustenta la anulación del laudo, estriba en el hecho de que, los árbitros apartándose de la naturaleza conceptual de lo que significa un arbitraje de conciencia, se ha convertido en uno meramente arbitrario, dado que, no obstante haber manifestado que el laudo que emitieron constituía una decisión libre no sometida a la aplicación de norma legal alguna, fundamentaron sus decisiones en normas jurídicas precisas, reiteradas y puntualmente citadas como único y vital fundamento del laudo, apartándose del mandato que las partes le impusieron al solicitarles un arbitraje de conciencia y que pese a que el laudo está sustentado en derecho, incurrieron en arbitrariedad al resolver puntos críticos como valorización del daño, absteniéndose de fundamentar en derecho esa decisión, sin valorar pruebas aportadas, *“soco- rriéndose en una vaga e imprecisa invocación de la equidad”*, puntualizando además que el tribunal arbitral ha autogenerado *“una peligrosa estirpe argumental que les permite jugar con una “dialéctica diabólica”, ajena a la juridicidad que todo laudo debe respetar, sea de derecho o de conciencia”*, **CUARTO:** Que, en cuanto a la afectación del derecho a la defensa, señalan que dicho a la tutela jurisdiccional efectiva así como el derecho al debido proceso legal, inscribiéndose dentro del debido proceso legal, además de sus elementos sustanciales, la debida motivación y sustentación del fallo, que implica el cumplimiento de las siguientes pautas: **a)** La estructuración coherente de la resolución; **b)** La justificación interna de la resolución; y **c)** La debida apreciación de las pruebas; **QUINTO:** Que, en este caso, la parte resolutive del laudo no ha sido sustentada exclusivamente en lo debidamente probado, pues según dicen, han construido argumentaciones, aplicando indebidamente el derecho en base a hechos no probados (sofismas) e inducciones y conciencia real la procedencia de los montos que se les ha ordenado pagar a favor de

Alimentos Potrina Sociedad Anónima, incurriendo el laudo en motivación aparente y que al mismo tiempo adoleciendo de motivación en otros de sus considerandos afectando su derecho a un debido proceso, señalando además que en cuanto al derecho a la defensa, el derecho a la prueba, instrumental de ese derecho, el laudo trasgredió su derecho a la debida valoración de los medios probatorios al arribar a conclusiones que no se desprenden de dichos medios aportados por ellos, construyendo un argumento extrañamente favorable a los intereses de Alimentos Protina Sociedad Anónima, aparentando la existencia de razones que no existen en el expediente y que mal podrían haber existido en la conciencia de los árbitros, concluyendo en este punto *que la afectación del derecho de defensa opera recién con la expedición del laudo arbitral, es decir en el momento que concluye el proceso, que es cuando se produce la indebida valoración de los medios probatorios aportados, sin que pudieran tener la oportunidad de formular el reclamo previo y expreso a que se refiere el inciso 2º del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje*; **SEXTO:** Que, en cuanto a la denuncia del laudo por carecer de motivación, señala puntualmente **a)** En los considerandos veintiuno 21.1.4 (página 56-57) referida al descuento otorgado por Molinos Mayo a Integrados en el año mil novecientos noventa y siete, al considerarlo razonable (8.80%) advierte que el Tribunal no ha precisado ninguna consideración para determinar que dicho porcentaje de descuento era razonable y que por *ende la conclusión carece de motivación, pues, dice, no es posible por ningún medio, salvo el meramente especulativo, saber si lo razonable es aceptable por las partes en conflicto*; **b)** En la falta de motivación en el considerando 20.2.4 del laudo página 59 por cuanto “el tribunal estima con criterio de equidad que Molinos Mayo debió aplicar el costo financiero de soles 0.07 por kilogramo de pollo en los años mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, por lo tanto debe reembolsar la diferencia”. En este razonamiento dice que el tribunal incumple su deber de expresar la razón suficiente (principio lógico) por la que estima equitativo el porcentaje del costo financiero en dicho promedio y no en uno mayor o menor, agregando que no establece cuál ha sido el fundamento o documentación investigada para formar ese criterio de equidad utilizando para su fijación, incurriendo en manifiesta arbitrariedad y que esa arbitrariedad es tanto más grave si se tiene en cuenta que el costo financiero es un dato objetivo, pues está reflejado en los balances auditados de su empresa, concluyendo en este rubro que el costo financiero decidido por la equidad de los árbitros no puede admitirse bajo argumento alguno, ya que no constituye una práctica contable aceptable en ningún mercado, y si este estilo prospera, agrega, habría que poner en revisión el sistema de justicia arbitral; **c)** Que, en cuanto a la falta de motivación del considerando 26 de la página 74-75 en el que para valorizar la rentabilidad del negocio de Alimentos Protina se considera como procedimiento idóneo proyectar los flujos históricos a un plazo de repago de inversión y aplicar a ese resultado una tasa de descuento razonable, sostiene que el porcentaje que fija es manifiestamente arbitrario al invocar conceptos vagos e imprecisos y con desconocimiento de las prácticas contables vigentes; **SETIMO:** Que, en cuanto a la motivación aparente, denuncia que en el considerando 20.1.4, (página 57), en cuanto al descuento otorgado en el año mil novecientos noventa y ocho, estableciendo propor-

cionabilidad al del año anterior en relación al volumen de compra de integrados, señala que es sólo un cálculo de probabilidades que no puede ser considerado de modo concluyente como la razón suficiente de la estructura del argumento, al haberse determinado un descuento razonable, sin haber ameritado el documento que acompañaron en su escrito de contestación de demanda, marginando sus pruebas, sin expresar razón alguna y limitándose a invocar equidad para justificar su decisión, lo que demuestra arbitrariedad al descartar un elemento objetivo para estimar la razonabilidad de los descuentos otorgados: **OCTAVO:** Que, en cuanto a que el laudo se ha expedido valorando parte de su prueba, dándole un sentido que se aparta gravemente de su contenido literal, denuncia valoración indebida: **a)** En el considerando 13 (página 42), en cuanto se refiere a la comunicación que les cursó Alimentos Protina dándoles cuenta de la solicitud de insolvencia ante Indecopi, en donde no son intimados para constituirlos en mora ni son exigidos para el cumplimiento de ninguna obligación vinculada a ese hecho, sosteniendo en consecuencia que no pueden ser condenados por no haber manejado el proceso de insolvencia sino estaban obligados a ello ni tuvieron oportunidad para hacerlo, por haber precluido la etapa procesal y por haber vencido los plazos; **b)** En la valoración indebida de la prueba en el considerando 20.2 (página 59), en cuanto a que ellos venían aplicando un costo financiero superior al presumiblemente estipulado, desplazando el objetivo con lo meramente especulativo aplicando indebidamente un sucedaneo probatorio, pues no había necesidad de acudir a presunciones cuando el gasto financiero real aparece considerando en sus balances auditados, y que no han merecido objeción alguna; **NOVENO:** Que, en cuanto a que el laudo es contradictorio y no guarda logicidad entre sus motivaciones y que se niegan mutuamente, aseveran que si el tribunal consideraba que era su obligación (Molinos Mayo), tener tratativas con el acreedor solicitante de la insolvencia, resulta incongruente cuando señala que el objeto del contrato no fue la reestructuración de las empresas asociadas frente a terceros, sino la generación de flujos que permitan la reestructuración de sus obligaciones, concluyendo que el tribunal no podía sostener por un lado que tenía la obligación de manejar la insolvencia de alimentos protina sociedad anónima y contradictoriamente señalar por otro lado que esa no era su obligación contractual; **DÉCIMO:** Que, en cuanto a que se ha laudado sobre materia no sometida ni expresa ni tácticamente, a la decisión de los árbitros, señalan que al otorgar a alimentos protina sociedad anónima indemnización por un daño emergente no demandado de ha incurrido en incongruencia extrapetita, *puesto que no existe identidad entre la causa petendi de la indemnización solicitada por alimentos protina y la concedida por el tribunal arbitral*, quienes sustituyendo la base de hecho de la pretensión originaria, introduciendo una causa petendi que no era materia de arbitraje otorgan un pago por un daño emergente no reclamado y que este extremo del laudo es extrapetita y como tal debe ser anulado; Que el tribunal dicen no puede irrogarse el derecho de trasladar un fundamento fáctico invocado de manera indubitable para una pretensión ajena, a otra pretensión distinta ajena al argumento, por lo que, si el lucro cesante solicitado no corresponde, lo correcto debió haber sido declarar infundada la pretensión y no convertirla en una distinta y sorpresivamente sobreviniente, que aparte de generar indefensión,

demuestra parcialización del juzgador; y que el principio *iura novit curia*. No permite tomar hechos expuestos para sustentar una pretensión específica y trasegarlos a pretensión distinta y que este principio solo autoriza a que ante los mismos hechos discutidos y probados se aplique una ley distinta a la invocada, nada más; y que la incongruencia en este punto de la resolución sostiene está en que alimentos protina no graciosamente le concedió el tribunal porque continúa en el mercado y ejerce la actividad avícola en competencia con ellos y que la resolución del contrato le ha permitido recuperar sus activos y liberarse de la obligación de no hacer actividad competidora con ellos, y que por lo tanto alimentos protina no ha sufrido daño alguno porque sigue en el mercado, lo estuvo antes de celebrar el contrato y no hay nada que indemnizar, por lo que el tribunal ha otorgado una indemnización sin que exista daño, sin que exista culpa y sin que haya sido demandada, concluyendo en este punto que ha existido arbitrariedad y un claro prevaricato; **DÉCIMO PRIMERO:** Que, alimentos protina absolviendo el traslado conferido por resolución de once de abril del dos mil uno, se apersona a la instancia solicitando se declare improcedente el recurso de anulación, sosteniendo que lo que persigue la demandante es realmente un nuevo pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión controvertida en el proceso arbitral, en lugar de limitarse a verificar si se ha presentado algún defecto vinculado a los aspectos formales y que pueda originar la anulación del laudo que impugna; subordinadamente solicita de desestimarse la improcedencia, se declare infundado el recurso por cuanto no se han presentado ninguno de los vicios que acarrearía su eventual anulación; **DÉCIMO SEGUNDO:** Que, desarrollando su absolución manifiesta que las afectaciones al derecho de defensa que se alegan no se han dado en el proceso arbitral; que durante todo el proceso no solo se ha respetado ese derecho, sino que además el tribunal ha tenido toda flexibilidad posible en el trámite del procedimiento, no solo para efectos de que las partes sean oídas sino que además en el caso específico de la demandante, le permitió ofrecer material probatorio claramente extemporáneo, resultándoles difícil entender que se esté pretendiendo sostener que se ha violado su derecho de defensa cuando precisamente a pedido de ellos, la demandante, se señaló fecha adicional para la audiencia de informe oral, no obstante que el proceso se encontraba pendiente de ser laudado; que el demandante no logra demostrar en qué consiste exactamente la afectación y que demuestre su recurso un afán de cuestionar hasta la forma cómo el Tribunal Arbitral ha motivado su laudo cuando ésta se ha efectuado respetando todas las reglas de logicidad, conteniendo una fundamentación clara y ordenada, evidenciándose del recurso que la demandante está intentando un cuestionamiento del fondo de la controversia; **DÉCIMO TERCERO:** Que, en cuanto a la desviación de la jurisdicción arbitral de conciencia señalan que la doctrina es uniforme en considerar que en los casos en los que el arbitraje es de conciencia y se resuelve aplicando normas jurídicas, ello no implica afectación alguna al derecho de las partes a un debido proceso sino por el contrario les concede una garantía y seguridad adicional a la que tendría en un arbitraje de conciencia, y citando al tratadista, Carnacini, dicen que “aunque los árbitros no deben pronunciarse con arreglo al derecho material, deben respetar las normas jurídicas fundamentales”, por lo que, cuando se pactó un arbitraje de conciencia,

las partes no le han prohibido a los árbitros a que resuelvan la controversia en base a criterios jurídicos, sino simplemente se les amplió el campo para que el momento de resolver opten por lo más justo; Que, con respecto a la falta de motivación, de una simple lectura del desarrollo de los temas presentado en el recurso de la demandante manifiestan que se podrá apreciar que en lo que en realidad pretenden es cuestionar el fondo del laudo disfrazado sus cuestionamientos con la supuesta existencias de problemas de motivación, pretendiendo hacer creer a la Sala que el Tribunal resolvió la controversia, basándose únicamente en la equidad sin dar sustento alguno, lo que es contrario a lo que aparece a la lectura del propio laudo, puesto que cuando alude el mismo a lo “razonable”, tiene parámetros objetivos que permiten su verificabilidad, es decir comprobar cuáles fueron las motivaciones que llevaron a los árbitros a determinar que la situación es justa o razonable, abundando en este argumento con variada doctrina de los tratadistas Ghirardi, Chillón Medina y Medina Marchan y otros, puntualizando, lo que señala el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje en cuanto no se puede entrar al fondo de la controversia y su prohibición, bajo responsabilidad en este punto; **DÉCIMO CUARTO:** Que, respondiendo a la denuncia de falta de motivación en los considerandos citados por el nulidicente o motivación aparente, el absolvente señala que la lógica del Tribunal Arbitral fue en el sentido de buscar de acuerdo a su leal saber y entender la solución más justa para ambas partes, y que el criterio de lo razonable utilizado por tribunal Arbitral no fue arbitrario ni antojadizo, pues se estableció parámetros objetivos para demostrar que, por ejemplo en el descuento otorgado a San Fernando (su empresa filial en ese entonces), fue razonable y obtenido conforme a lo expresamente indicado en el propio laudo y en base a cifras recogidas de los estados de ganancias y pérdidas aportados al proceso por la propia empresa demandante; que, asimismo, con respecto a los costos financieros, la motivación de los árbitros se ha basado en lo expuesto por el propio departamento de costos de la demandante; Que, asimismo, con respecto a los demás puntos del recurso de anulación, Alimentos Protina ha venido respondiendo específicamente a cada agravio, señalando en todo caso que lo que llama falta de motivación la demandante es simplemente una estrategia para anular un laudo que simplemente no le favorece; **DÉCIMO QUINTO:** Que, en lo que respecta a que el laudo ha resuelto sobre materia que no sido sometida expresa ni tácitamente a la decisión de los árbitros, señalan que las normas que rigen un proceso arbitral tienen un nivel de flexibilidad mucho mayor que aquellos que rigen un proceso judicial; que si un juez puede adecuar los hechos alegados por las partes a los petitorios planteados, con mucha más razón atendiendo a la flexibilidad y carácter privado de los procesos arbitrales, ello puede ser realizado por un árbitro sea de conciencia o de derecho y que la Ley General de Arbitraje admite que el laudo recaiga incluso sobre materia sometida a la decisión de los árbitros de manera implícita; que, a continuación explican que el límite que tiene el juzgador al momento de resolver se encuentra fijado por el petitorio más no por la causa petendi; que su petitorio es la indemnización por daños y perjuicios y la causa petendi según señala su demanda, que el pago tiene como origen las utilidades que había percibido durante los años en que los que presumiblemente habría estado vigente el contrato, después que Molinos Mayo lo

resolvió, y que en el caso concreto propuso la pretensión de indemnización de daños y perjuicios de manera general al inicio de su escrito de demanda y que solo cometió el error al momento de especificar en qué consiste dicha indemnización, al hacer referencia a que esas utilidades dejadas de percibir eran de lucro cesante y no daño emergente, por lo que el Tribunal Arbitral procedió simplemente a adecuar los fundamentos de hecho, pero en ningún caso ha cambiado el petitorio que siempre fue el pago de un monto indemnizatorio; y, por último, con respecto a intereses devengados de periodos no demandados, en lo que el laudo sería extrapetita y por el monto mayor concedido por gastos financieros correspondientes al año mil novecientos noventa y siete por lo que sería ultrapetita, consideran, respecto a los intereses, que se han solicitado los pagos de dichos conceptos devengados por las sumas dejadas de pagar y que deberán serles compensadas con los intereses devengados calculados de acuerdo con la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva y que en todo caso se pretende discutir un problema de fondo, en cuanto a que no se les habría constituido en mora; y que con respecto a la ultrapetita que se alega en este extremo, señalan que el acápite número veintiuno de su escrito de demanda solicitaron que se “rectifique con arreglo al contrato, las liquidaciones de utilidades de los ejercicios “mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho” y que en ese extremo no existe ningún pronunciamiento fuera de lo pretendido por las partes. Que siendo esto así, debe entrarse al análisis de las cuestiones controvertidas y expedirse a continuación el fallo correspondiente; por lo que: **CONSIDERANDO: Primero.-** Que, conforme al contrato de colaboración, Cláusula Décimo Primera que corre en el proceso arbitral, las partes decidieron que cualquier diferencia que surja sobre los alcances del convenio, de sus adeudos, modificaciones, ampliaciones o de la ejecución de las prestaciones y demás obligaciones estipuladas en ellas será sometido a un arbitraje, bajo las siguientes reglas A.- El arbitraje será sometido a un Tribunal integrado por tres árbitros; Uno designado por cada una de las partes contratantes y el tercero, quien lo presidirá, designado por los dos primeros árbitros; B.- El proceso arbitral, incluida la designación de los árbitros en caso una de las partes no lo hiciera, se regulará por el Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, si hubiese comunidad de intereses las “Empresas Asociadas” o el conflicto fuese similar, las discrepancias que Molinos Mayo Sociedad Anónima podrá requerir que las “Empresas Asociadas” involucradas en la discrepancia designen un árbitro común, éste será designado conforme a las normas que regulan el arbitraje; **Segundo.-** Que, estando a lo estipulado por las partes en el ejercicio de su libertad de contratación sustrajeron efectivamente el ámbito judicial las controversias que pudieron surgir en la aplicación y ejecución del contrato de colaboración y a raíz del conflicto acaecido las partes sometiéndose a dichas reglas designaron a cada una a sus árbitros recayendo el nombramiento por parte de Protina Sociedad Anónima en el Doctor Enrique Ferrando Gamarra y por parte de Molinos Mayo Sociedad Anónima en el Doctor Gastón Fernández Cruz, quines eligieron como Presidente de l Tribunal al Doctor José León Barandiarán Hart, todos ellos abogados de reconocido prestigio en el foro nacional; **Tercero.-** Que, tramitando el proceso conforme a su naturaleza, los

árbitros por unanimidad laudaron a favor de Alimentos Protina Sociedad Anónima a pagar los montos que se señalan en el laudo y no estando conforme con ello Molinos Mayo (hoy San Frenando Sociedad Anónima) viene al poder judicial solicitando la anulación del laudo, fundándose en lo dispuesto en los incisos 2º y 6º del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje número 26572 y cuyos fundamentos se encuentra desarrollado en la parte expositiva de la presente resolución; **Cuarto.-** Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje, contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por la causales taxativamente señaladas en el artículo 73º de la Ley y el *recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia* y se resuelve declarando su validez o su nulidad, siendo prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia; **Quinto.-** Que, la potestad de administrar Justicia que le confiere la constitución al Poder Judicial, y su facultad de control de los laudos arbitrales que se sometan a su conocimiento, se encuentra enmarcada dentro de las normas señaladas en la ley de arbitraje, especialmente el artículo precedentemente citado y los que señalan especialmente los artículos cuarentiocho, cuarentinueve, cincuenta, cincuentiuno y setentitres, dispositivos que determinan su legalidad y validez, convirtiéndose en marco de garantía contra posibles desbordes y extralimitaciones que puedan darse violentando el derecho de los justiciables; **Sexto.-** Que, dentro de este marco legal, el arbitraje de conciencia que contiene el laudo no puede sustraerse en modo alguno a los parámetros estipulados en el artículo 50º de la ley, especialmente sus incisos 1º, 2º, 3º y 6º, requiriendo de una motivación razonada, tal como lo señala el artículo 51º, **Sétimo.-** Que, estando a lo expuesto, debe analizarse la denuncia de desvío de la jurisdicción arbitral de conciencia que se dice expresamente acordada por las partes a haberse sustentado el laudo en derecho, aplicando el tribunal normas legales motu proprio, ejerciendo facultades *lura Novit Curia* y calificando jurídicamente pretensiones que las partes no quisieron conceder a los árbitros al pactar un arbitraje de conciencia en ejercicio válido de un derecho subjetivo. **Octavo.-** Que, en principio debe aclararse que en la cláusula undécima del contrato de colaboración las partes no convinieron la clase de arbitraje, habiéndose aplicado al respecto el artículo 40º del Reglamento Procesal del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el artículo 3º de la Ley de Arbitraje, por lo que a este respecto no hay encargo expreso para que los árbitros prescindan de la aplicación de la normas jurídicas materiales, más bien, conforme al acuerdo adoptado en el acta de instalación del Tribunal se dispuso que en caso de vacío se aplicará la ley General de Arbitraje y las disposiciones de Código Procesal Civil; **Noveno.-** Que, si bien en el arbitraje de conciencia, conforme al artículo 3º de la ley de Arbitraje, los árbitros resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender, y en el arbitraje de derecho, conforme al derecho aplicable, ello no significa que en el arbitraje de conciencia tengan que prescindirse de la aplicación de normas materiales si la propia ley señala que resolverán conforme a sus conocimientos, además de su leal saber y entender, por lo que no constando en el encargo que deba inaplicarse normas sustanciales, no prohibiéndolo la Ley ni el reglamen-

to del centro y estando facultados los árbitros de conciencia a aplicar sus conocimientos en la resolución de los conflictos que se les sometan, es obvio que siendo las normas jurídicas sustanciales para interpretar y resolver los puntos controvertidos, dada la naturaleza compleja del tema decidendum; **Décimo.-** Que, al respecto, el Doctor Trazegnies, en su artículo publicado en la Revista "Ius et Veritas" número doce "Arbitraje de Derecho y Arbitraje de Conciencia", artículo que se citará también más adelante, señala que, "la facultad de los árbitros de conciencia de resolver según su leal saber y entender no puede ser comprendida, como una renuncia al uso de la ley y menos del derecho", además, sostiene que "aun cuando el arbitraje de conciencia pueda independizarse relativamente de ley, no puede renegar del Derecho, porque el derecho es la forma técnica de manejar los conflictos sociales" **Décimo Primero.-** Que, en la misma línea, Roque J. Caivano señala en su obra "Negociación, Conciliación y Arbitraje" página doscientos noventitrés, que "En los casos de los árbitros de conciencia, es preciso recordar que el hecho de que las partes les hayan relevado de fundamentar la decisión en derecho, no implica necesariamente que le hayan concedido potestades que puedan llevar a una decisión arbitraria ni carente de fundamento. La intención de las partes al aceptar este tipo de arbitrajes ha sido la de permitir a los árbitros apartarse de las soluciones que consagra las normas de fondo, resolviendo la controversia en función de la equidad. Esto significa que pueden válidamente morigerar el rigor que las leyes contienen en cuanto al fondo del caso y a la forma de evaluar los elementos de prueba que se arrimen a la causa, que deben priorizar ante todo la justicia intrínseca de la decisión, más allá de lo que al respecto dispongan las leyes. Pero tampoco queda claro que ello no impide a los árbitros de conciencia apoyarse en las normas, si entienden que la solución legal resulta asimismo equitativa. Si su criterio de equidad coincide con la disposición formativa, podrán invocarlos para justificar su decisión, sin que ello se convierta en árbitros de derecho"; **Décimo Segundo.-** Que, así las cosas, y analizando puntualmente cada agravio, vemos que la denuncia a la afectación del derecho a la defensa y que dicen se opera recién con la expedición del laudo, cuando se produce la indebida valoración de los medios probatorios sin que tengan la oportunidad de formular reclamo previo y expreso a que se refiere el inciso 2º del artículo 73º de la Ley. Debe relievase que desde que Alimentos Protina presentó su solicitud para la apertura del proceso arbitral, folio cero cero seis ya señalaba el pago de daños y perjuicios en forma genérica, sin hacer distingo alguno si se trataba de daño emergente o lucro cesante, lo que se repite en su demanda, folio cero cero ciento tres, al solicitar en el punto tres que se ordene el pago de los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual de Molinos mayo les ha ocasionado, fundamentándolo a fojas cero cero ciento dieciocho, para recién hacer la diferencia conceptual a fojas cero cero ciento veintidós y cero cero ciento veintitrés, en forma tal que ha diferenciado el daño emergente por sumas dejadas de percibir y el lucro cesante de acuerdo a las proyecciones del Blanco Fleming contratado por Molinos Mayo para otro Supuesto y siendo prueba incorporada al proceso los árbitros por el principio de adquisición lo han valorado adecuándolo al propósito de la composición de la litis sin que por ello pueda denunciarse incongruencia respecto del material fáctico; **Décimo Tercero.-**

Que, dentro de este contexto, los árbitros han fijado los puntos controvertidos, lo cual ha sido aceptado por la nulidicente sin ninguna objeción, señalando textualmente: a) Establecer si la carta notarial de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho remitida por Molinos Mayo a Alimentos Protina resolvió el contrato materia de litis y adicionalmente establecer de ser el caso, la fecha a partir de la cual operó dicha resolución. En caso contrario establecer si el contrato quedó resuelto por inejecución de las obligaciones de cargo de Molinos Mayo Sociedad Anónima, precisándose igualmente desde qué fecha; b) Establecer si existen o no prestaciones insolutas durante la vigencia del contrato, y si éstas deben o no ser cumplidas por algunas de las partes; y c) Establecer si procede o no el pago indemnizatorio por daños y perjuicios a favor de Alimentos Protina Sociedad Anónima y su cuantía; **Décimo Cuarto.-** Que, a este respecto y en cuanto al punto c) que se viene desarrollando, la impugnante señala que el laudo es extrapetita, sosteniendo que no existe identidad entre la causa petendi de la indemnización solicitada y la concedida por el Tribunal Arbitral, “desnaturalizando su actividad de juzgamiento imparcial al sustituir la base de hecho de la pretensión originaria, introduciendo una causa petendi que no era materia de arbitraje, estableciendo el pago por un daño emergente no reclamado, el laudo deviene extrapetita”, y agregando que “el Tribunal no puede irrogarse el derecho de trasladar un fundamento fáctico invocado para una pretensión a otra distinta ajena al argumento”; y “que el principio *lura Novit Curia* no permite tomar hechos expuestos para sustentar una pretensión específica y trasegarlos a pretensión distinta y que el principio jurídico citado solo autoriza a que ante los mismos hechos discutidos y probados se aplique una ley distinta y nada más”; **Décimo Quinto.-** Que, esta fundamentación a nuestro juicio no corresponde al sustento del principio aludido, pues justamente el artículo Sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil recogido también en el mismo artículo del Código Civil permite al juez aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, con la Única limitación de no ir más allá del petitorio, ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes; **Décimo Sexto.-** Que, Alimentos Protina Sociedad Anónima, justamente en su solicitud de inicio del proceso arbitral en el punto e (folio 1, folio cero cero cero seis) solicita el pago de los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual de Molinos Mayo Sociedad Anónima les viene ocasionando, sin hacer distinción si constituye daño emergente o lucro cesante, sólo diferenciándolo del daño moral, no otorgando en el laudo, para reiterar en su demanda el mismo concepto genérico, folio cero cero cero tres del mismo tomo, al señalar en el punto tercero de su demanda que el Tribunal ordene el pago de los daños y perjuicios que el incumplimiento contractual de Molinos Mayo Sociedad Anónima les ha ocasionado; Desarrollando fáctica y jurídicamente el concepto, y sustentando su pretensión a este respecto de acuerdo con las cifras proyectadas que les alcanzó el Banco Fleming, contratado por la propia demandante, cuando se pretendió la revisión del contrato, pruebas que obran en autos; **Décimo Sétimo.-** Que, a esta pretensión mal encuadrada jurídicamente, Molinos Mayo respondió en su contestación textualmente (en el tomo II, folio cero cero trescientos dos y cero cero trescientos tres) “que el lucro cesante

en el caso que haya existido daño debe darse sobre bases absolutamente ciertas y no hipotéticas como las que expone la demandante y que aún en el supuesto que le hubieran generado algún daño, el lucro cesante propuesto dicen que no tiene sustento mas que en simples proyecciones”; **Décimo Octavo.-** Que, el Tribunal Arbitral para corregir el sustento jurídico a este respecto, y dentro de los límites del punto controvertido ya señalado, ha adecuado los fundamentos de hecho alegados y controvertidos por Molinos Mayo, sosteniendo que: “en realidad la demandante confunde los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en función del requisito del daño resarcible consistente en la certeza de daño, toda vez que el denominado lucro cesante que persigue Alimentos Protina es hipotético. En realidad lo que debe estimarse es el valor del negocio de Alimentos Protina en el marco del el Contrato, pues eso es lo que perdió, teniendo en cuenta el costo de oportunidad que presumiblemente conseguirá después de verificarse el evento dañoso. Empero, en ambos casos, para que sea prudente su resarcimiento deben cumplirse los requisitos del daño resarcible; cuales son; la certeza del daño, que no haya sido reparado; que se cumpla con el requisito de su especialidad, esto es, que se afecte un interés de una persona o entidad que haya merecido juridicidad por el orden; y que se trate de un daño injusto” y, a partir de esta premisa desarrollan los árbitros la fundamentación doctrinaria para concluir por la indemnización por daño emergente, conforme a las consideraciones que constan del propio laudo; **Décimo Noveno.-** Que, se ha transcrito la motivación del laudo para otorgar la indemnización a Alimentos Protina, en base a una adecuación jurídica que el Tribunal se encontraba calificado para adoptar en base al principio lura Novit Curia, pues los hechos y las pruebas están en el proceso; el principio corrector resulta conducente, pues si los jueces están facultados para hacerlo, más aún los árbitros y si son de conciencia, aún más, si como dice Trazegnies”, “el árbitro de conciencia tiene la libertad de ampliar los conceptos, apreciar de una manera inédita los hechos, acogerse a pruebas no ofrecidas, pero presentes indirectamente en autos, y en general, utilizar todos los medios para solucionar el litigio que broten espontáneamente de expediente”; Que, a este respecto señala también el Doctor José Antonio Silva vallejo, a propósito de un artículo escrito en el “Tratado de Derecho Civil”, Título Preliminar, editado por la Universidad de Lima que “no solo se trata de aplicar la norma jurídica pertinente, se trata de calificar jurídicamente los hechos (causa petendi), interpretarlos y luego individualizar la norma jurídica, Operaciones lógicas que se sustentan en juicios jurídicos”; Que siendo esto así, consideramos que para el árbitro constituye también un imperativo y una responsabilidad reconducir el petitorio erróneamente encaminado, ajustándolo a los hechos invocados, no siendo en modo alguno un obrar arbitrario, como se denuncia el hecho, que lo árbitros hayan subsumido el concepto jurídico pertinente a lo que ha surgido de lo actuado y probado; **Vigésimo.-** Que, la demandante considera que se ha afectado su derecho a la defensa con la expedición de laudo, en el momento que concluye el proceso, sosteniendo que es el momento cuando se produce la indebida valoración de los medios probatorios aportados, sin que pudiera tener la oportunidad de formular reclamo previo y expreso a que se refiere el inciso 2º del artículo 73º de la Ley General de Arbitraje; **Vigésimo Primero.-** Que, debe tenerse presente en este acápite algo

concluyente: a) No compete apreciar si hubo indebida valoración de los medios probatorios, al estar limitado el proceso de anulación sólo a las causales enunciada en el artículo 73º de la Ley General de Arbitraje; b) Merituar si hubo indebida valoración de la prueba implica revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo decidido por los árbitros, lo que esta vedado en sede judicial, conforme al artículo 61º de la Ley General de Arbitraje, por lo que carece de eficacia los argumentos esgrimidos al respecto por la demandante; c) y por último, siendo el laudo de conciencia no se encuentra obligado el Tribunal al laudar a cumplir con la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión, a tenor de lo dispuesto en los artículos 50º y 51º de la Ley General de Arbitraje, no obstante que el laudo ha meritulado con holgura y suficiencia las pruebas aportadas y actuadas; **Vigésimo Segundo.-** Que, en relación a las otras denuncias de la demandante respecto a la falta de motivación en los considerandos veinte punto uno punto cuatro, veinte punto dos punto cuatro, veintiséis y motivación aparente en los considerandos veinte punto uno Punto cuatro y valoración indebida de la prueba en el considerando trece y considerando veinte punto dos y, lo contradictorio y falta de logicidad de las motivaciones del laudo se debe puntualizar; que habiéndose fijado los puntos controvertidos respecto de las alegaciones y contradicciones, tal como se ha señalado, y que las partes así lo han aceptado, el laudo no adolece de los defectos y vicios que se le causa, teniendo en cuenta lo que expresa trazegnies; “Como sabemos, la litis contestatio se forma en un arbitraje cuando las partes definen la materia controvertida en el convenio arbitral, o a falta de tal definición o como complemento de ella, cuando las partes presentan sus pretensiones al árbitro” agregando a continuación “que en general en los arbitrajes de conciencia el árbitro debe ser más flexible. Sin embargo si las partes han fijado la materia controvertida en el convenio arbitral, el árbitro no puede pronunciarse sobre nada que exceda los términos de tal convenio”; Que sobre esto hay que tener en cuenta que el convenio, ha señalado específicamente que “cualquier discrepancia que surja sobre el alcance de este convenio base, de sus adeudos, ampliaciones, modificaciones, o sustituciones, o sobre la interpretación de sus estipulaciones o en la ejecución de las prestaciones y demás obligaciones estipuladas en ellas será sometido a arbitraje” Que, de este punto del convenio y conforme a sus estipulaciones y alcances incumplidos por Molinos Mayo, las pretensiones y contradicciones se han plasmado en los puntos controvertidos ya citados, cuya resolución en el laudo no ha escapado a nada que no sea específicamente lo que la parte agraviada a impetrado y probado; **Vigésimo Tercero.-** Que, en efecto, Alimentos Protina solicita puntualmente en su demanda, los acápite citados textualmente a fojas cero ciento tres del Tomo I, desagregándolo a fojas cero cero ciento veintidós y cero cero veintitrés, (sin incluir en este punto el aspecto de la causal de resolución) y que básicamente comprende: a) Rectificación con arreglo al contrato, las liquidaciones de utilidades de los ejercicios mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, aprobándose las que están presentando, calculadas en base a la documentación entregada por la demandada para sustentar los pagos diminutos que por este concepto los efectuó; b) Reintegro de las diferencias de utilidades no pagadas por los ejercicios de mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho y c) Practi-

car y pagar la liquidación de utilidades posteriormente devengadas, que le corresponden hasta la resolución del contrato; **Vigésimo Cuarto.-** Que específicamente solicitan por el primer punto seis millones trescientos ochenta mil cuatrocientos noventa y uno nuevos soles; por el segundo punto un millón quinientos setenta y cuatro mil ochocientos treinta y siete nuevos soles y nueve mil cuatrocientos nueve dólares americanos y sobre estas sumas solicitan los intereses compensatorios en base a la tasa de interés legal fijado por el Banco Central de Reserva y que calculan en un millón ciento cuarenta y nueve mil quinientos sesenta y cinco nuevos soles (la compensación por resolución del contrato por trece millones seiscientos cincuenta y cinco mil novecientos cuarenta dólares, no lo consideramos, pues ya se trató en el primer considerando al fijarse por daño emergente no la suma peticionada sino once millones novecientos veintidós mil seiscientos veintiocho nuevos soles); Que sumados estos conceptos, sin incluir el daño emergente, arroja la suma de nueve millones ciento cuatro mil ochocientos noventa y tres nuevos soles más los nueve mil cuatrocientos nueve dólares; Que el laudo sólo les ha otorgado por los conceptos detallados en el mismo la suma de cinco millones trescientos treinta y tres mil trescientos cuarenta y ocho punto once nuevos soles, es decir, una suma mucho menor al peticionado a este respecto y cuyos rubros inciden directamente en el punto controvertido al respecto, correspondiente a “establecer si existen o no prestaciones insolutas debidas en razón de la ejecución u vigencia de El Contrato y si éstas deben o no ser cumplidas por alguna de las partes”: Que, este punto controvertido abarca sin lugar a dudas todos los conceptos que se han laudado a favor de Alimentos Protina, aunque en menor proporción a lo solicitado y que además forma parte explícita de su petitorio, dado que los intereses así no correspondan al periodo no demandado y los gastos financieros así sea en monto mayor, corresponden al punto controvertido, que por lo demás cabe integrarlos, en todo caso, al concepto de pretensiones implícitas que prevé el artículo 73º inciso 6º de la Ley General de Arbitraje que, como expresa Trazegnies, respecto de pretensiones implícitas, “Pretensiones que aunque no hubiesen sido planteadas directamente estaban implícitas de una manera u otra en la determinación de la materia controvertida” Que, siendo esto así, no cabe sobre esta parte de la denuncia analizar la forma y modo como se plantea la anulación, sin transgredir la prohibición expresa del artículo 61º ya citado; **Vigésimo Quinto.-** Que, por último, en cuanto a la falta de lógica y contradicción del laudo respecto a la interpretación de la naturaleza y alcances del contrato de asociación y las razones que dieron para declarar la resolución del contrato y su cumplimiento del mismo, favoreciendo la pretensión de Alimentos Protina Sociedad Anónima, entrar a analizar la fundamentación y las razones que llevaron a los árbitros a la conclusión respectiva, implica necesariamente una valorización del fondo de la cuestión controvertida en el propio laudo; Que, no obstante lo expuesto, cabe observar que de fojas ciento sesenta y siete a fojas ciento ochenta y cinco, los árbitros han desarrollado exhaustivamente los argumentos que fundan su conclusión para laudarse respecto a esta denuncia, concluyendo con criterio de conciencia, y señalando específicamente a fojas ciento setenta y cinco “que el objeto del contrato no fue de reestructuración de las obligaciones de las empresas asociadas ante terceros, sino la generación de flujos

que en el caso de las empresas asociadas tenía por objeto permitir la reestructuración de sus obligaciones y que por consiguiente no debe confundirse la finalidad por la cual las empresas asociadas celebraron el contrato (la causa del mismo) con el objeto de éste, para partir de esta apreciación y de otros argumentos que constan de las fojas citadas que “Molinos Mayo no ejecutó diligentemente sus obligaciones contractuales, no haciendo nada o poco para evitar que Molinos Morón Sociedad Anónima desencadenara una declaración de insolvencia de una de sus asociadas, siendo su obligación hacer su mejor esfuerzo por evitarlo, máxime si tenía bajo su control la herramienta que lo permitiría: la administración exclusiva del fondo consolidado”, concluyendo a continuación el Tribunal que Molinos Mayo *no ejercitó correcta y debidamente su derecho de apartarse del contrato*; **Vigésimo Sexto.-** Que, a continuación, el Tribunal ha desarrollado las causales de resolución que el propio nulidicente pretendió justificar con las que opuso en su demanda Alimentos Protina Sociedad Anónima, para concluir que el incumplimiento por el apartamiento injustificado del contrato por parte de Molinos Mayo, determinó a su vez que haya incumplido con las prestaciones a su cargo emergentes del contrato, conclusiones que si bien se han transcrito en este apartado para efectos de responder el agravio de la demandante, solo es por motivos de merituar el aspecto formal de dichas conclusiones de las cuales no se desprende en modo alguno falta de lógica o juicios contradictorios que puedan merecer el amparo de la nulidad solicitada, puesto que entrar a analizar concienzudamente los motivos por los cuales el Tribunal concluyó como lo hizo, necesariamente tendría que merituar la prueba y por consiguiente el fondo de la cuestión, prohibida expresamente en sede judicial, bajo responsabilidad, como ya se ha señalado; **Vigésima Séptimo.-** Por estos fundamentos y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje, no habiéndose probado las causales de anulación: se resuelve: DECLARAR INFUNDADA la nulidad petitionada por San Fernando Sociedad Anónima, y, en consecuencia válido al laudo emitido por el Tribunal Arbitral a que se refiere el presente proceso; con costas y costos.- En los seguidos por San Fernando Sociedad Anónima con Alimentos Protina Sociedad Anónima, sobre Anulación de Laudo Arbitral.-

FERREIRA VILDOZOLA

DIAZ VALLEJOS

HASEMBANK ARMAS

Comentarios Bibliográficos

Comentarios
Bibliográficos



 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA(*)

El arbitraje internacional de inversiones *vis a vis* la protección internacional de los derechos humanos: comentarios a propósito de la presentación del libro del profesor Fernando Cantuarias

INTRODUCCIÓN NECESARIA

Normalmente una presentación de un libro se centra en ponderar las virtudes del autor y de su contenido. Ello me hubiese resultado muy fácil en el caso del trabajo que publica el Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias (UPC), doctor Fernando Cantuarias pues de verdad constituye la obra más importante que yo haya visto en materia arbitral en el Perú.⁽¹⁾

Lo interesante del caso es que al analizarla, a pedido de la UPC para considerarla dentro de las publicaciones de su Fondo Editorial, la riqueza de su contenido, especialmente en relación al arbitraje en materia de inversiones, ha generado algunas reflexiones que me parece útil poner en conocimiento de la comunidad académica. Si bien por mi

(*) Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio Santistevan de Noriega - Abogados.

El presente ensayo constituye la ponencia sustentada el día de la presentación del libro del doctor Fernando Cantuarias "Arbitraje comercial y de las inversiones", realizada en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC, el 23 de abril de 2007.

(1) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC, Lima, 2007.

experiencia práctica es posible recurrir al régimen de protección a los derechos humanos en los conflictos que se derivan de la protección a las inversiones, el trabajo del doctor Cantuarias me ha obligado a ir más allá del registro y reproducción de las coincidencias para dar cuenta de las diferencias sustanciales que merecen debate y tratamiento más acucioso.

Corro el riesgo de que me ubiquen en el campo de la herejía; no sé si lo harán mis respetados amigos del mundo de los derechos humanos o más bien quienes se especializan en la protección a las inversiones. Asumo en todo caso el desafío con el ánimo de que el libro de Cantuarias y esta modesta presentación contribuyan en paralelo a vigorizar nuestra cultura arbitral y encontrar el justo medio en cuanto a la protección a las inversiones.

EL AUTOR

A costa de ser repetitivo, no puedo dejar de mencionar –como lo ha hecho mi antecesor en esta noche– al autor del libro que hoy se presenta en la UPC. Mi amistad con Fernando Cantuarias Salaverry se ha forjado no hace más de diez años, cuando él era Director de COFOPRI y yo el Defensor del Pueblo y ambas instituciones compartían el mismo edificio en la esquina de Ucayali con Azángaro en el Centro de Lima. Pero esa amistad se ha fortalecido especialmente luego de mi paso por la vida pública, a partir de mi retorno a la práctica privada del derecho con una alta y conocida incidencia en el campo arbitral. Ahora bien, no es que quiera decir que diez años no es nada, pero tengo que reconocer en público que Fernando y yo podemos decir que nos conocemos desde hace más de un siglo. En efecto, la amistad entre sus antepasados arequipeños y los míos se proyecta muy lejos en el tiempo, probablemente desde inicios de los 1800s en que el primer Santistevan se asentó al pie del Misti mientras que los Salaverry y los Llosa ya estaban allí de mucho más tiempo atrás.

A pesar de los lazos de amistad que nos une, como profesional del derecho y del arbitraje y como catedrático invitado por esta Casa de Estudios, debo ser imparcial en esta noche con respecto a la obra que se me ha encomendado comentar. Y la verdad es que puedo serlo muy fácilmente pues el libro que se presenta tiene méritos que toman vida

propia, más allá de quien lo escribió. Pero me gustaría subrayar, volviendo al autor del libro, estas tres cosas:

- (i) Ubicar a Fernando como el profesional del arbitraje mejor informado que hay en el país (el libro, sus dimensiones y su contenido lo demuestran),
- (ii) Describirlo como la única persona que, a mi conocimiento, dedica el 100% de su tiempo al arbitraje, tanto en la práctica, como en la actividad académica que desarrolla con brillo en esta universidad, y
- (iii) Reconocer en Fernando al árbitro que se perfila con mayor proyección nacional e internacional, gracias a las dos condiciones anteriormente mencionadas, lo cual no resulta una novedad pues así lo han publicado revistas especializadas.

No es casual, entonces, que los principales pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú hayan estado referidos a un proceso constitucional que él se vio obligado a presentar en defensa de la actividad arbitral (el famoso expediente N° 6167-2005-TC/PHC que por cierto lleva su nombre). Tampoco es casual que las otras tres sentencias que ha emitido el Tribunal sobre materia arbitral, en sendos procesos de amparo, tengan relación con el mismo arbitraje en el que juntos hemos participado como árbitros. Lo cierto es que –por los vericuentos de lo que Jorge Basadre llamó “el azar en la historia”– el precedente de observancia obligatoria que ha emitido el Tribunal Constitucional en materia arbitral –con el propósito de inmunizarlo frente a intervenciones espurias de los jueces que, promovidos por las partes, han pretendido erosionar la autonomía del arbitraje– lleva el nombre del autor del libro que comento y por ello mismo es citado como “El caso Cantuarias Salaverry” en clases universitarias, ensayos jurídicos, piezas jurisprudenciales de los tribunales y laudos arbitrales que no pueden dejar de referirse a él en circunstancias en que la autonomía de la institución del arbitraje pueda estar en riesgo.

Si ya el doctor Fernando Cantuarias está consagrado en el arbitraje nacional con un caso que lleva su nombre, es perfectamente natural que la doctrina nacional esté grabada, para los próximos años, con ese mismo nombre a propósito de la obra que nos presenta que no dudo en llamarla monumental.

LA OBRA

Sería ocioso referirse a todo lo que Fernando ha escrito con precisión y abundante sustento doctrinario. No hay afirmación que no esté debidamente sustentada con citas bibliográficas de impresionante precisión en el derecho nacional y en el derecho comparado, con particular prolijidad en el campo del derecho anglosajón, gracias a su familiaridad con el sistema norteamericano y a su Magíster obtenido en Yale. Fortalece su trabajo intelectual con puntuales referencias a nuestra legislación y a la Ley Modelo UNCITRAL, así como a los tratados internacionales aplicables al arbitraje (el Convenio de Washington que crea el CIADI, la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá, los instrumentos de la Comunidad Andina de Naciones, los del MERCOSUR, los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones, los Tratados de Libre Comercio que contienen un capítulo sobre promoción y protección de inversiones y arbitraje, por mencionar los más importantes) .

Puede decirse entonces que lo que dice el autor, a quien no le falta apasionamiento en su argumentación, ni compromiso con la promoción del arbitraje, está exhaustivamente fundamentado como corresponde a quien quiere hacer obra jurídica de rigor indiscutido y de valor reconocido como lo ha hecho el profesor Cantuarias Salaverry.

Lo que más me ha impresionado es el carácter abarcativo del libro que me tocó leer, por encargo de la Universidad, y recomendar para su publicación, que hoy se presenta a la comunidad académica de la UPC, a la comunidad jurídica nacional y la de negocios del Perú. Partiendo de la “inevitabilidad del arbitraje” en el mundo actual, en el que se multiplican las transacciones y se globaliza la inversión, el arbitraje se yergue como un régimen de solución de controversias caracterizado fundamentalmente por dos elementos esenciales: su neutralidad y su eficacia. Neutralidad, más allá de las soberanías trasnochadas, en el campo de las inversiones. Eficacia, por las garantías de especialización que puede lograr durante un proceso más flexible que el jurisdiccional común y por un régimen de colaboración de las partes en conflicto que intervienen por propia voluntad desde que deciden celebrar un convenio arbitral hasta que se ejecuta el laudo que contiene la decisión de los árbitros.

Así, el autor dedica buena parte de su obra al arbitraje comercial, siempre con referencia a la ley vigente en el Perú, de la que él fue autor, a su aplicación, a sus ventajas y a sus reconocidas carencias, que exigen –como Cantuarias lo propone– reformas en las que él mismo ha participado, para llegar a un modelo de arbitraje competitivo con los estándares internacionales de solución de conflictos comerciales. Pero también se ocupa el libro del arbitraje de inversiones que involucra a Estados con particulares y que, por lo tanto, viene adquiriendo personalidad propia en el mundo jurídico y en el mundo de los negocios internacionales. Esta última (el arbitraje de inversiones) es la parte que –con acuerdo del otro distinguido comentarista de esta noche y reputado árbitro, el doctor Alfredo Bullard–, me propongo desarrollar brevemente.

Los dos Capítulos finales sobre el arbitraje en materia de inversión y su aplicación en el Perú.

- **Importancia del arbitraje para el desarrollo de las inversiones en el Perú**

No tengo que convencer a los asistentes a este acto sobre la importancia de la inversión para el desarrollo del país. Hablando nada más que de las necesidades de infraestructura, la institución privada especializada –AFIN– calcula que se necesita atraer más de 21 mil millones de dólares para hacer frente a la expansión de redes y la construcción de obras de infraestructura que nos garanticen un nivel adecuado de competitividad en el mercado global. Pues bien, en un continente caracterizado por el irrespeto a las reglas de juego de largo plazo –reglas que la inversión en infraestructura requiere de manera estable por la envergadura de sus proyectos y el nivel de costos hundidos que ella supone–, no siempre dichas reglas han brindado estabilidad y confianza. Menos aún se ha admitido un sistema de solución de conflictos que sea eficiente y neutral para atraer la inversión y ponerla al servicio de toda la sociedad.

- **La protección diplomática de antaño**

El libro describe cómo en la visión tradicional de los negocios y las inversiones, quienes arriesgaban su dinero en los países sub desarrollados

como el Perú recurrían (entre finales del siglo XIX y principios del XX) a la protección diplomática si en alguna de nuestras repúblicas la decisión gubernamental se imponía sobre las cláusulas contractuales. Ejemplos hay varios en el Continente. En el Perú podríamos referirnos al conflicto de los yacimientos de La Brea y Pariñas que marcó la política nacional por más de medio siglo. Pero, por mi experiencia en México, tengo grabados los registros históricos que hasta hoy dejan huella en ese país, de la participación directa del Embajador de los Estados Unidos en México, ante el propio Presidente Lázaro Cárdenas, inmediatamente después de la nacionalización de las empresas petroleras norteamericanas en dicho país ordenada por don Lázaro.

- **El remedio de la Cláusula Calvo**

Y así los ejemplos (con intervenciones militares de potencias extracontinentales, en algún momento en Venezuela) se multiplicarían a tal punto de que la reacción de la diplomacia y el derecho latinoamericanos produjeron la Cláusula Calvo que, al llegar a ser constitucionalizada, exigía dos condiciones: (a) la renuncia expresa a la protección diplomática en el caso de controversias entre Estados e inversionistas, lo que en rigor hasta hoy se mantiene; y (b) el sometimiento obligatorio del inversionista a los tribunales de justicia del país anfitrión para resolver cualquier controversia suscitada, pues lo contrario equivalía a afectar la soberanía del Estado en cuestión.

- **La creación del CIADI**

Como otras muchas construcciones jurídicas latinoamericanas, la Cláusula Calvo fue digna, ingeniosamente construida, defendida con ardor por todas las Cancillerías de nuestros pares; pero muy poco efectiva para la promoción de las inversiones que nuestros países necesitan. Tuvo que venir, como lo señala Cantuarias, la limitación evidente del modelo cepalino de “desarrollo hacia adentro”, la crisis de la deuda externa y el descalabro de los populismos, para que América Latina viese con buenos ojos la creación del CIADI que es justamente el mecanismo diseñado hace cuarenta años por las organizaciones financieras internacionales para permitir un sistema de solución de controversias de inversión que –si bien excluye como corresponde, la intervención

diplomática del Estado del que es nacional el inversionista afectado—excluye también la vía de solución en la jurisdicción nacional.

El CIADI abre en materia de inversiones un camino arbitral en el que el inversionista particular y el Estado, que presuntamente ha incumplido las garantías y seguridades otorgadas a la inversión, resuelvan el diferendo por medio de un Tribunal Arbitral internacional. Ofrece, además, garantías especiales para la ejecución de los laudos emitidos por estos Tribunales CIADI, que Cantuarias Salaverry describe con precisión y sustento en la experiencia comparada de esta institución internacional que ha cumplido ya cuarenta años de existencia. Esta figura —el arbitraje internacional en materia de inversiones— no solamente es nueva en el derecho sino que está en un verdadero proceso de creación, bajo modalidades de especial interés que el libro registra escrupulosamente y que a mí me parece importante destacar en esta oportunidad.

- **La legitimación del inversionista para demandar al Estado ante un tribunal arbitral internacional**

Lo primero que sorprende es comprobar que el arbitraje de inversión supone una exclusión de la soberanía nacional para llevar la solución de las controversias al campo internacional. ¿Es esto una cesión de soberanía, tan frecuente hoy en el mundo? ¿O se trata más bien de un responsable ejercicio de la soberanía del Estado que se somete al Convenio CIADI o Convención de Washington —como se le conoce— para brindar un marco adecuado de resolución a disputas entre el inversionista y el Estado, que los poderes judiciales nacionales no pueden dar debido a la natural sospecha de que no van a ser absolutamente neutrales frente al Estado nacional al que estos últimos pertenecen?

Yo prefiero quedarme con esta última interpretación, exclusión de la jurisdicción nacional en ejercicio conciente de la soberanía, para advertir que no es, ni mucho menos, la primera vez que se crea una instancia internacional que resuelve con valor de la cosa juzgada las controversias que se producen entre particulares y el Estado en un país determinado. En mi caso, al haber dedicado varios años de mi vida al derecho laboral desde la perspectiva internacional de la OIT y al haber destinado más años todavía a los temas de derechos humanos, no me llama la atención que un campo particular del Derecho tenga como

palabra final un tribunal internacional que resuelva asuntos que pertenecen a la relación interna del Estado con los ciudadanos del país, o con los extranjeros que escogieron sus tierras para radicar inversiones que deben generar legítimos frutos a los accionistas del exterior que hoy en día, en su gran mayoría, son los pensionistas del mundo desarrollado.

- **Los precedentes de legitimación de particulares frente al Estado en el Derecho Internacional**

¿Acaso no vemos que sentencias de nuestros tribunales son anuladas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, ¿por qué nos sorprendería, entonces, que Tribunales Arbitrales Internacionales resuelvan controversias entre el Estado y los inversionistas, nacionales o extranjeros, sobre la base de un tratado debidamente suscrito por el Perú?, ¿nos llamaría la atención si un tribunal de esta naturaleza protegiese las inversiones de un peruano, o más claro de las AFPs del Perú, o de comunidades indígenas o nativas frente a un Estado receptor que puede ser Bolivia, Argentina o los Estados Unidos (en cuanto esté operativo el Tratado de Libre Comercio) que pudiese haber afectado arbitrariamente los derechos y expectativas asociadas con dicha inversión en el exterior?

Planteo esto pues Cantuarias pone de relieve discusiones bizantinas sobre la soberanía y el arbitraje a propósito de conocidos laudos que resolvieron diferencias entre lo pactado en Contratos de Estabilidad Tributaria y las consecuencias de leyes del Congreso, o de acciones de la Administración del Estado, laudos que posteriormente han pretendido ser cuestionados por Comisiones del Congreso. Lo han pretendido hacer, sin efecto práctico por el momento, pero con una clara falta de comprensión de la evolución natural de la protección de la democracia, los derechos humanos y las inversiones, que han previsto instancias internacionales, precisamente para fortalecer el sistema judicial interno o para excluirse de él en aras una mayor neutralidad y especialización de las decisiones.

- **¿Existe un parangón entre la protección a los derechos humanos y la protección a las inversiones?**

Resulta interesante aquí hacer un parangón entre lo que importa la protección internacional a los derechos humanos y la protección a las

inversiones. Ambas tienen como característica común que un particular (ciudadano o ciudadana en el primer caso, inversionista en el segundo) tiene legitimación activa para demandar al Estado ante una instancia internacional (la Comisión de Derechos Humanos como antesala de la Corte Interamericana, en el primer caso; y el arbitraje en el CIADI para efectos de inversiones en el segundo).

La afirmación que hago, sustentada en la lectura atenta del libro del profesor Cantuarias, no es nueva. Cremades⁽²⁾ lo dijo anteriormente en los siguientes términos:

“La postura convencional en derecho internacional es que los tratados no crean derechos ni obligaciones directas para los individuos privados. No obstante, el derecho internacional público ha reconocido de forma creciente que los Estados parte en algunos tratados, en especial los que se ocupan de derechos humanos o de protección a las inversiones, pretenden la creación de derechos de las partes privadas frente a los Estados. Esta intención se ha puesto en práctica mediante el reconocimiento de la ‘capacidad procesal’ de los individuos para hacer valer estos derechos frente a los Estados, a través de reclamaciones dirigidas contra los mismos”. (citas en el original omitidas)

Fíjense que en ambos casos, lo que en la práctica se busca es recurrir a un tercero, fuera del territorio y por encima de las presiones del Estado, que tenga la neutralidad suficiente como para decir el derecho, con la validez de la cosa juzgada, de una manera que pueda obligarse al Estado incumplidor a respetar derechos fundamentales, reponer situaciones al estado anterior a la violación de éstos y, de ser necesario, ordenar indemnizaciones por los daños causados.

En materia de derechos humanos, aquí en el Perú, todo esto resulta cosa de todos los días (y hasta motivo de encomio, que comparto). Pero si se trata de decisiones sobre disputas en materia de inversión, en

(2) CREMADES, Bernardo, “La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: La protección contractual de los tratados”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Bogotá, 2004, p. 89.

las que un Tribunal Arbitral le enmienda la plana a la actuación del Estado, lo que venga de la instancia internacional resulta para algunos sospechoso y todavía difícil de aceptar.

No es que no distinga en términos de valores absolutos entre la gravedad de una lesión al derecho a la vida, o al derecho a la libertad, de lo que suponen contravenciones en asuntos de negocios e inversiones que se cuentan por millones. Pero tampoco es que no podamos y debamos reconocer que detrás de la inversión –que pone dinero cuantioso para una explotación legítima de recursos, servicios públicos o infraestructuras en el país– están en ejercicio derechos fundamentales –que yo no dudo en calificarlos como derechos humanos– como la propiedad, reconocida en la mismísima Declaración Universal de los Derechos Humanos, la libertad de contratar, la libertad de empresa y la legítima retribución a la inversión realizada y a la gestión eficiente que garantiza su rendimiento.

Y, como lo dije hace un momento, los intereses que hay detrás de una inversión garantizada pueden ser tan legítimos como los de los fondos previsionales de los peruanos, y de los ciudadanos del mundo, que aspiran con todo derecho a recibir los frutos de la inversión realizada en beneficio de las pensiones de sus aportantes y jubilados.

- **Algunas diferencias relacionadas con este parangón**

Tal vez las dudas sobre la legitimidad de esta comparación, que Cantuarias Salaverry explica con precisión en las páginas 560 en adelante del libro que hoy se presenta, citando a Cremades y Cairos –y que Walde ha desarrollado recientemente con referencia a la asimetría en las relaciones del inversionista con el Estado receptor– vengan del hecho de que el sistema jurisdiccional internacional de protección interamericana de derechos humanos está finalmente en manos de magistrados designados por los Estados, con claras atribuciones públicas; mientras que los arbitrajes están en manos de árbitros particulares, elegidos por las partes para cada caso concreto y que en definitiva no tienen ninguna vinculación con los Estados que contienen ante ellos.

Pienso que esta es una típica construcción abstracta, tan cara a los abogados de origen latino, que, como decimos en la jerga del gremio:

“no resiste el menor análisis”. En efecto, no acepto la idea –y, de plano, la rechazo– de que los magistrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los comisionados que integran la Comisión, tengan vínculo de subordinación con los Estados que los proponen y con la Asamblea de la OEA que los nombra. Yo mismo he sido designado Juez *Ad Hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para resolver un caso contra el Perú y en ningún momento me sentí –ni lo hubiera aceptado– que recibiera presiones para decidir la controversia planteada contra el Estado peruano.

Nada más alejado de la realidad. Si así fuera, simplemente las causas a favor de los ciudadanos no prosperarían. Los Estados sancionados por la Corte Interamericana no se quejarían de ello aludiendo a la supuesta inicial animadversión hacia el Estado demandado, lo que por cierto no refleja la realidad. Pocos al juzgar el tema del sistema de protección interamericano de derechos humanos toman en consideración que las causas que llegan a nivel internacional son las que no han merecido sentencias estimatorias de derechos en el régimen interno. Esta circunstancia pone de por sí en el fiel de la balanza que –bajo el principio de última *ratio*– corresponde, en un buen número de casos resolver a favor del ciudadano que ha perdido en las instancias nacionales.

Pero tampoco puedo decir que los tribunales arbitrales internacionales tienen, por ser personas privadas, una inicial predisposición contra el Estado que es demandado, pues la independencia de la que gozan es tal que si encuentran razón en la decisión a tomar a favor del Estado, la sostendrán sin amarraduras comprometedoras en las resoluciones y laudos que emitan.

- **El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna como factor de diferenciación**

Es probable, eso sí, que admitido el paralelo entre protección a los derechos humanos y protección a la inversión –como sistemas que facultan al particular a demandar en pie de igualdad a un Estado ante instancias de jurisdicción y resolución de conflictos a las que no puede acceder la mano larga de la presión del aparato del Estado– tenga como diferencia sustancial que, para llegar a los niveles de decisión en el

exterior, en materia de derechos humanos es necesario recorrer el camino que franquea la jurisdicción interna. No hay manera de acudir directamente –sin pasar por los tribunales nacionales– a la Comisión o a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, salvo casos de excepción extrema, pues éstos son mecanismos de protección de naturaleza fundamentalmente rectificatoria de las decisiones internas calificadas como arbitrarias, que tienen finalmente un efecto restitutivo y, eventualmente, reparador de derechos.

No es así el arbitraje internacional en materia de inversiones. La tendencia de los árbitros internacionales viene manifestándose en contrario pues, más a menudo de lo que suponemos, el inversionista –después de un pedido conciliatorio generalmente previsto como paso previo al arbitraje– va a llegar con su demanda directamente a la instancia internacional. Pero va a llegar sin utilizar siquiera (menos agotar) los recursos de la jurisdicción interna.

En otras palabras, el sistema de protección internacional a los derechos humanos es un régimen *complementario* a la jurisdicción nacional. El arbitraje internacional de inversiones es verdaderamente un sistema *alternativo* a la jurisdicción nacional, como lo es el arbitraje nacional, en el que los tribunales arbitrales cada día están ampliando el campo de su competencia bajo la cláusula de la nación más favorecida en seguimiento de la doctrina establecida en la resolución de competencia del caso *Maffezini versus El Reino de España*, que según lo refiere Cantuarias Salaverry en la página 622 en adelante, está abriéndose camino a favor de la exclusión de las vías nacionales. Ello supone una mayor incidencia del arbitraje internacional directo en el campo de las inversiones.

Y encuentro que hay una lógica arbitral favorable a este razonamiento. El arbitraje *per se* supone una decisión de las partes que suscriben un convenio arbitral de excluirse de la jurisdicción común para escoger una vía alternativa de solución de conflictos. Desde esta perspectiva, si el agotamiento de la vía interna no está expresamente pactada, es más congruente con la naturaleza del arbitraje que el Tribunal que vaya a resolver la controversia lo haga directamente, sin intermediación previa, salvo que las partes hubiesen acordado lo contrario.

- **La publicidad del proceso como elemento de diferenciación**

También hay una diferencia en los procedimientos internacionales de derechos humanos y los arbitrajes de inversión. Los primeros son eminentemente públicos, una vez concluida la etapa investigatoria que realiza la Comisión y recibidos los descargos del Estado, caracterizados inclusive por audiencias en la Corte Interamericana que son abiertas a los medios de comunicación y a la participación en el proceso de las víctimas y de terceros coadyuvantes bajo la modalidad de los *amicus curiae* que cada vez adquieren mayor atención.

Los arbitrajes internacionales son reservados y la reserva está reputada, junto con la neutralidad, como una de las ventajas esenciales del arbitraje en todas sus modalidades. Sin embargo, a pesar de lo esencial de la confidencialidad implícita en el arbitraje, cabe advertir que las controversias de inversión suponen un alto grado de asuntos de interés público que resulta difícil mantener en privado y menos legitimarlos en el secreto de los arbitrajes. Para comenzar, a diferencia del arbitraje comercial, los laudos en materia de inversión se publican y son de fácil acceso a través del CIADI. Pero también es cierto reconocer que se viene formando una tendencia hacia una mayor apertura en los arbitrajes de inversión cuyos tribunales comienzan a admitir la intervención de terceros interesados, nuevamente bajo la figura de un *amicus curiae*, que probablemente irá en ascenso conforme se presenten más casos arbitrales y se comprenda la envergadura de decisiones cuyo impacto en la sociedad es particularmente relevante en materia inversionaria.

- **Marco de derechos previamente codificado**

Señalo finalmente dos puntos en los cuales encuentro diferencias entre la protección a los derechos humanos y las inversiones. En primer lugar, la diferencia entre las Convenciones de carácter universal y regional en el primero de los casos que comenzaron (a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos) por codificar en el derecho internacional el catálogo de garantías y libertades de toda persona por el simple hecho de serlo. Este *corpus* internacional multilateral, que constituye el marco referencial necesario que debe merecer el pleno respeto

por parte de las legislaciones internas de los países y las decisiones que los tribunales tomen, precedió a la creación de los órganos jurisdiccionales en materia de derechos humanos que no han hecho otra cosa que referirse a él e interpretarlo expansivamente para solucionar las controversias que las personas individuales plantean en contra de los Estados.

Me parece que está ocurriendo lo contrario en el campo de la protección a las inversiones. Para comenzar no hay propiamente una codificación internacional que establezca los derechos y garantías que los Estados deben dar a los inversionistas. Lo que se ha dado es una proliferación de tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones, que se calculan por los miles en el mundo, en los que los Estados establecen garantías y seguridades que si bien responden a un patrón común (mínima intervención del Estado para afectar el derecho de propiedad, no discriminación, garantías de estabilidad y repatriación de utilidades) no son todas iguales en cada uno de los casos ni tienen necesariamente un tronco común.

- **Mayor preponderancia de lo que resuelven los tribunales arbitrales en materia de protección a las inversiones**

Por ello es que los tribunales arbitrales en materia de inversiones, están desarrollando una enorme cantidad de precedentes jurisprudenciales que están estableciendo principios y criterios de interpretación de las garantías y seguridades al inversionista que no están escritos en ningún tratado ni han sido objeto de acuerdo explícito por parte de los Estados. Es en este contexto que se viene hablando de un Derecho a la Protección de las Inversiones que está en formación y que se nutre más de precedentes de lo resuelto por los árbitros que de otra fuente del derecho. Se recurre entonces a una *lex mercatoria* rediviva así como a los principios y criterios del derecho internacional en el que la costumbre, como el derecho comercial, adquiere valor generador de derechos.

Aquí si hay una singular diferencia, pues en materia de previsibilidad (la madre de las virtudes que le podemos exigir al Derecho y a cualquier sistema de justicia) ella es más posible en el campo de la protección a los derechos humanos que en el de la protección a las inversiones en el que la construcción que hacen los tribunales arbitrales es mucho más amplia y menos anticipable.

- **Las imprecisiones en cuanto a la aplicación del derecho internacional en los arbitrajes sobre inversiones**

Y para terminar, el libro de Cantuarias en materia de arbitraje de inversiones, me ha llevado también a advertir un campo no bien definido en la evolución actual de esto que está convirtiéndose en una rama del Derecho y que se está configurando como una especie autónoma en el campo del arbitraje. Me refiero a la aplicación del Derecho Internacional al momento de tomar las decisiones arbitrales.

Desde luego, si se trata de una controversia en la que está en juego la aplicación de un tratado bilateral de protección y promoción de inversiones, bajo cualquiera de sus variantes, o normas multilaterales protectivas (como pueden ser de la Organización Mundial de Comercio y de la Comunidad Andina de Naciones en nuestro caso) no tengo dudas que es indispensable recurrir al Derecho Internacional. Pero no siempre es así en los arbitrajes de inversión.

Puede ocurrir que la controversia se lleve, por acuerdo entre las partes, a un arbitraje internacional, por ejemplo en el CIADI, pero que ésta verse sobre un contrato regido internamente por el derecho nacional del país receptor y su Constitución. Ocurre entre nosotros que al brindarles garantías a los inversionistas, suscribe el Estado Peruano –a través de alguna de sus agencias– Convenios de Estabilidad Jurídica, o Contratos de Concesión, que remiten a un arbitraje en el CIADI para la solución de las controversias.

Es legítimo en estos casos preguntarse, ¿dicho tribunal, normalmente conformado por árbitros extranjeros, aplicará la ley nacional y la Constitución del Perú –como de hecho lo plantea el artículo 42 de la Convención de Washington– o someterá las normas internas al escrutinio del Derecho Internacional? Cantuarias Salaverry plantea la discusión que se da a este respecto indicando la tendencia creciente a someter la legislación interna al escrutinio del derecho internacional, extremo que –según entiendo– nunca fue previsto por los funcionarios y autoridades que suscribieron en su momento contratos con cláusula de arbitraje internacional.

Esta tendencia ha sido objeto de crítica, desde el punto estrictamente jurídico, pues expresa una corriente expansiva de la protección a

la inversión extranjera que puede cerrar las puertas a futuros contratos a favor de nuevos inversionistas, ya que de consolidarse volvería a revivir añoranzas de desempolvar fórmulas, como la cláusula Calvo, que monopolizan la solución de controversias en los tribunales de justicia de las naciones receptoras de inversión, que, por cierto, yo no deseo promover.

Todas estas reflexiones han sido provocadas por el privilegio que he tenido de leer el original del libro que presenta el doctor Cantuarias y releerlo para la preparación de la presentación de esta noche. Esta grata tarea ha provocado mi curiosidad profesional y ha desencadenado reflexiones que no se quedarán aquí sino que, estoy seguro, llevarán a debates entre los que si creemos en el arbitraje como solución de controversias en el campo de la protección de inversiones y quienes no lo creen pues ven en él todos los fantasmas de la malignidad de un capitalismo que se ha revelado fortalecido y en transición a inicios del siglo XXI.

Pues bien, éstas son precisamente las reacciones que a mi juicio producen las buenas obras de los buenos autores como la que hoy nos ha presentado Fernando Cantuarias Salaverry. Él no solamente debe estar orgulloso de lo que ha hecho hasta ahora con este libro, cuya resonancia profesional es para todos evidente. Fernando debe también estar preocupado por la responsabilidad que en el futuro le toca de superar, sin remedio, la primera edición de su libro *Arbitraje comercial y de las inversiones*”.

Felicitaciones entonces doctor Cantuarias Salaverry por lo logrado. Pero con nuestro aplauso van también la advertencia de que estaremos midiendo la superación de lo que en el futuro produzca con la alta valla que usted mismo, hoy se ha puesto.

Muchas gracias a todos por su atención.

Eventos Destacados

Eventos Destacados



✍ JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA(*)
ADRIÁN SIMONS PINO(**)

La presencia del Perú en la 5ª Conferencia Internacional de Arbitraje: perspectiva comparada y de 360 grados

Celebrada en el Hotel Biltmore, entre el 21 y el 23 de febrero de 2007, la 5ª Conferencia Anual de Miami sobre Arbitraje Internacional, organizada por el Centro Internacional para la Solución de Controversias –el brazo de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) para el arbitraje internacional– convocó a distinguidos árbitros, abogados litigantes especializados en la materia y a jueces de latinoamericanos, así como norteamericanos. Destacó el evento en relación al Perú debido a que contó por primera vez con una significativa participación de nuestro país.

¿Por qué Miami? Hay que saber, como se informó en la Conferencia, que Miami es la segunda ciudad norteamericana en materia de arbitraje internacional, solamente superada en este campo por New York. En otras palabras, la sede de la 5ª Conferencia es una de las primeras cinco ciudades en el mundo que atraen casos controversiales para ser

(*) Panelista en la 5ª Conferencia Internacional de Miami sobre Arbitraje Internacional realizada en dicha ciudad los días 20 y 21 de abril del presente bajo la organización del *Internacional Center for Dispute Resolutions*. Fundador de Santistevan de Noriega Abogados y Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(**) Panelista en la 5ª Conferencia Internacional de Miami sobre Arbitraje Internacional realizada en dicha ciudad los días 20 y 21 de abril del presente bajo la organización del *Internacional Center for Dispute Resolutions*. Socio del Estudio Berninzon, Loret de Mola & Benavides. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

resueltos conforme a la ley del Estado de la Florida sobre arbitraje internacional.⁽¹⁾

Los 360 grados de enfoque desde una perspectiva comparada

Bajo el sugestivo título de: “Una visión de 360 grados”, la 5ª Conferencia se caracterizó por presentar todos sus temas arbitrales orientados hacia: (a) una visión integral de los asuntos, bajo el lema 360 grados; y (b) una perspectiva comparada e intercultural entre la tradición del *common law* y la en América Latina heredada del sistema continental europeo. Por ello es que en todas las actuaciones de la Conferencia –consistentes en sesiones plenarias sobre temas específicos y en “tertulias” de discusión abierta, durante las tardes, organizadas en grupos más pequeños para profundizar sobre aspectos puntuales de la discusión– se cuidó siempre de que participaran representantes de la práctica de ambas tradiciones, de la latinoamericana y de la estadounidense.

La Presidencia de la Conferencia

En esta oportunidad, presidió la conferencia José Astigarraga, destacado abogado norteamericano con experiencia acumulada en litigios internacionales en América Latina, los Estados Unidos, Canadá y Europa. La firma que ha fundado en Miami, *Astigarraga Davis*, se proyecta como un “bufete boutique en litigación” con claras proyecciones internacionales. José Astigarraga, aparte de su trayectoria como abogado litigante internacional, reúne también la condición de experimentado árbitro a quien le corresponde en estos momentos la Vicepresidencia para las Américas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres.

Lo encomiable de la Presidencia de la Conferencia en manos de Astigarraga fue su entera dedicación a que se logaran los ambiciosos resultados que sus organizadores se habían propuesto y su cuidado, durante las sesiones plenarias y las “tertulias”, de que en enfoque comparativo *common law* / tradición vigente en América Latina de origen continental europeo tuviera siempre que ser tomado en cuenta.

(1) Fuera de los Estados Unidos, París, Londres y Ginebra integran se cuentan entre las primeras cinco sedes arbitrales del mundo.

Visión integral del arbitraje y abordaje compasivo USA - LA

La visión integral que se impuso en la conferencia (los famosos 360 grados) supuso que el empeño de los organizadores estuviera orientada a cubrir todos los puntos de vista involucrados en un arbitraje. Comenzando por los abogados corporativos, en la preparación de la cláusula arbitral de un contrato, los árbitros en la solución de controversias, el papel de los mediadores, el de los abogados en la defensa de las partes en el proceso arbitral y el papel de los jueces en la ejecución de los laudos. No fue pues una sucesión de presentaciones aisladas sino un ejercicio de 360 grados para debatir y profundizar desde cada una de las perspectivas que se presentan del inicio al fin de un arbitraje, incluyendo la etapa de ejecución fuera de la sede arbitral.

Los abogados de las grandes corporaciones frente al arbitraje

En la primera sesión de la conferencia, se contó con la participación de abogados corporativos (calificados como “*in house*”) de grandes empresas norteamericanas y latinoamericanas que recurren al arbitraje internacional para solucionar las controversias emanadas de los contratos que suscriben. Participaron por el norte, abogados de Bechtel Corporation de San Francisco y Carlos Humberto Dobal de Morotola en Miami. Por el sur de nuestro continente estuvieron los abogados de Petrobrás y de Ambev Carlos César Borromeu y Martim Della Valle, respectivamente.

Se les pidió que ellos expusieran sus puntos de vista como abogados de las partes desde antes de que surja una controversia arbitral: comenzando por la redacción de las cláusulas arbitrales, elección de un arbitraje *ad hoc* o uno administrado, la selección de centros de arbitraje en este último caso y de las sedes de los tribunales. Se les solicitó que comentaran sobre el nombramiento de los árbitros y el balance de satisfacción por los objetivos logrados con el arbitraje, la ejecución de los laudos y la apreciación, como abogados de parte, de los costos involucrados.

Quizá lo más significativo de la sesión estuvo relacionado con el peso de la tradición y el prestigio logrado por los grandes centros mundiales de arbitraje para que los abogados de las corporaciones interna-

cionales, sea del norte, sea del sur, recomienden a sus clientes (típicamente la Cámara de Comercio Internacional de París o la Corte Arbitral de Londres, o su correspondiente en Ginebra, a pesar del lugar destacado que ha logrado Miami como sede arbitral internacional).

También debimos tomar nota de la tendencia que viene fortaleciéndose en los Estados Unidos de recurrir con mayor frecuencia a la mediación como método alternativo de solución de conflictos para dejar al arbitraje como última posibilidad. Se mencionó que el grado confrontacional que este último siempre importa y lo que se consideran altos costos involucrados en el arbitraje invitan a mirar como alternativa recurrir cada vez más a mediadores profesionales. A la mediación, como veremos más adelante, se le dedicó una sesión específica.

Árbitros americanos versus árbitros latinoamericanos ¿grandes distancias o grandes acercamientos?

Siguiendo en esta perspectiva de 360 grados, tocó a los árbitros de Latinoamérica confrontar sus experiencia con los norteamericanos, representados por el conductor de la sesión James Carter del Estudio Sullivan & Cromwell de New York, William W. Park, profesor de Boston University y reputado árbitro internacional y Horacio Grijera Naón profesor de la Washington University y ex Secretario General de Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, así como experimentado árbitro internacional residente en los Estados Unidos, Gamboa Morales de Chalela & Gamboa de Bogotá y Jorge Santistevan de Noriega de Santistevan de Noriega – Abogados de Lima, este último además Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

Algunas diferencias conceptuales

Aparte de una breve presentación del arbitraje en cada uno de los países de los árbitros latinos representados, la discusión se condujo a lo que se quería debatir: las grandes diferencias entre el enfoque de un árbitro americano y el de uno latino. Evidentemente, la insistencia de nuestro colega colombiano Gamboa Morales de subrayar el

carácter jurisdiccional del arbitraje y la importancia de su reconocimiento constitucional (tema totalmente ajeno a la ley, la realidad o las preocupaciones norteamericanas) llevó en un inicio a pensar en el océano insalvable de diferencias que podía separar a los árbitros del norte con los del sur del continente.

Sin embargo, llevada la discusión a temas más concretos de la práctica arbitral, se fueron descubriendo los acercamientos que, en muchos casos, son más relevantes que las diferencias. Para comenzar quedó claro que el fenómeno que hemos vivido intensamente en el Perú de ver cómo se manipula el sistema legal para pretender lograr la intervención de los jueces del Poder Judicial en los procesos arbitrales, antes de la emisión del laudo, no es exclusiva del Perú ni excluyente de América Latina.

Se dieron numerosos ejemplos en los que en Norteamérica a través de medidas judiciales (*injunctions*) las partes buscan igual propósito en los arbitrajes y en los procedimientos de ejecución de los laudos. Por el contrario, se reconoció que una posición firme como la adoptada por el Tribunal Constitucional peruano para inmunizar el arbitraje de intervenciones externas, judiciales o de otro orden, y permitir el control de las cortes *ex post* resulta más beneficiosa para la salud del arbitraje que cualquier construcción teórica sobre su jurisdiccionalidad.

- *¿Aplicamos el cross examination?*

¿Dónde estuvieron las diferencias y dónde las similitudes? Estaban por ponerse de manifiesto las diferencias debido al interés de los abogados americanos de saber si un tribunal arbitral integrado por árbitros latinoamericanos admitiría el interrogatorio directo de los testigos (el llamado *cross examination*) tan caro a los litigantes del norte del continente. Es verdad que la manera como se conduce el procedimiento y se actúan los medios probatorios puede depender del sistema legal dentro del cual esté insertado el tribunal arbitral y que el derecho latinoamericano es tradicionalmente más inquisitorial y basado en la prueba escrita que el *common law* que es adversarial y privilegia la prueba oral.

Pero es también cierto que los árbitros, como directores del proceso, gozan de un amplio margen de discrecionalidad y flexibilidad.⁽²⁾ Por ello, las similitudes se fueron descubriendo cuando, sobre la base de la flexibilidad y autonomía del arbitraje, con el marcado grado de discrecionalidad que le brinda el sistema a los árbitros,⁽³⁾ un interrogatorio directo no solamente era teóricamente posible sino, en algunos casos, promovido por los árbitros latinoamericanos en su empeño por descubrir la verdad de los hechos que permitiese resolver mejor la controversia planteada.⁽⁴⁾ Quedó claro que para los latinoamericanos el arbitraje no necesariamente se rige por las reglas procesales de la legislación común ni siquiera a título supletorio.

- *¿Es admisible el **discovery** en América Latina?*

No sólo ello, querían saber los participantes si reaccionábamos de distinta manera los árbitros latinos a los pedidos de *discovery*⁽⁵⁾ cada día más utilizados en la litigación norteamericana y tan sofisticadamente puestos en práctica por los abogados de New York.⁽⁶⁾ En efecto, en la

(2) CANTURIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC, Lima, 2007, p. 132.

(3) RUBIO GUERRERO, Roger, “Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”, en: *Thémis*, N° 53, Lima, 2007, trata adecuadamente el tema de la discrecionalidad del arbitraje en las pp. 22 y ss.

(4) CANTURIAS SALAVERRY explica que en países con legislación arbitral basada en la flexibilidad “*los árbitros suelen combinar las prácticas de ambos sistemas legales*” y para afirmar ello cita numerosos trabajos que así lo reconocen. *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 132-133, nota de pie N° 85.

(5) *Black’s Law Dictionary* (2004, 8th edition) also states that discovery is:

“1. *The actor process of finding or learning something that was previously unknown <after making the discovery, the inventor immediately applied for a patent>.*

2. *Compulsory disclosure, at a party’s request, of information that relates to the litigation <the plaintiff filed a motion to compel discovery>. The primary discovery devices are interrogatories, depositions, requests for admissions, and requests for production. Although discovery typically comes from parties, courts also allow limited discovery from nonparties.*”

(6) La preocupación sobre el tema es tan sensible para los abogados norteamericanos que en la Primera Conferencia Anual sobre Arbitraje Internacional de Miami del año 2003. Peter Straub había presentado una ponencia titulada “Discovery: How to Live Without it?”.

litigación moderna –y esto lo permiten las normas de los Estados Unidos, concretamente las reglas del Capítulo V de las *Federal Rules of Civil Procedure*, en especial los artículos 26 a 37 que versan sobre *Deposition and Discovery*–⁽⁷⁾ una de las partes puede solicitar que el juez o el tribunal arbitral ordene a la otra que le abra sus archivos para buscar información que le es desconocida a la parte que la solicita y que puede ser relevante para su defensa en el proceso. Y esta solicitud de *discovery* puede producirse antes de que se haya presentado la demanda arbitral. A pesar de que los manuales norteamericanos sobre arbitraje minimizan el *discovery*⁽⁸⁾ y su vigencia parece creciente porque fue objeto central de la discusión en la sesión de la 5ª Conferencia dedicada a poner de manifiesto la experiencia de los árbitros de las dos tradiciones vigentes en el Continente. La discusión sobre la pertinencia de esta modalidad de obtención de evidencias en el arbitraje transnacional ya ha sido puesta de manifiesto en anteriores eventos arbitrales.⁽⁹⁾

Este mandato de *discovery* puede traducirse en interrogatorios que se le transmiten o declaraciones que se solicitan a la otra parte (*depositions*) y/o en pedidos de brindar o mostrar información acumulada que pueda tener relevancia para el proceso. Todo ello puede llevar, en casos extremos, a actuaciones de los abogados de la contraparte que se dedican a “pescar” evidencias (se les conoce en la jerga litigiosa como *fishing expeditions*) que, de otro modo, no serían conocidas ni obtenidas para ser presentadas en el juicio arbitral. La institución del *discovery* por cierto no es pacífica en los círculos estadounidenses y no está exenta de críticas por la manera en que puede perforar el secreto empresarial,

(7) La mayoría de las reglas procesales adoptadas por los Estados de la Unión Americana siguen las reglas federales en esta materia. Los tribunales arbitrales, por lo que se dijo en la Conferencia, siguen en efecto las mismas reglas en materia de *discovery*.

(8) Vid. COOLEY, Jhon W. / LUBET, Steven, *Arbitration Advocacy*, Second Edition, NITA, 2007, p. 27; y la primera edición del mismo Manual bajo la autoría de Jhon W. Cooley en el mismo sentido.

(9) Vid. CREMADES, Bernardo M., “Managing Discovery in Transnational Arbitration”, en: ponencia presentada en la Conferencia *El Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: La Perspectiva del ICC*, Corte Internacional de Arbitraje de ICC, Miami, 2003; y del mismo autor “Powers of the arbitrators to decide on the admissibility of evidence and to organize de production of evidence”, en: *The ICC International Court Of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, N° 1, 1999, pp. 49-54.

afectar las relaciones entre países y el secreto de Estado en litigios internacionales, así como por los costos que implica lo que la convierte en mayormente utilizable por la parte más poderosa en el juicio común o arbitral.

Aunque no puede negarse que hay diferentes tradiciones entre el *discovery* en el *comon law* y las reglas de “búsqueda de la verdad” o “prueba de los hechos” en el sistema europeo continental,⁽¹⁰⁾ tampoco aquí se presentaron las grandes diferencias entre los árbitros de una y otra tradición. Las diferencias anotadas están relacionadas con el mayor o menor derecho que tienen las partes de colaborar con la búsqueda de la verdad, solicitando una –a través del tribunal arbitral– documentación y evidencia en posesión de la otra que pueda ser descubierta a propósito del *discovery* y convertirse en relevante para el proceso; mientras que en el sistema europeo continental el juzgador cumple un rol más proactivo y las partes no tienen el derecho de pedir documentación, ni la obligación de abrir sus archivos, para que la otra la revise y haga hallazgos evidenciales relevantes.

Los árbitros latinoamericanos explicamos que las leyes de arbitraje –que como la del Perú se ciñen a la ley Modelo de UNCITRAL– y la práctica del arbitraje deja en manos de los árbitros el aceptar cualquier técnica probatoria que contribuya a conocer la verdad de la situación jurídica planteada y a tener acceso a toda evidencia que mejor contribuya a resolver la controversia,⁽¹¹⁾ por lo que no habría inconveniente

(10) Una muy interesante presentación de las diferencias está hecho por LOWENFEL, Andrewsx A., *Internacional Arbitration and Litigation*, Second Edition, Saint Paul, Minn: West Group Chapter VIII, pp. 736 y ss.

(11) Vid. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú, desarrollo actual y perspectivas*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, p. 332: “Al ser los árbitros los absolutos directores del proceso arbitral, ellos están generalmente facultados para ordenar la actuación de pruebas que consideren pertinentes (...) Las únicas exigencias que normalmente se establecen en razón de los principios de defensa, contradicción e igualdad, son las de notificar a las partes con la debida antelación de la celebración de las audiencias y de poner en conocimiento de las partes todos los documentos y pruebas que aporten durante el proceso arbitral”.

Vid. CASTILLO FREYRE, Mario / OLIVERA PIÉLAGO, Khris, “El derecho a probar y las facultades de los árbitros en cuanto a las pruebas”, en: *Arbitraje y debido proceso*, Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, pp. 308-309, oportunidad en la que los

para admitir modalidades de *discovery* como en efecto vienen ocurriendo en el marco de las reglas de la buena fe procesal.⁽¹²⁾

- *¿En base a qué se toman las decisiones?*

Y por último, una diferencia, que puede considerarse significativa, en las percepciones de los árbitros en uno y otro lado del continente, está referida a la pregunta que hizo el conductor de la sesión James Carter *¿Sobre la base de qué deciden los árbitros?, ¿influyen en ellos las argumentaciones de los abogados?* William W. Park, dejó muy claramente sentada su posición como árbitro internacional norteamericano:

autores, sobre la base del artículo 37 de la Ley General de Arbitraje del Perú (que prevé que los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas, afirman lo siguiente: *“La pertinencia de las pruebas es la relación que éstas guardan con lo que es objeto del proceso arbitral y con lo que constituye **thema decidendi** para el árbitro. Asimismo, la pertinencia expresa la capacidad de los medios probatorios utilizados para formar la definitiva convicción del árbitro.*

La apreciación de la pertinencia o no de la prueba propuesta corresponde al árbitro, quien puede descartar la práctica de aquellas pruebas que resulten innecesarias para la fundamentación de su decisión o que no se hayan propuesto de acuerdo a lo establecido en las leyes.” (cursivas en el original transformadas en negritas)

- (12) Una orden de *discovery* puede ser dictada en nuestro sistema por la vía cautelar. Es muy importante para ello tomar en cuenta lo que enseña Fernando Mantilla sobre este aspecto. Vid. MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje, una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 145-146: *“Al estudiar la eventual concesión de la medida cautelar, el árbitro, a menos que las partes lo hayan indicado lo contrario, no está sujeto a ningún tipo de derecho procesal nacional (df. infra, art. 15). Ni el derecho procesal del lugar del arbitraje ni, mucho menos, las normas procesales del derecho nacional llamado a regir el fondo de la controversia, tienen vocación alguna para regir la concesión de medidas cautelares por el árbitro. El árbitro podrá decidir sobre la procedencia de la medida cautelar de acuerdo con los hechos concretos y las reglas jurídicas que considere apropiadas y teniendo en cuenta la eficacia de dichas medidas. Por las mismas razones, a diferencia del juez que tan solo podrá ordenar las medidas permitidas por el ordenamiento jurídico de su foro judicial, el tipo de medidas que pueda ordenar el árbitro no está limitado por la Ley de Arbitraje. Así podrá ordenar medidas no sólo tendientes a garantizar la ejecución del laudo, sino a evitar un daño irreparable, preservar las pruebas o a facilitar su aportación al arbitraje. Sin embargo, es posible que la ejecución forzada de dichas medidas conozca tropiezos si, en el ordenamiento jurídico del lugar de ejecución, el tipo de medida cautelar ordenada por el árbitro no es admisible conocida. Es importante anotar que el árbitro tiene amplia discreción sobre la necesidad, tipo y cuantía de la caución que puede exigir a la parte requirente.”* (cita en el original omitida)

afirmó que su decisión se vería fuertemente influenciada por la manera en que los abogados de las partes presentan su caso y argumentan frente al tribunal arbitral.

Contrariamente, una voz tan precisa como la de Grijera Naón –con años de experiencia en el arbitraje internacional al norte y al sur del Río Grande– dijo que como árbitro decidía “sobre la base de lo actuado en el expediente”. A ello se sumó Santistevan de Noriega afirmando que lo hacía “en función de lo que haya sido probado y que permita formar convicción para definir el resultado de la controversia”.⁽¹³⁾ Esto llevó a concluir a algunos participantes que: en la tradición y en la práctica de Norteamérica los abogados juegan una buena parte del partido; mientras que en la latinoamericana la tarea decisiva parece corresponder a los árbitros.

En todo caso, los panelistas –y en particular el conductor James Carter– convinieron que, más allá de las diferencias de cultura y de idioma, así como de las características propias de argumentación que se han desarrollado en Norteamérica, se podía hablar hoy en día de un arbitraje internacional *blended*, esto es convergente e integrado,⁽¹⁴⁾ capaz de incorporar elementos de la mejor cepa de cada uno de los sistemas a favor de soluciones a disputas de carácter legal surgidas en materia comercial y de inversión, que permite resolverlas en el marco de confianza, neutralidad, reserva y prontitud que el mundo global reclama.⁽¹⁵⁾

(13) Lo afirmado por cierto no significa menosprecio por los informes orales de los abogados ante el Tribunal Arbitral. Son valiosos los aportes que al efecto ha hecho Shoschana Zusman. Vid. ZUSMAN T., Shoschana, “¿Cómo maximizar el Informe Oral?”, en: *Thémis*, N° 53, Lima, 2007, pp. 105 y ss.

(14) Vid. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., p. 132, nota de pie N° 85 en la que cita numerosos trabajos sobre la armonización de las diferencias culturales y la práctica arbitral integradora de los sistemas culturales que se vienen desarrollando en el mundo lo que está materializado en las Reglas de Evidencia del *International Bar Association* que consagra un sistema híbrido para el arbitraje internacional que se ubica entre la obtención de pruebas en general y la producción de documentos en particular.

(15) Coincidentemente en nuestro país RUBIO GUERRERO ha anotado: “*La globalización del arbitraje es una honda expansiva que viene uniformizando legislaciones y viene consolidando principios, usos y costumbres en todo el mundo. Se trata de una nueva pax romana para la solución de las controversias internacionales, donde confluyen y se cruzan inversas*”

- *El trabajo de un caso hipotético para la mediación y la argumentación de los abogados ante un tribunal arbitral*

Metodológicamente, la conferencia giró en torno a un caso hipotético expresamente elaborado para ser discutido en las sesiones plenas y en las “tertulias”. El caso estaba basado en un contrato celebrado en los Estados Unidos entre un inversionista que se asocia con un empresario de la construcción de Brasil para llevar a cabo un proyecto inmobiliario en nuestro vecino país sobre la base del financiamiento a ser obtenido localmente. Sin embargo, en la ejecución contractual surgen problemas de obtención de licencia, asuntos de orden laboral y –lo más importante– frustración en el logro del financiamiento local, lo que paraliza el proyecto.

La controversia, que se llevó primero a nivel de conciliadores y luego a nivel arbitral, giró en torno al cumplimiento de las obligaciones contractuales con respecto a la obtención del financiamiento. Para el inversionista norteamericano, obtener el financiamiento era una obligación implícita del contratista brasileño quien, entre otras cosas, era quien conocía la plaza y tenía el *know how* para lograrlo. Para el brasileño, era natural que el inversionista norteamericano, por el solo hecho de serlo, tenía la obligación de suplir el esfuerzo no logrado a nivel doméstico y contribuir activamente a obtener el financiamiento.

Este caso hipotético dio lugar a dos interesantes sesiones. Una primera en la que el ejercicio de resolverlo fue sometido a mediadores profesionales que, según se relevó, cada día adquieren mayor vigencia en los Estados Unidos debido a las complicaciones legales que pueden estar asociadas al arbitraje y a los altos costos que en ese país parece insumir el arbitraje. Y la segunda en la que el caso fue argumentado por dos abogados americanos y dos abogados latinoamericanos ante dos árbitros de cada uno de los extremos del continente.

La argumentación –imitando una audiencia de informes finales– fue sumamente bien lograda y permitió enriquecer a la audiencia con las

tradiciones jurídicas pero bajo una misma fuente, bajo una misma aldea, bajo un mismo espíritu; esa pax arbitri está en distintos foros, trasciende las jurisdicciones nacionales y se expande hacia nuevos campos y nuevas direcciones”. RUBIO GUERRERO, “Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”, cit., p. 28.

diferencias y similitudes de dos enfoques del derecho que en efecto vienen de culturas distintas. La argumentación norteamericana, en representación del inversionista de su país –a cargo de John Bowman de Fulbright & Jaworski de Houston y Molly Steele de Thompson & Knight de Dallas– fue sumamente precisa, fría, puntual y efectista ante un árbitro de su mismo *background*, en este caso Ben H. Sheppard Jr. de University of Houston Law Center. La argumentación latinoamericana en defensa del constructor brasileño –realizada por Eduardo Demião Gonçalves de Barreto Ferreira, Kujawski Brancher e Gonçalves (BKBG) de Sao Paulo e Ignacio Suárez Anzorena de Clifford Chance de Londres– presentada de manera más retórica, emotiva, construida con grandes citas doctrinarias para persuadir a uno de los nuestros, en este caso Roberto Illingworth de Zavala Baquerizo de Guayaquil.

Los árbitros escucharon a la defensa y dieron su parecer final. En efecto, si hubiesen tenido que decidir, lo hubiese hecho el norteamericano a favor del inversionista y el latinoamericano a favor del constructor. Pero el ejercicio llevado a cabo no buscaba conocer la decisión que hubiese tomado cada una de las personas que hicieron de árbitro sino, por el contrario, mostrar los distintos enfoques aplicados y destacar, como lo hicieron los comentaristas, qué nos acerca y qué nos diferencia de acuerdo a la tradición jurídica en la que nos movemos. Y sin duda hay diferencias, a pesar de la evidente convergencia de sistemas legales en la que hoy vivimos como resultado de la globalización de los mercados y la internacionalización de las relaciones de comercio a inversión.

La visión de los jueces de aquí y de allá

Probablemente fue el ámbito judicial el que marcó las mayores diferencias. Intervinieron jueces federales de los Estados Unidos Víctor Marrero de la US District Court for the Southern District of New York y Adalberto Jordán de la US District Court for the Southern District of Florida y Raoul G. Cantero, III, de la Corte Suprema de la Florida. Este último magistrado se caracterizó por un voto singular discordante en una decisión de la máxima instancia jurisdiccional estatal que fue motivo de *certiorari* en la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Este supremo tribunal –en el caso *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna*, N° 04-1264 (US Sup Ct, 2/21/06)– adoptó una decisión fi-

nal, favorable al arbitraje, haciendo suya la posición contenida en el voto minoritario del magistrado Cantero de la Florida.⁽¹⁶⁾ En otras palabras, la argumentación de éste ha sido materia de consagración por la máxima autoridad jurisdiccional norteamericana. También intervino la magistrada brasileña Fátima Nancy Andrighi la Sala Comercial de la Corte Superior de Sao Paulo, quien tiene a su cargo el proceso de homologación de laudos arbitrales para su ejecución.

Destacó en cada una de las presentaciones la actitud más favorable al arbitraje que tiene los jueces norteamericanos –sean estatales o federales– para quienes el Poder Judicial no debe intervenir en el arbitraje, sino únicamente en cuanto garantice la ejecución de los laudos. En principio esa también era la línea de pensamiento de la magistrada brasileña, pero en la práctica ponía de manifiesto extremas formalidades que no estaban presentes en la descripción del accionar judicial norteamericano, por lo que el principio *favor arbitris* puede quedar erosionado en el sur del continente y concretamente en Brasil.

- *El estado del arte arbitral en América Latina y en especial en la Región Andina.*

En las sesiones finales los participantes hicieron un balance de los desarrollos más importantes del arbitraje en la región. Ésta se caracteriza por la reciente ley de arbitraje internacional de Chile, cuya presentación hizo Felipe Ossa, de Claro y Cía de Santiago. Chile se proyecta como sede de arbitrajes internacionales para que éstos se desarrollen allí, en el marco de la legislación recientemente aprobada bajo las reglas

(16) En la decisión, conocida como el *Caso Cadegna*, la Corte Suprema sostuvo que la validez de una cláusula arbitral, aunque se alegue la invalidez del contrato que la contiene, debe ser resuelta por los árbitros y no por los tribunales de justicia. Citando decisiones previas que han establecido que la ley aplicable a las cláusulas arbitrales es la Ley Federal de Arbitraje, la Corte Suprema enumeró tres importantes principios: (i) la cláusula arbitral es separable del resto del contrato; (ii) a menos que se cuestione la cláusula arbitral misma, la validez del contrato debe ser considerada en primer lugar por el los tribunales arbitrales; y (iii) estos principios de la ley arbitral son aplicables tanto en las cortes estatales como en las cortes federales de los Estados Unidos. Llegó más lejos el máximo tribunal norteamericano: si el contrato como un todo fuese inválido, bajo la ley estatal o federal, la cláusula arbitral debe sobrevivir, es separable del contrato que la contiene y el tribunal arbitral, al amparo de la Ley Federal de Arbitraje, es competente para conocer la demanda sobre la validez del contrato que la contiene.

de la Ley Modelo de UNCITRAL y la influencia de la nueva ley arbitral española que sigue estos mismos lineamientos. De hecho Chile se presenta como una alternativa latinoamericana al arbitraje internacional en Miami que, como se ha referido, ha venido crecido exponencialmente como plaza arbitral en los últimos años.

No han dejado de ponerse sobre el tapete los principales problemas que han surgido en el arbitraje en América Latina. La intervención de los Tribunales Constitucionales ha tenido efectos contradictorios en los dos países en los que se ha dado: favorable al arbitraje y su inmunización frente a posibles interferencia judiciales en el Perú; pero contraproducente por exactamente lo contrario en Venezuela, en el que una decisión del tribunal –bajo el argumento de proteger los derechos fundamentales– ha establecido un precedente contrario al desarrollo del arbitraje.

Similar situación a la venezolana, se señaló en la Conferencia, ha ocurrido en México, país en el que se ha anulado un laudo arbitral por la vía de un amparo a favor de derechos constitucionales. Esto ha ocurrido mediante una resolución de la Suprema Corte Federal en la que se declaró fundado dicho proceso constitucional interpretando que los árbitros, por cumplir función arbitral, ejercen función pública, ya que en el sistema mexicano solamente cabe el amparo frente a actos realizados por las autoridades. Las consecuencias de esta decisión –que se adelantan negativas– está aún por verse.

Se puso énfasis en las reglas bajo las cuales se llevan a cabo arbitrajes internacionales, con árbitros extranjeros y abogados extranjeros, debido a problemas suscitados en Brasil y en otros países en los que, por ley, se impide la participación de extranjeros o, por acto de las partes, se logra frustrar la participación de éstos en el ámbito arbitral. Se dedicó especial atención a que ante impedimentos o dificultades de esta naturaleza no interviene únicamente la aplicación de la ley arbitral del país sede del arbitraje internacional (de hecho la ley del Estado de la Florida permite expresamente la participación de extranjeros en arbitrajes internacionales como lo hace explícitamente la sección sobre arbitraje internacional de la ley arbitral del Perú) sino también las reglas de colegiación obligatoria y de defensa en procesos.

Estas últimas, en algunos casos, han sido alegadas para impedir o dificultar la participación de árbitros extranjeros o de abogados defensores

del exterior en arbitrajes internacionales. En este mismo contexto, se advirtió que –en todo caso– la participación de árbitros y abogados de fuera del país sede del arbitraje no exonera a que éstos cumplan con las regulaciones migratorias y tributarias para poder ejercer un trabajo rentado en el país sede del arbitraje internacional en cuestión.

En relación a la Región Andina, Adrián Simons Pino dio cuenta de los siguientes temas a destacar respecto de los siguientes países:

Venezuela

En lo que se refiere el país llanero, Alfredo De Jesús O.⁽¹⁷⁾ ha dado una clarinada de alerta adicional, a lo que ya se conoce, respecto a lo que viene aconteciendo entre el arbitraje y el Poder Judicial.

Se trata de una controversia surgida entre dos empresas venezolanas respecto de un contrato de compraventa de reactivos, el mismo que, además, contenía un convenio arbitral. No obstante ello, una de las empresas desconociendo el pacto arbitral decidió demandar ante un juez y peticionar a éste una medida cautelar en la modalidad de tutela anticipada (que se le ordene a la demandada la entrega de los reactivos). Frente a ello, la parte demandada postuló la excepción de convenio arbitral y solicitó al juez que dejara sin efecto la medida cautelar concedida, bajo el sustento de que carecía de “jurisdicción”⁽¹⁸⁾ para conocer el caso y dictar medidas cautelares.

(17) DE JESÚS O., Alfredo, “El acuerdo de arbitraje y la falta de jurisdicción del Poder Judicial en el derecho venezolano. ¿Vientos de cambio en la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa?. Caso Inmunolab Laboratorios, C.A., contra Becton Dickinson Venezuela, C.A.”, en: *El Dial.Com, Biblioteca Jurídica On Line*, febrero de 2007, Año VIII.

(18) A pesar que no compartimos el uso de las categorías procesales en algunos países latinoamericanos, vamos a respetar el uso del término jurisdicción utilizado por la doctrina y legislación venezolana. Sin perjuicio de ello debemos indicar que, a nuestro entender, la jurisdicción es el poder-deber del cuál gozan los jueces por el sólo hecho de tener tal condición y, que a través de ella, resuelven conflictos de intereses o incertidumbres con relevancia jurídica de manera definitiva. De igual modo, la competencia es el ejercicio válido de la jurisdicción y ésta puede clasificarse según la materia, turno, cuantía, grado y territorio. En suma, todos los jueces gozan de jurisdicción pero, no todos gozan de competencia para ejercer válidamente la función jurisdiccional.

El juez de instancia venezolano declaró su “falta de jurisdicción” para conocer el caso; sin embargo en lugar de remitir a las partes al arbitraje, decidió elevar en consulta su decisión ante la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema. Y es aquí donde verdaderamente se puso en riesgo al arbitraje en Venezuela. Nos explicamos.

El juez de instancia consideró que resultaban aplicables los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil. Dichas normas procesales regulan la consulta obligatoria bajo los siguientes supuestos: i) **la falta de “jurisdicción” del juez frente a la administración pública;** o ii) **la falta de “jurisdicción” del juez venezolano frente al juez extranjero.** Pese a que, como se puede observar, ninguno de dichos supuestos hace referencia al arbitraje, el juez de instancia decidió proceder con el trámite de la consulta. Y, lo que es peor, la Sala Político Administrativa declaró admisible tal procedimiento. Ahora, si bien es cierto que dicha Sala finalmente resolvió a favor del arbitraje, ha creado una ventana peligrosa al control del arbitraje por parte del Poder Judicial venezolano.

Veamos, pues, cuáles serían los riesgos creados por tal precedente:

1. Se está afectando el principio de “*kompetenz - kompetenz*”, ya que se le priva a los árbitros decidir respecto de su propia competencia. Dejando tal potestad en manos de la Sala Político Administrativa, vía este trámite denominado consulta por “falta de jurisdicción”.
2. Se ha creado un procedimiento al margen del Código de Procedimiento Civil y la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela. En efecto, los artículos 59 y 62 de la ley procesal venezolana sólo regulan como presupuestos para la consulta la “falta de jurisdicción” entre el juez y la administración pública; y la “falta de jurisdicción entre el juez venezolano y el juez extranjero.
3. Tal procedimiento indebido (a nuestro juicio) afecta los principios de economía y celeridad procesal, generando dilaciones indebidas en claro perjuicio de la pronta constitución del arbitraje.

Por ello, cuando se hace referencia a la “falta de jurisdicción”, resulta más apropiado indicar que el juez *carece de competencia* para conocer un determinado asunto.

4. Finalmente, tal precedente expone innecesariamente al arbitraje venezolano al control previo por parte de los jueces, y abre así, una ventana no deseada en el edificio del arbitraje.

Colombia

Antes de describir algunos aspectos saltantes del arbitraje en Colombia, consideramos importante realizar una reflexión en lo que se refiere a la concepción del arbitraje y las condiciones que deben reunir los árbitros para el desarrollo adecuado de su función. Como veremos más adelante, tanto el Tribunal Constitucional colombiano como el peruano han concluido que el arbitraje es un **proceso**. Y que duda cabe que es un proceso,⁽¹⁹⁾ si por éste entendemos a un conjunto de actos relacionados entre sí y de índole teleológica, que permite desarrollar la actividad de las partes y de quien tiene a su cargo el deber de resolver (juez o árbitro). Ahora bien, es un proceso con características claramente diferenciadoras del proceso judicial; como **la especialidad, la confidencialidad, la inmediatez** y sobre todo **la flexibilidad de formas**.⁽²⁰⁾ Esta última característica, otorga a las partes y a los árbitros la libertad de creación de las reglas del procedimiento arbitral, a diferencia del proceso civil, en el que las reglas procedimentales vienen impuestas por la ley procesal; las cuales deben ser observadas de manera obligatoria por el juez y las partes.

Los árbitros, además de la especialidad por la que son escogidos por las partes, deben tener sólidos conocimientos procesales ya que sin ellos no podrán resolver con eficiencia la controversia y expedir un laudo total y válido para ejecución. Sólo a manera de guía mencionamos algunos:

1. Un árbitro que fija (junto con las partes) las reglas del procedimiento, no puede hacerlo sin tener en consideración el derecho al

(19) PEYRANO, Jorge W., "Apuntes sobre conceptos procesales básicos", en: *Revista Jurídica Zeus*, Rosario, T. 24, d-61, Sección Doctrina.

(20) PARRA QUIJANO, Jairo, *El arbitramiento*, manuscrito original facilitado por el autor, el mismo que se encuentra pendiente de publicación en una obra de mayor envergadura. Agradecemos la extraordinaria generosidad del Dr. Parra Quijano, pp. 5, 6 y 7.

debido proceso. En el cual, se respete el derecho a la defensa, a la contradicción, a la igualdad durante el desarrollo del proceso y sobre todo al derecho a la prueba.

2. En lo que se refiere a la prueba, el árbitro debe estar en la posibilidad de conocer las reglas de la carga de la prueba, los sistemas de valoración de la prueba, la utilización de indicios y presunciones en calidad de sucedáneos, etc.
3. Y qué decir del sumo cuidado que deben tener los árbitros con el deber de motivación de sus laudos. Todo laudo debe respetar los principios de racionalidad y de razonabilidad, de congruencia y de no contradicción.

Lo indicado en los párrafos anteriores no tiene nada que ver, con la denominada “judicialización del arbitraje” que predicen algunos autores como defensa ante su desconocimiento del alcance procesal del arbitraje y la técnica que se debe manejar al interior de él.

Ahora sí pasamos a desarrollar algunos aspectos interesantes del arbitraje en Colombia:

1. El Tribunal Constitucional colombiano y su visión sobre el arbitraje

Siguiendo la pauta que da el artículo 116 de la Constitución colombiana (los árbitros administran justicia), el Tribunal Constitucional colombiano le ha otorgado al arbitraje la categoría de **proceso**. En efecto, a través de la Sentencia C-060 del 24 de enero de 2001, ha establecido lo siguiente:

“d) El arbitramiento, tal como ha sido concebido por nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando la Constitución difiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de

etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”.

En palabras ya expresadas por la Corte Constitucional:

“El arbitramiento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material–, y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales.”

2. Aspectos procesales polémicos en la Ley de Arbitraje colombiana

2.1. El litisconsorcio necesario. Sobre el particular el artículo 149 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos ha dispuesto lo siguiente:

“Artículo 149. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramiento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición.

Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal.

Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados.

Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales. (artículo 30 del Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998)”.

La citada norma colombiana, regula lo que se conoce como el litisconsorcio necesario, es decir una forma de acumulación subjetiva obligatoria (proceso con pluralidad de sujetos). Esta figura implica que para que una decisión pueda ser calificada como eficaz, necesariamente deben participar en el proceso todos los sujetos que formaron parte en la relación material, pero que no han sido emplazados con la demanda arbitral por no haber suscrito el convenio arbitral.

Ahora bien, apreciamos que la norma colombiana tiene una serie de circunstancias que consideramos poner de relieve:

1. Admite la posibilidad de citar a quienes no suscribieron el convenio arbitral y permitirles adherirse al pacto arbitral.
2. La parte que no suscribió el convenio arbitral, tiene dos opciones: i) adherirse al convenio; o ii) no adherirse al convenio. Ambas posibilidades, a su vez, traen las siguientes consecuencias: i) si se adhiere al convenio, automáticamente se convierte en litisconsorte de la parte que inicialmente lo suscribió; o ii) si no se adhiere al convenio, se extinguen los efectos del convenio o pacto arbitral; debiendo los árbitros, en consecuencia, archivar el caso.
3. Desde nuestro punto de vista, consideramos que la extinción del convenio arbitral por ausencia de adhesión por parte de quien o quienes tendrían la condición de litisconsortes necesarios, no es una solución adecuada. Hubiera sido mejor, mantener la vigencia del pacto arbitral y permitir que las partes que sí lo suscribieron puedan resolver su conflicto en la vía arbitral; sin perjuicio de que el laudo que se fuese a dictar sólo tenga efecto respecto de ellos en lo que les fuere útil. Eso sí, con la prohibición de extender los efectos del laudo a quienes no suscribieron el pacto arbitral y mucho menos formaron parte del proceso arbitral.

2.2. Intervención de terceros. El artículo 150 del Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos ha dispuesto lo siguiente:

“Artículo 150. Intervención de terceros. La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán, la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención”.

El artículo antes citado constituye una verdadera novedad en el derecho comparado perteneciente a la región andina y, por tanto, merece las siguientes observaciones:

1. No consideramos apropiado que la intervención de terceros se someta a la regulación del Código de Procedimiento Civil colombiano; ya que, precisamente ello va en contra de una de las características esenciales del arbitraje: *La libertad de formas o la libertad de las partes de crear las reglas del procedimiento.*
2. Sin entrar a analizar el real alcance de la intervención de terceros en el proceso, debemos indicar que las formas de intervención de terceros pueden ser diversas: litisconsorte facultativo, litisconsorte cuasi necesario, tercero coayuvante, entre otros.
3. La doctrina colombiana debate si permitir la intervención de terceros debe ser potestad exclusiva de las partes o, si los árbitros pueden admitir tal intervención a pesar de la oposición de las partes. No obstante el debate doctrinario, el Tribunal Constitucional colombiano ha determinado lo siguiente:

“Si unos particulares suscriben un pacto arbitral en virtud del cual aceptan someter sus diferencias a la decisión de un árbitro, es razonable entender que están habilitando a ese tercero a que tome todas las medidas permitidas legal y convencionalmente para la resolución del conflicto específico.

Por lo tanto, las partes facultan expresa o tácitamente la intervención de terceros en el proceso, pues el principal objetivo de la instalación del Tribunal de arbitramento y de la intención plasmada en el acuerdo es resolver el litigio. En tales circunstancias, no resulta razonable suponer que quienes ya aceptaron que su conflicto fuera resuelto por un tribunal arbitral tengan a su vez la posibilidad de impedir la participación de un tercero en ese proceso, puesto que la persona ya había habilitado al Tribunal para que resolviera ese conflicto específico”.⁽²¹⁾

En suma, al margen de la voluntad de las partes, el Tribunal Constitucional colombiano faculta a los árbitros para decidir respecto de la incorporación de terceros al proceso arbitral.

4. Ahora, la no participación de terceros que no tengan la categoría de litisconsortes necesarios, no hace peligrar la vigencia y eficacia del pacto arbitral.
5. De admitir los árbitros la intervención de un tercero, estos deben tipificar la intervención y precisar su rol y facultades procesales para el caso concreto.
6. Sin perjuicio de lo que está regulado en la legislación colombiana, compartimos plenamente la crítica que el profesor Jairo Parra Quijano ha realizado al artículo 150, en el sentido que permitir de manera tan abierta la intervención de terceros afectaría la confidencialidad del arbitraje, y los principios de simplicidad, economía y celeridad procesal que deben regir en todo proceso arbitral.

Perú

Respecto al Perú, hay buenas noticias, nuestro Tribunal Constitucional, a través del precedente N° 6167-2005-PHC/TC, ha blindado al arbitraje; otorgándole la protección necesaria frente a indebidas interferencias (sean judiciales o de cualquier otra índole) que ponían en riesgo la autonomía del arbitraje.

⁽²¹⁾ Sentencia C-163 de 1999.

Veamos qué ha dicho nuestro Tribunal Constitucional:

1. *Naturaleza:* Se le da al arbitraje la condición de **proceso**, en el cual los árbitros actúan como “*jueces particulares*” para emitir un laudo que es el equivalente (intrínseca y extrínsecamente) a una sentencia judicial, con la calidad de cosa juzgada.
2. *Reconocimiento e importancia del arbitraje:* Se considera al arbitraje como la herramienta o instrumento más utilizado por los particulares para resolver conflictos comerciales. Asimismo, y esto es muy importante, reconoce que determinados conflictos entre el Estado y los particulares puedan resolverse vía arbitraje; el cual, muchas veces, puede ser obligatorio (contratación con el Estado, contratos de inversión suscritos por el Estado, contratos de estabilidad jurídica, contratación entre empresas eléctricas estatales y privadas, etc).
3. *Características:* El arbitraje es una **jurisdicción privada**. Por ello los árbitros se encuentran obligados a observar todas aquellas garantías que componen el derecho a un debido proceso. El arbitraje es **una alternativa** que complementa el sistema de justicia. El arbitraje forma parte del **orden público constitucional**, ya que la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses. No se funda en la autonomía de la voluntad de las partes en conflicto, sino que tiene su origen en la propia constitución cuando el artículo 139 inciso 1) lo consagra como una jurisdicción de naturaleza excepcional.
4. *Protección constitucional al arbitraje:* Quizás sea este el aspecto más importante de la sentencia del Tribunal Constitucional. Se establecen dos principios básicos de protección constitucional al arbitraje:
 - 4.1. Principio de no interferencia: Se faculta a los árbitros, dentro del ámbito de su competencia, a rechazar o desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros (incluidas autoridades administrativas y/o judiciales) que pretendan avocarse a materias sometidas a arbitraje.
 - 4.2. Principio de *Kompetenz - Kompetenz*: Se reconoce este principio como garantía para que sólo los árbitros puedan

decidir acerca de su propia competencia. De esta manera, se evita que las partes que no desean someterse al pacto de arbitraje, pretendan convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar de manera irregular la disputa al terreno judicial.

5. *Control Judicial ex Post*: El Tribunal Constitucional sólo admite la intervención del Poder Judicial una vez concluido el proceso arbitral con la expedición del laudo. Esta intervención puede ser ordinaria o extraordinaria.

La intervención **ordinaria** se da a través del recurso de anulación, el mismo que sólo puede ser interpuesto invocando las causales expresamente establecidas por el Ley de Arbitraje. El control judicial jamás puede involucrar una revisión respecto del fondo decidido por los árbitros.

La intervención **extraordinaria** sólo se puede realizar a través de un control constitucional (vía demanda de Amparo) y, cuando se haya vulnerado el derecho a la tutela procesal efectiva⁽²²⁾ o se advierte un incumplimiento, por parte de los árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de obligatoria observancia, los mismos que vinculan de igual manera tanto a los jueces como a los árbitros.

Como es de verse, en los hechos concretos, el Perú ha apostado por el arbitraje y, éste a su vez, ha sido blindado por el Tribunal Constitucional a fin de protegerlo de agresiones externas y ofrecer al mercado (nacional e internacional) una herramienta segura y confiable para todos aquellos que deseen recurrir a este mecanismo alternativo de solución de controversias.

Luis Martínez del ICDR New York y Albert J. Orosa de la AAA Miami cerraron la conferencia destacando la importancia de la expe-

⁽²²⁾ Es importante precisar que para que el control constitucional proceda, no basta denunciar cualquier violación del derecho a la tutela procesal efectiva. Debe tratarse de una desviación procesal de tal magnitud, que si esta no hubiese ocurrido es probable que el resultado final del proceso sería otro. En suma, no basta invocar cualquier vicio procesal, el vicio ha de ser de naturaleza estructural.

riencia vivida y poniendo a disposición de los participantes los servicios arbitrales de las instituciones por ellos representadas.

El secreto mejor guardado en el mundo ya no es la cocina peruana sino la buena salud del arbitraje en el Perú.

La participación de árbitros y abogados peruanos en las conferencias y paneles de la 5ª Conferencia, así como en las muy útiles “tertulias” hábilmente conducidas por los organizadores, permitió poner al arbitraje en el Perú en la agenda de las Américas. Hace unos años se decía que el secreto mejor guardado que existía en el mundo era la cocina peruana. Era magnífica pero nadie lo sabía. Jorge Santistevan de Noriega, parafraseando esa afirmación relativa a la cocina, afirmó que el secreto mejor guardado en materia arbitral internacional es que en el Perú el arbitraje existe y en general goza de buena salud.

Fundamentó que son tributarios de esta situación –que por cierto no está exenta de amenazas y dificultades– la ley arbitral vigente que sigue las pautas internacionales pro arbitraje, las convenciones internacionales que el Perú ha ratificado en la materia, en especial las de New York, Panamá y Washington sobre ejecución de laudos, las dos primeras, y sobre arbitraje en materia de inversiones, la segunda; así como la decisión que ha adoptado el Estado de abandonar la Cláusula Calvo en relación con las controversias surgidas de los contratos que celebra.

Esto último se traduce en la suscripción por parte del Perú de 34 Convenios Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones que remiten sus controversias al arbitraje internacional. Se afirma en la suscripción de cláusulas arbitrales en contratos de concesión y de estabilidad jurídica que el Estado celebra para brindar garantías a las inversiones internacionales que se afincan en el país. Se ratifica en la decisión soberana que el Estado ha tomado de someter a arbitraje toda controversia emanada de contratos de adquisición de bienes y servicios por parte de entidades del gobierno nacional, regional o municipal, así como de entidades estatales autónomas, lo que está permitiendo crear una comunidad de árbitros con experiencia y al día en los desarrollos de la especialidad y una producción de literatura jurídica a la que la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE se propone contribuir significativamente.

✍ JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA(*)
CARLOS A. SOTO COAGUILA(**)

El Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje y nuestra Revista

La publicación del cuarto número de nuestra REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE nos obliga a dar cuenta, con la brevedad del caso, al desarrollo creciente del arbitraje en el Perú. Es precisamente este desarrollo el que justifica la publicación semestral de nuestra Revista que ya ingresa a su tercer año continuo de actividades y el que nos permitió organizar el Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, que se llevó a cabo en la ciudad de Lima durante los días 9, 10, 11 y 12 de abril del presente.

❖ El desarrollo del arbitraje comercial en el Perú como resultado de la Ley General de Arbitraje y de la Ley General de Sociedades

La importancia del arbitraje en el Perú se pone de manifiesto por múltiples razones. Ya hemos indicado en otras oportunidades que la Ley General de Arbitraje, estructurada bajo las pautas establecidas internacionalmente por la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (CNUDMI/UNCITRAL), es la principal responsable del crecimiento vertiginoso que ha experimentado el arbitraje en el marco comercial. Adicionalmente, no puede

(*) Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(**) Director Ejecutivo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

olvidarse que el artículo 48 de nuestra Ley General de Sociedades contempla la posibilidad que el pacto social o el estatuto prevea el arbitraje como mecanismo obligatorio para la solución de las discrepancias que se susciten o pudieran suscitarse al interior de las sociedades (arbitraje estatutario).

❖ **La opción del Estado a favor del arbitraje en materia contractual**

Tampoco podemos dejar de lado la opción adoptada por el Estado peruano, contenida en el artículo 63 de nuestra Carta Magna, en el sentido de preferir la vía arbitral para la solución de las controversias que emanan o pudieran emanar de los contratos suscritos por las entidades del sector público. Este hecho ha abonado a favor del desarrollo del arbitraje en nuestro país de manera considerable, aunado a la opción arbitral contenida en los contratos ley que suscribe el Estado con los inversionistas nacionales o extranjeros al amparo del artículo 62.⁽¹⁾

Así, hoy en día es cada vez más frecuente la suscripción de contratos entre particulares y el Estado, conteniendo cláusulas que remiten la solución de las posibles controversias que pudieran suscitarse al arbitraje.⁽²⁾ Lo propio ocurre en los contratos de concesión y de estabilidad jurídica que celebra el Estado peruano, particularmente significativos en materia de inversiones.⁽³⁾ A ello se debe añadir que el Estado ha adelantado por ley su voluntad de someter a arbitraje toda controversia que se genere o pudiera generarse en el marco de la adquisición de bienes y servicios por parte de las instituciones estatales (de nivel nacional, regional, municipal, así como las autónomas) al amparo artículos 41 y 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado cuyo régimen está

(1) El antecedente inmediato de los contratos ley se encuentra en el artículo 1137 del Código Civil del Perú que en 1984 ya concibió esta figura contractual caracterizada por la intangibilidad del contrato y la ultraactividad de sus normas aún cuando se dictasen leyes posteriores con la protección de modificar el régimen legal convenido en ellos.

(2) Se rigen por la Ley General de Arbitraje N° 26572 de fecha 20 de diciembre de 1995.

(3) Regulados por el Decreto Legislativo N° 662 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 162-92-EF, así como por el régimen especial contractual contenido en los Decretos Supremos N°s. 059 y 060-96- PCM.

desarrollado en los Decretos Supremos N° 12-2001-PCM (Texto Único Ordenado de dicha ley) y N° 13-2001-PCM (Reglamento).

❖ **El arbitraje con el Estado en materia de indemnizaciones provenientes de expropiaciones o de sentencias emitidas por tribunales internacionales**

Pero la importancia y desarrollo del arbitraje también se manifiesta en otros ámbitos. Así, en materia expropiatoria, la Ley General de Expropiaciones, Ley N° 27117, contiene un capítulo especial relativo a la institución de la vía arbitral para la solución de las controversias que se produzcan en torno a la revisión del valor del bien expropiado y a la reparación de los daños y perjuicios que se genere como consecuencia de la medida expropiatoria, entre otros. En este mismo sentido, la Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por los tribunales supranacionales, Ley N° 27775, en sus artículos 2 y 8 establece que las partes podrán acudir a la vía arbitral para la fijación del monto a pagar, así como para su determinación y posterior pago.

❖ **La incidencia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones (TPIs) en el arbitraje con el Estado**

La inserción definitiva del Perú en la economía globalizada, las garantías brindadas a los inversionistas nacionales a través de la suscripción de contratos-ley, la firma de convenios de estabilidad jurídica y contratos de concesión y la adhesión del Perú a distintos tratados internacionales han abierto un nuevo espacio, cada día de mayor atención, al arbitraje con el Estado peruano.

El arbitraje de inversiones, previsto en el artículo 63 de nuestra Carta Fundamental, tiene como norma madre el Convenio de Washington o Convención CIADI,⁽⁴⁾ instrumento normativo que crea la posibilidad del desarrollo de un procedimiento arbitral entre inversionistas y Estados. A él puede llegarse a través de la estipulación de una cláusula

(4) www.worldbank.org/icsid.

o convenio arbitral suscrito en el marco de un contrato celebrado entre inversionistas y alguna entidad del Estado autorizada para ello, o como resultado de las controversias que pudieran surgir a partir de las inversiones protegidas por alguno de los 32 Tratados de Protección y Promoción de Inversiones (TPIs o BITs en sus siglas en inglés) que el Perú ha celebrado.⁽⁵⁾

Dada la importancia de este mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones, el Tratado de Libre Comercio (TLC) celebrado con los Estados Unidos de América,⁽⁶⁾ aún pendiente de ratificación por parte del Senado norteamericano, dedica un capítulo especial a la protección de las inversiones (un verdadero TPI integrado a un TLC, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte - TLCAN) en el que se prevé la alternativa arbitral para la solución de las controversias que se susciten entre los inversionistas y los Estados firmantes del acuerdo.

❖ **La demanda por una mayor especialización en materia arbitral en nuestro país**

Como consecuencia de todo lo expuesto, los arbitrajes se multiplican y, dada la demanda de especialización generada surge una manifiesta y creciente diseminación de actividades de capacitación y difusión. Dichas actividades son desarrolladas por los principales centros arbitrales del Perú (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima,⁽⁷⁾ Gerencia de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE),⁽⁸⁾ Centro de Arbitraje - AmCham Perú,⁽⁹⁾ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú,⁽¹⁰⁾ así como los centros arbitrales de las Cámaras de Comercio ubicadas en las

⁽⁵⁾ www.proinversion.gob.pe.

⁽⁶⁾ www.tlcperu-eeuu.gob.pe.

⁽⁷⁾ <http://www.camaralima.org.pe>.

⁽⁸⁾ <http://www.consucode.gob.pe>.

⁽⁹⁾ <http://www.amcham.org.pe>.

⁽¹⁰⁾ <http://www.pucp.edu.pe>.

regiones del Perú, de los colegios profesionales⁽¹¹⁾ y de algunos organismos reguladores).⁽¹²⁾

Por su parte, las universidades y otras instituciones dedicadas a la enseñanza vienen organizando diplomados, cursos y seminarios con la finalidad de analizar asuntos relacionados con el arbitraje y capacitar en los temas de la especialidad a los profesionales que el crecimiento del mercado viene demandando.⁽¹³⁾ Asimismo, las páginas *web*, los *blogs* y las asociaciones de árbitros también están en permanente crecimiento.⁽¹⁴⁾

La difusión del arbitraje como medio de solución de controversias y la importante presencia que tiene en nuestro país han dado lugar a un nuevo tipo de conflictividad jurisdiccional que requiere de análisis y estudio detallado. Esta es la misión a la que se avoca la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. Además, destacados autores nacionales⁽¹⁵⁾ y algunas otras publicaciones jurídicas⁽¹⁶⁾ vienen dedicando especial atención a los pronunciamientos de los tribunales de justicia relativos a las cláusulas arbitrales, a las incidencias del procedimiento y, desde luego, a los recursos de anulación que se presentan contra los laudos emitidos por los árbitros.

(11) <http://www.cal.org.pe>, <http://www.cip.org.pe>.

(12) <http://www.osiptel.gob.pe>; <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/peru/cencepe.php>.

(13) Recientemente, la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, en Asociación con AmCham, llevó a cabo el Primer Diplomado sobre Arbitraje (mayo - junio 2007).

(14) Cabe mencionar entre estos al Círculo Peruano de Arbitraje (www.limaarbitration.net), presidido por el doctor Roger Rubio Guerrero; así como el esfuerzo que promueve la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE por formar en el Perú el Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje con sede en Madrid, sin dejar atrás a la Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación integrada a Servilex (www.servilex.com.pe).

(15) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Fondo Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC, Lima, 2007; CASTILLO FREYRE, Mario / VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*, Vol. 1, Palestra Editores, Lima, 2007; DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMANA, Javier, *La reforma del sistema de justicia, ¿en el camino correcto? Breve balance de su situación actual y de los retos pendientes*, Fundación Konrad Adenauer: Instituto Peruano de Economía Social de Mercado, Lima, 2006.

(16) *Vid. Thémis*, Revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 53, Lima, 2007.

❖ El arbitraje en el Perú comienza a aparecer en la agenda internacional del arbitraje

No es casual que el Perú comience a aparecer como un referente en conferencias internacionales arbitrales⁽¹⁷⁾ y que, con la iniciativa y organización de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, se haya realizado el PRIMER CONGRESO PERUANO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE en Lima,⁽¹⁸⁾ llevado a cabo en la segunda semana del mes de abril del presente, a cuya realización contribuyeron nuestra Revista, la Academia Peruana de Derecho, la Universidad San Ignacio de Loyola, los principales Estudios de Abogados de Lima,⁽¹⁹⁾ importantes firmas extranjeras⁽²⁰⁾ y los principales Centros de Arbitraje.⁽²¹⁾

❖ La importancia del Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje realizado en Lima del 9 al 12 de abril de 2007

Por primera vez en la historia arbitral nacional nuestro país recibió la visita de 23 reconocidos árbitros extranjeros,⁽²²⁾ quienes junto a

(17) Vid. Presencia del Perú en la 5ª Conferencia Internacional de Arbitraje de Miami en este mismo número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(18) <http://www.usil.edu.pe/arbitraje/organizan1.htm>.

(19) Estudio Rodrigo, Elías & Medrano, Estudio Jorge Avendaño V, Estudio Olaechea, Estudio Miranda & Amado, Estudio Echeopar, Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria; Estudio Santistevan de Noriega, Estudio Bullard, Falla & Ezcurra y Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados.

(20) Garrigues, Zuleta & Partners legal Group, Guevara & Gutiérrez S.C, Coronel & Pérez, Pérez-Bustamante & Ponce y White & Case.

(21) Centro de Arbitraje de AmCham, CONSUCODE, Club Español del Arbitraje, Centro de Arbitraje de México, Comité Venezolano de Arbitraje, Comité Colombiano de Arbitraje y Comité Brasileiro de Arbitragem.

(22) Dr. C. Ignacio Suárez Anzorena (*Inglaterra*), Dr. Eduardo Silva Romero (*Francia*), Dra. Katherine González Arrocha (*Francia*), Dr. Gaetan J. Verhoosel (*Francia*), Dr. José María Alonso (*España*), Dr. José Antonio Caínzos (*España*), Dr. Jorge Angell Hoefken (*España*), Dr. Jonathan Hamilton (*Estados Unidos*), Dr. Julio César Rivera (*Argentina*), Dr. Héctor Alegría (*Argentina*), Dr. Fernando Aguilar (*Argentina*), Dr. Ramiro Guevara (*Bolivia*), Dr. Eduardo Zuleta (*Colombia*), Dr. Fabricio Mantilla Espinosa (*Colombia*), Dr. Santiago Talero Rueda (*Colombia*), Dra. Dyalá Jiménez Figueres (*Chile*), Dr. Andrés Jana (*Chile*), Dr. Álvaro Galindo C. (*Ecuador*), Dr. César

23 especialistas nacionales de gran prestigio⁽²³⁾ debatieron distintos aspectos del arbitraje comercial y de inversiones. Dentro de los árbitros nacionales tuvieron presencia activa los ingenieros y otros profesionales que no siendo abogados participan activamente en arbitrajes comerciales o en aquellos derivados de contratos con el Estado.

El Congreso fue organizado por la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, la Academia Peruana de Derecho, la Universidad San Ignacio de Loyola, el Instituto de Derecho Privado Latinoamericano y la Revista de Derecho Athina de la Universidad de Lima.

El evento se desarrolló en el auditorio principal de la Universidad San Ignacio de Loyola (www.usil.edu.pe/arbitraje/). Dicho local albergó a los asistentes durante los 4 días (7 jornadas) en las que se desarrolló el Congreso.

La dirección del Congreso fue asumida por el Director Ejecutivo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, doctor Carlos A. Soto Coaguila.

Los objetivos de esta importante actividad académica, cumplidos en su totalidad, fueron:

- i) realizar un balance del desarrollo del arbitraje,
- ii) difundir sus ventajas como mecanismo eficiente de solución de controversias,
- iii) analizar el arbitraje en materia de inversiones ante el CIADI, y
- iv) presentar al Perú como sede de arbitrajes internacionales.

Coronel Jones (*Ecuador*), Dr. Rodrigo Jijón Letort (*Ecuador*), Dr. Francisco González de Cossío (*México*), Dr. Fernando del Castillo Elorza (*México*), Dr. José Antonio Moreno Rodríguez (*Paraguay*).

(23) Dr. Jorge Avendaño V., Dr. José Daniel Amado, Dr. Eduardo Benavides Torres, Dr. Alfredo Bullard González, Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, Dr. Carlos Cárdenas Quirós, Dr. Javier de Belaunde López de Romaña, Dr. Fernando de Trazegnies Granda, Dr. Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, Dr. Oswaldo Hundskopf Exebio, Dra. Roxana Jiménez Vargas-Machuca, Dr. Franz Kundmüller Caminiti, Dr. Guillermo Lohmann Luca de Tena, Dr. Roberto MacLean Ugarteche, Dr. Felipe Osterling Parodi, Dr. Nelson Ramírez Jiménez, Dr. Roger Rubio Guerrero, Dr. Carlos Ruska Maguiña, Dr. Jorge Santistevan de Noriega, Dr. Carlos Alberto Soto Coaguila, Dr. Fernando Vidal Ramírez y Dr. Manuel Villa-García.

❖ **La singularidad del arbitraje de inversiones en un mundo globalizado**

Dentro de las huellas que ha dejado este Primer Congreso, además de propiciar el debate y la creación de redes de comunicación entre árbitros, magistrados y profesores universitarios, se destaca el establecimiento de la clara diferenciación entre arbitraje comercial y lo que se conoce como arbitraje de inversiones. Ambas clases de arbitraje concitan especial atención en un mundo caracterizado por la dinamización del comercio internacional y la incansable competencia por atraer inversionistas para llevar a cabo proyectos de envergadura en servicios públicos, infraestructura y explotación de recursos naturales.

❖ **La trascendencia de este primer evento**

El Congreso fue inaugurado el día lunes 9 de abril por la Rectora de la Universidad San Ignacio de Loyola, doctora Lourdes Flores Nano, el presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, doctor Jorge Santistevan de Noriega y el presidente de la Academia Peruana de Derecho, doctor Felipe Osterling Parodi. La clausura estuvo a cargo del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y Presidente del Poder Judicial, doctor Francisco A. Távara Córdova.

Es de destacar la trascendencia de este evento, pues permitió reunir no sólo a árbitros y especialistas, sino también a magistrados de la Corte Suprema y de otras instancias, gerentes legales de las principales empresas del país y a socios y asociados de los estudios jurídicos peruanos e internacionales más renombrados a nivel mundial. A ello se debe agregar que por primera vez en la historia del Perú se contó con la participación de casi 50 especialistas en la materia, los que vinieron desde distintos puntos de América y Europa.

Debido a la importancia del arbitraje en el Perú y a la necesidad de seguir analizando los diferentes aspectos de la doctrina arbitral, nuestra Revista ha asumido la tarea de organizar el Segundo Congreso Peruano Internacional de Arbitraje el que se realizará en el mes de abril de 2008. Por supuesto, todos los amigos peruanos y extranjeros están cordialmente invitados.

❖ **Los anales del Congreso en vías de publicación**

Dar cuenta del contenido del Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje realizado en el Perú escapa a la presente reseña. Es por ello que el doctor Carlos Soto está coordinando la publicación en volumen aparte el conjunto de ponencias que se presentaron y los debates que se produjeron para beneficio del desarrollo del arbitraje en nuestro país y los futuros congresos que se irán desarrollando.

❖ **Agradecimientos indispensables**

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE se vale del espacio de su cuarto número para expresar su agradecimiento a todas las personas e instituciones que de manera directa o indirecta colaboraron con la realización del Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, en particular a los árbitros y profesores universitarios que asistieron, así como a los auspiciadores, organizadores y el equipo de colaboradores que estuvo dedicado en esos días al éxito del evento. ▲

Noticias Arbitrales

Noticias
Arbitrales



NOTICIAS ARBITRALES

Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje

Del 9 al 12 de abril del presente se llevó a cabo en la ciudad de Lima el Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje. La organización del evento estuvo a cargo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, la Universidad San Ignacio de Loyola - USIL, la Academia Peruana de Derecho y la Revista de Derecho Athina. El Congreso fue el punto de reunión de destacados especialistas nacionales e internacionales en materia arbitral. Durante los días de realización del evento, los más de 500 participantes pudieron presenciar las ponencias de reconocidos árbitros: José María Alonso (*España*), Eduardo Silva Romero (*Francia*), Gaetan J. Verhoosel (*Francia*), Fernando Aguilar (*Argentina*), Julio César Rivera (*Argentina*), Héctor Alegría (*Argentina*), Ramiro Guevara (*Bolivia*), Dyalá Jiménez Figueres (*Chile*), Andrés Jana (*Chile*), Santiago Talero Rueda (*Colombia*), Fabricio Mantilla Espinosa (*Colombia*), Eduardo Zuleta (*Colombia*), Alvaro Galindo C. (*Ecuador*), César Coronel Jones (*Ecuador*), Rodrigo Jijón (*Ecuador*), José Antonio Caínzos (*España*), Jorge Angell Hoefken (*España*), Jonathan Hamilton (*EE.UU.*), Ignacio Suárez Anzorena (*Inglaterra*), Francisco González de Cossío (*México*), Katherine González Arrocha (*Panamá*), José Antonio Moreno Rodríguez (*Paraguay*). De Perú, participaron: Fernando de Trazegnies, Fernando Vidal Ramírez, Jorge Santistevan de Noriega, Alfredo Bullard González, Roberto MacLean Ugarteche, Fernando Canturarias Salaverry, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, Franz Kundmüller Caminiti, Carlos A. Soto Coaguila, Roger Rubio Guerrero, Eduardo Benavides Torres, Carlos Ruska Maguina, Oswaldo Hundskopf Exebio, Manuel Villa-García, José Daniel Amado, Jorge Avendaño V., Javier de Belaunde López de Romaña, Roxana Jiménez Vargas-Machuca y Nelson Ramírez Jiménez. Durante la clausura del Congreso se contó con la presencia de connotadas figuras como Lourdes Flores Nano (Rectora de la USIL), Francisco Távara Córdova (Presidente de la Corte Suprema de Justicia), Jorge Santistevan de Noriega (Presidente de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE) y Felipe Osterling Parodi (Presidente de la Academia Peruana de Derecho). Dado el éxito de las jornadas académicas, el

Comité Editor de la Revista ha manifestado que dicho evento se llevará a cabo de forma anual durante el mes de abril.

➔ **5^{ta} Conferencia Internacional de Arbitraje: perspectiva comparada y de 360 grados**

Del 21 al 23 de febrero de 2007 se realizó la 5^{ta} Conferencia Anual de Miami sobre Arbitraje Internacional, organizada por el Centro Internacional para la Solución de Controversias –el brazo de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) para el arbitraje internacional– con la participación de distinguidos árbitros, abogados litigantes especializados en la materia y jueces latinoamericanos y norteamericanos.

Cabe resaltar la presencia que tuvo el Perú en este evento, a través de la participación del doctor Jorge Santistevan de Noriega, Presidente de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

➔ **Mesa redonda del ciclo de conferencias del Comité Venezolano de Arbitraje**

Gracias a la organización del Comité Venezolano de Arbitraje el 25 de abril último se realizó en Venezuela una Mesa Redonda en torno al Arbitraje y la Constitución. En representación de nuestro país participó como ponente el doctor Carlos Alberto Soto Coaguila, Director Ejecutivo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, además de Miembro Correspondiente en Perú de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. El tema desarrollado por nuestro compatriota fue: *“El Tribunal Constitucional del Perú y el Arbitraje Comercial. Reflexiones comparatistas sobre las visiones del Tribunal Constitucional del Perú y de la Sala Constitucional de Venezuela en materia de arbitraje”*.

➔ **Diplomado de Arbitraje**

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú – AmCham y la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, han organizado el Primer Diplomado de Arbitraje. Como ponentes participaron los doctores: Guillermo Lohmann Luca de Tena, Carlos A. Soto Coaguila, Fernando Vidal Ramírez, Jorge Santistevan de Noriega, Carlos Ruska Maguiña, Fernando Cantuarias Salaverry, Franz Kundmüller Caminiti, Alfredo Bullard González y Roger Rubio Guerrero.

Who's Who Legal reconoce árbitros top del Perú

La prestigiosa revista *Who's Who Legal* ha publicado recientemente *The Internacional Who's Who of Commercial Arbitration 2007*, identificando a 420 expertos en 55 jurisdicciones alrededor del mundo. En la lista de árbitros *top* encontramos a cinco distinguidos juristas peruanos: Jorge Avendaño, Fernando Cantuarias, Juan Guillermo Lohmann, Roberto G. MacLean y Felipe Osterling.

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE se honra con el reconocimiento realizado por *Who's Who Legal* al doctor Fernando Cantuarias Salaverry, miembro de nuestro Comité Editor.

Presentación del libro *Arbitraje comercial y de las inversiones*

El 24 de abril último, en el auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), el Dr. Fernando Cantuarias Salaverry, Decano de la Facultad de Derecho de esa casa de estudios y miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, presentó su libro *Arbitraje comercial y de las inversiones*.

El evento, patrocinado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro del Arbitraje del CONSUCODE y la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, contó con la participación de los doctores Alfredo Bullard González y Jorge Santistevan de Noriega.

El libro que cuenta con trece (13) capítulos y 966 páginas se puede adquirir en el Fondo Editorial de la UPC.

II Congreso Internacional del Club Español de Arbitraje: El Arbitraje y la Jurisdicción

El Club Español del Arbitraje, tras el éxito obtenido en la realización del I Congreso Internacional de Arbitraje, organizó el II Congreso Internacional de Arbitraje. Este segundo encuentro se realizó en la ciudad de Madrid del 17 al 19 de junio de 2007. El evento estuvo dedicado a tratar el tema: *“El Arbitraje y la Jurisdicción”*. Prestigiosos representantes de distintas latitudes analizaron cuestiones puntuales en el marco de esas relaciones. Debemos hacer una mención especial a la participación que realizó en este evento, en representación de nuestro país, el Dr. Carlos A. Soto Coaguila, Director Ejecutivo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

Ceremonia de relanzamiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Con ocasión de sus 13 años de existencia, el 13 de diciembre del 2006 se realizó la ceremonia de “Relanzamiento” del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, oportunidad en la cual se presentaron sus nuevos Reglamentos Arbitrales (vigentes desde el 1 de enero del 2007), el Programa de Seguimiento Virtual de Expedientes, así como la nueva identidad y logotipo de esta institución líder del arbitraje en el país.

Además, a través del Ing. Samuel Gleiser Katz y el Dr. Manuel de la Puente y Lavalle, Presidente de la Cámara de Comercio de Lima y Presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Centro, respectivamente, se reconoció a 50 árbitros de reconocida trayectoria, experiencia y dedicación puesta al servicio de la función arbitral.

Asimismo, se suscribió un Convenio de Cooperación Interinstitucional con el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, contando con la presencia de su Director, Dr. Rafael Bernal Gutiérrez.

I Curso de práctica arbitral

Del 2 al 18 de julio se llevará a cabo el I Curso de práctica arbitral, organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. El objetivo de este curso es brindar herramientas y recomendaciones de índole práctico a los asistentes interesados en desempeñarse como árbitros o como abogados de partes en disputas arbitrales.

La metodología consiste en seguir un caso real que es desarrollado por los asistentes, con el apoyo de profesores expertos en la materia. A través del caso se ofrece instrumentos para detectar cláusulas patológicas, redactar correctamente un Acta de Instalación del Tribunal, determinar con exactitud los puntos controvertidos, meritar debidamente las pruebas presentadas, entre otros aspectos que acontecen en la práctica arbitral.

Diplomado de Especialización de Arbitraje en la Contratación Pública, Convenio Universidad Ricardo Palma y Consucode

La Universidad Ricardo Palma en convenio con el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y con el auspicio del Círculo Peruano de Arbitraje está organizando el Diplomado de Especialización de

Arbitraje en la Contratación Pública. Dicha actividad académica está dirigida a aquellos profesionales que se propongan desempeñar roles de abogado, árbitro, secretario o perito en un arbitraje de derecho administrativo.

El Diplomado se desarrolla en 120 horas académicas, las que serán divididas en 3 módulos (I. Marco general del arbitraje, II. Desarrollo del arbitraje y III. Aplicaciones) y un Taller de Investigación. La metodología del Diplomado alterna clases teóricas con talleres de casos y mesas de debate a cargo de reconocidos especialistas en la materia. El Diplomado se inició el 24 de abril de 2007. Mayor información en <http://perfeccionate.urp.edu.pe/arbitrajedescrpcion.html>.

Maestría de derecho procesal y solución de conflictos

Por segundo año consecutivo, la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) –con el apoyo de la Escuela de Posgrado de la UPC y de la Sociedad de Economía y Derecho–, ofrece a los interesados la maestría de Derecho Procesal y Solución de Conflictos.

Esta maestría brinda a sus participantes las herramientas necesarias para que puedan manejar el fenómeno del conflicto desde una óptica económica (costo-beneficio), a nivel particular y social, de tal suerte que la solución a la que se arribe resulte satisfactoria y eficiente para todas las partes. Por ello, la maestría no sólo abarca asignaturas vinculadas al Derecho Procesal, sino también asignaturas de conciliación, mediación, arbitraje y técnicas de negociación, en tanto mecanismos alternativos para la solución de conflictos. En cuanto a los cursos de especialización en materia de arbitraje que brinda la maestría pueden mencionarse los siguientes: arbitraje nacional, arbitraje internacional, arbitraje en contratación pública y arbitraje en inversión extranjera.

Finalmente, y con la finalidad de potenciar las capacidades y destrezas de los participantes, la maestría ofrece cursos que permiten al abogado desarrollar sus argumentos de manera lógica, persuasiva, impactante y a través de una comunicación eficaz. También ofrece al alumno una formación básica en administración y costeo de procesos, gerencia de recursos y marketing de servicios.

Círculo Peruano de Arbitraje amplía información

La página *web* del Círculo Peruano de Arbitraje (www.limaarbitration.net) ha ampliado el contenido de la información especializada que difunde, incorporando tratados, reglamentos, jurisprudencia peruana y una nueva sección de libros y revistas relativos a temas arbitrales.

“Legis” lanza portal sobre arbitraje

LEGIS, una de las más prestigiosas empresas de información legal en América Latina, ha lanzado un portal sobre Arbitraje Comercial Internacional (www.arbitrajecomercial.com). En dicho portal se podrán encontrar artículos de opinión, reseñas de libros, comentarios a la jurisprudencia arbitral, entre otros.

Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación

Una de las páginas *web* más importantes en materia arbitral en el Perú, la constituye Servilex (www.servilex.com.pe). A través de este portal se puede acceder a la Revista Virtual Iberoamericana de Arbitraje y Mediación, en la que podrán encontrarse decenas de artículos, tanto nacionales como internacionales, información relativa a publicaciones, eventos y demás temas vinculados al quehacer arbitral.

Seminario Nacional sobre controversias inversionista-Estado

El 22 de mayo último se llevó a cabo el Seminario Nacional sobre Controversias Inversionista-Estado. El evento fue organizado de manera conjunta por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Economía y Finanzas, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

El Seminario puso énfasis en la importancia que hoy en día cobra el arbitraje debido al buen clima para los inversionistas. Sus objetivos se enfocaron en sensibilizar a los asistentes acerca de la importancia de los mecanismos arbitrales internacionales en la solución de controversias en el marco del CIADI; así como en reforzar la capacitación de los funcionarios en materia arbitral y presentar el “Sistema de Coordinación y respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión”.

Actividades académicas sobre arbitraje en el mundo

A nuestros lectores, les informamos de los eventos académicos que sobre arbitraje se llevarán a cabo en diferentes países del mundo (Mayor información: www.kluwarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/).

Junio

- New York: Leading Arbitrator's Symposium on the Conduct of International Arbitration (1 June 2007)
- Finland: Introduction to Arbitration (7-9 June 2007)
- San Francisco: ICC Arbitration workshop (11-12 June 2007)
- New York: Fordham Law School Conference on International Arbitration and Mediation (18-19 June 2007)
- 2nd Annual Dallas Roundtable for Young International Arbitrators (20 June 2007)
- Plano, Texas: 18th Annual ITA Workshop (21 June 2007)
- Sydney: Australian Dispute Resolution Association (ADRA) Conference (22 June 2007)
- Sydney: The Chartered Institute of Arbitrators Diploma in International Commercial Arbitration (25 June- 29 June 2007 & 2 July - 6 July 2007)
- Kenya: 3rd International Workshop on Arbitration and ADR in Africa (26- 28 June 2007)

Julio

- Heidelberg - University of Heidelberg's 4th Summer Academy on International Dispute Resolution (9-14 July 2007)

Setiembre

- Germany: 5th Summer Academy on International Commercial Arbitration (2-6 September 2007)
- London: The Emerging Jurisprudence of International Investment Law (14 September 2007)
- París: ICC PIDA Seminar/International Commercial Arbitration (17-20 September 2007)
- Miami: International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective (4-6 November 2007)

Sobre los Autores

Sobre
los Autores



SOBRE LOS AUTORES

(Por orden alfabético)

✓ **ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA** (*Perú*)

Abogada por la Universidad de Lima. Realizó estudios de especialización en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Harvard Law School, y en Derecho de la Electricidad, el Gas y la Energía en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Ha sido profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú (de 1997 a 2004). Actualmente es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (desde 1993), profesora de la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (desde 2006). Ha publicado numerosos artículos sobre Derecho Procesal y Arbitraje en libros y revistas del Perú y del extranjero. Es socia del Estudio Ehecopar Abogados, ejerce como abogada, árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de la Cámara de Comercio Americana, entre otras instituciones arbitrales (correo electrónico: anamaria-arrarte@ehecopar.com.pe).

✓ **JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ** (*España*)

Socio responsable del Departamento Procesal y de Arbitraje de Clifford Chance en España y miembro del Grupo de Arbitraje Internacional de Clifford Chance. Licenciado en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Abogado del Estado en excelencia. Profesor de Arbitraje, Derecho Civil y Procesal en las escuelas de negocios del Instituto de Empresa y San Pablo-CEU. Miembro de la Comisión de Arbitraje del Comité Español de la CCI y del Grupo latinoamericano de la CCI. Miembro de las listas de árbitros de la Corte de Arbitraje de Madrid, Corte Española de Arbitraje, Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) y del ICDR de la AAA. Ha participado como abogado o árbitro en más de 30 arbitrajes ante las instituciones arbitrales españolas más reconocidas, así como ante la CCI, LCIA, AAA, en procedimientos con reglas UNCITRAL, IATA y arbitrajes *ad hoc*. Ha asesorado en relación con reclamaciones ante el CIADI. Es miembro de la Junta Directiva del Club Español del Arbitraje (correo electrónico: JoseAntonio.Cainzos@CliffordChance.com).

✓ **ROQUE J. CAIVANO** (*Argentina*)

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires. Árbitro independiente y abogado consultor especializado en temas de arbitraje y resolución de conflictos. Profesor en grado y/o posgrado en las Universidades de Buenos Aires, de Belgrano, Nacional del Nordeste, Austral, Católica, Siglo 21, San Andrés, de Heidelberg y de Chile. Integra la lista de árbitros de los Centros de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Argentino-Brasileira de San Pablo (Brasil), de la Cámara de Mediación y Arbitraje de la Asociación Comercial de Paraná (Brasil), de la Cámara de Comercio de Santa Cruz (Bolivia) y de la Cámara de Comercio de Santiago (Chile). Miembro del Instituto argentino de Derecho Comercial, del Comité de Procedimientos Arbitrales de la International Seed Federation (Suiza), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y del Consejo Internacional del Comité Venezolano de Arbitraje. Miembro fundador del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT). Ha recibido entrenamiento en negociación (Universidad de Harvard, EE.UU.) y en mediación (Universidad de Pepperdine, California, EE.UU.). Ha dictado conferencias, cursos o talleres sobre temas vinculados con la resolución de conflictos en más de 150 eventos, en el país y en el exterior. Autor o coautor de cuatro libros y de 120 publicaciones, en revistas especializadas en la Argentina y en el exterior (correo electrónico: rcaivano@cabcbue.com.ar).

✓ **JUAN PABLO CORREA DELCASSO** (*España*)

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona desde el año 1997. Se doctoró por esta última Universidad en el citado año con la presentación de su Tesis Doctoral sobre El Proceso Monitorio, la cual recibió la calificación de "Apto Cum Laude por Unanimidad". Autor de numerosas publicaciones sobre este procedimiento (*El proceso monitorio*, 1998; *El proceso monitorio de la nueva LEC*, 2001, entre las más relevantes), de varios informes que han marcado la regulación normativa del nuevo proceso monitorio español, así como de numerosos artículos de Derecho Procesal, publicados tanto en revistas europeas como latinoamericanas. En la actualidad miembro del despacho J&A Garrigues, adscrito al área de Derecho Procesal y Arbitraje del mismo (correo electrónico: Juan.pablo.correa.delcasso@garrigues.com).

✓ **ÁNGEL MARCO CHÁVEZ GONZÁLES** (*Perú*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realizó estudios de Maestría en Derecho Financiero y Tributario en Boston University y de Derecho Empresarial en la Universidad Católica Santa María. Profesor del Programa de Maestría en Tributación de la Universidad del Callao, del

Postítulo en Tributación de la PUCP y del Diplomado de Especialización en Tributación del Colegio de Contadores de Lima. Ha sido funcionario de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria-SUNAT. Ha publicado el artículo *"El Arbitraje Internacional Tributario y los Convenios para evitar la doble imposición"* (2006) <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/tributacion.php>, además de otros artículos sobre Derecho Tributario en revistas del Perú (correo electrónico: achavezg@consultant.com).

✓ **ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ** (España)

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de Albacete de la Universidad de Castilla-La Mancha. En el tema del arbitraje ha publicado la monografía *"Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI"* (Tirant lo blanch, Valencia, 2004) así como, entre otros, los trabajos titulados *"Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los Tratados de protección y promoción de inversiones"* (San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005), premio de la II edición para el fomento del arbitraje concedido por la Corte Vasca de Arbitraje; *"Is Confidentiality Compatible with Foreign Investment Arbitration? Towards Greater Transparency and Participation of Third Parties in Arbitration between States and Investors"* (*Transnational Dispute Management*, Vol. 3, n° 2, 2006) o *"Competencia de los tribunales arbitrales a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral en materia de inversiones extranjeras"* (*Revista Brasileira de Arbitragem*, n° 10, 2006). Actualmente, se encuentra en preparación de un nuevo trabajo con el título *"La expropiación indirecta y el arbitraje en inversiones extranjeras"* (correo electrónico: Enrique.Fdez@uclm.es).

✓ **ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA** (Perú)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho con Mención en Derecho Civil por la misma Universidad (1999). Estancia temporal de investigación en el Departamento de Derecho Procesal Civil de la Universidad Pompeu Fabre (Barcelona, España). Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad de Lima desde 1988 hasta 1992 y en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1993 hasta la fecha. Profesor en la Academia de la Magistratura. Profesor de la Maestría en Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje *American Chamber of Commerce of Peru*, del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE y del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor de numerosos artículos y publicaciones y expositor en diversos seminarios y *forums* sobre arbitraje y derecho

procesal. Integrante de la comisión encargada de la elaboración del anteproyecto del Código Procesal Civil. Socio del estudio Jorge Avendaño V. Abogados S. Civil. de R. L. (correo electrónico: epalacios@ejav.com.pe).

✓ **CARLOS PANIAGUA GUEVARA** (*Perú*)

Ingeniero civil por la Universidad Ricardo Palma. Realizó estudios de especialización en Derecho de la Electricidad, el Gas y la Energía (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas), en Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), en Arbitrajes en la Contratación Pública (Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Universidad Ricardo Palma), Programa de Especialización para Ejecutivos (ESAN). Ejerce como ingeniero civil, árbitro de la nómina del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, socio de la empresa PCONSA (correo electrónico: cpaniagua@free.com.pe).

✓ **IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE** (*España*)

Socio de Clifford Chance en España. Abogado por la Universidad de Madrid. Master en Consultoría Legal Corporativa por el Instituto de la Empresa. Miembro de la Asociación Madrid Bar. Especialista en las áreas de Litigios y Resolución de Disputas (correo electrónico: Inigo.Rodriguez-Sastre@CliffordChance.com).

✓ **CARLOS RUSKA MAGUIÑA** (*Perú*)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios de Maestría en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM y estudios de Maestría en Cooperación Internacional y Gestión de Proyectos por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset de Madrid, España. Ha seguido estudios sobre dirección y administración de Centros de Conciliación y Arbitraje en la Cámara de Comercio de Bogotá, Colombia y, estudios sobre Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos dictados por el Conflict Management Group, del Proyecto de Negociación de la Universidad de Harvard. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y en la Maestría de Derecho de Empresa de ésta última casa de estudios. Ha sido Director del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y consultor de diversos proyectos vinculados con el tema de Resolución Alternativa de Conflictos en distintos contextos promovidos por el BID, la USAID y el PNUD. Árbitro, miembro de la Comisión Consultiva de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de MARC PERÚ (correo electrónico: cruska@marcperu.com).

✓ **GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO** (Perú)

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con posgrado en Administración de Empresas (ESAN). Master en *Droit International des Affaires* por la *Université Jean Moulin, Lyon III*. Autor de diversos artículos sobre arbitraje nacional e internacional. Ha sido asesor legal y ejecutivo del Grupo Telefónica. Actualmente se desempeña como consultor en Derecho Empresarial, Arbitraje y Derecho Internacional (correo electrónico: magta2004@yahoo.com.mx).

✓ **JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA** (Perú)

Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realizó estudios de posgrado en Derecho Comparado en el *Inter American Law Institute (Law School, New York University)* y en Derecho y Desarrollo en la Facultad de Derecho de la Universidad de *Wisconsin*. Profesor de la Facultad de Derecho de la PUCP. Ha sido funcionario internacional de la Organización Internacional del Trabajo y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En marzo de 1995 fue elegido por el Congreso de la República como el primer Defensor del Pueblo del Perú, cargo que ocupó hasta noviembre de 2000. Ha publicado *Estado y clase en el Perú: La comunidad industrial* (1976), *La huelga en el Perú* (1978), además de numerosos artículos sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho Administrativo en libros y revistas del Perú y del extranjero. Fundador en 1991 del Estudio Santistevan de Noriega & Asociados. Ejerce como abogado, árbitro y consultor internacional. Dicta por invitación los cursos de "Contratación con el Estado" en la Maestría en Derecho de la Empresa de la Universidad de Lima y "Sistemas Judiciales Comparados" en la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la PUCP (correo electrónico: jorge@santistevandenoriega.com).

✓ **CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA** (Perú)

Miembro del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados. Director Ejecutivo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. Profesor de Derecho Civil (Contratos) en la Universidad de Lima y Profesor de Contratos y Arbitraje en la Universidad San Ignacio de Loyola. Profesor visitante en los Posgrados de Derecho de Daños y Derecho de la Empresa en la Universidad Nacional del Litoral, y Responsabilidad Civil y Derecho de Contratos en la Universidad Externado de Colombia. Asesor y Secretario de la Comisión de Reforma del Código Civil de 1984. Miembro del Club Español del Arbitraje. Árbitro del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - CONSUCODE.

Miembro correspondiente extranjero de las Academias de Derecho de Venezuela y Bolivia. Ha publicado como coordinador y co-autor: *Instituciones de Derecho Privado*, 6 tomos. *El Contrato en una Economía de Mercado*, *La Transformación del Derecho de Contratos*, *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, 3 tomos (correo electrónico: csoto@munizlaw.com).

✓ **ADRIÁN SIMONS PINO** (*Perú*)

Abogado por la Universidad de Lima. Profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Lima. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Director de la Asociación Peruana de Derecho Procesal. Árbitro del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Árbitro de Amcham (American Chamber of Commerce) (correo electrónico: adriansimons@blmblegal.com).

✓ **C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA** (*Inglaterra*)

Consejero legal de Clifford Chance e integrante de los grupos de Arbitraje Comercial Internacional y de Derecho Internacional. Cursó estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde se graduó con honores. Obtuvo un *Master in Laws* (LL.M) en la Harvard Law School. Durante cuatro años prestó servicios en la Procuración del Tesoro de la Nación representando a la República Argentina y a empresas estatales en diversos arbitrajes. Ha participado en arbitrajes de la Corte de Arbitraje de Londres (CAOL), de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), del Centro Internacional para el Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI). Ha sido profesor en las Universidades de Buenos Aires, Palermo y Torcuato di Tella. Miembro de los Comités de Arbitraje Comercial Internacional (alterno) y de Derecho Internacional de las Inversiones (principal) de la *International Law Association*. Autor de diversas publicaciones sobre arbitraje internacional (correo electrónico: ignacio.suarezanzorena@cliffordchance.com).

Agradecimientos

Agradecimientos



Agradecimientos

El Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE agradece a las personas e instituciones que han colaborado, directa o indirectamente, con la publicación del cuarto número de nuestra revista:

Centro de Arbitraje AmCham Perú
Centro de Conciliación y Arbitraje de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Diario Oficial "El Peruano"
Amprimo Abogados
Barreda Moller S.C de R.L.
Barrios, Fuentes, Gallo Abogados
Cámara de Comercio Internacional - CCI
Estudio Carbonell O'Brien Abogados
Dechert CCP
Forsyth & Arbe Abogados
Fort, Bertorini, Godoy, Pollari & Carcelén
Abogados
Estudio Gherzi Abogados
Hernández & Cía. Abogados
Grellaud y Luque Abogados
Miranda & Amado Abogados
Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman &
Luna-Victoria, Abogados
Estudio Monroy Abogados
Montezuma Abogados
Estudio Ehecopar Abogados
Estudio Grau Abogados
Estudio Olaechea
Pérez Bustamante & Ponce Abogados
Estudio Pizarro, Botto & Escobar
Estudio Rodríguez Larraín S.C.R.L.
Estudio Rodrigo, Elías & Medrano
Estudio Roselló
Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados

Estudio Santistevan de Noriega & Asociados
Estudio Shoschana Zusman
MARC PERU
Revista de Economía y Derecho - UPC
Revista de Derecho Athina
Sparrow, Hundskopf & Villanueva Abogados



Adrián Simons Pino
Aldo Defilippi Traverso
Alex Campos Medina
Alberto Montezuma Chirinos
Alfonso de los Heros Pérez Albela
Alfonso Gómez-Acebo
Alfredo Barreda
Alvaro Loredó Romero
Ana María Arrarte Arisnabarreta
Augusto Ferrero Costa
C. Ignacio Suárez Anzorena (*Argentina*)
Carlos Cornejo
Carlos Paniagua Guevara
Carlos Ruska Maguiña
Carola Bustamante Rosales
César Arbe
César Guzmán-Barrón Sobrevilla
Christian Carbajal
Claudia Vásquez
Eduardo Barboza Beraún
Eduardo Silva Romero

AGRADECIMIENTO

Emilio Rodríguez
Enrique Fernández Masiá (*España*)
Enrique Gherzi Silva
Enrique Palacios Pareja
Esteban Carbonell O'Brien
Fausto Viale Salazar
Felipe Bertorini Guibert
Fernando Barreda
Fernando de Trazegnies Granda
Fernando Vidal Ramírez
Fernando Zuzunaga Del Pino
Francisco José del Solar
Guillermo Grellaud
Guillermo Lohmann Luca de Tena
Guillermo Sánchez Bravo
Hugo Alberto Morote Nuñez
Iñigo Rodríguez-Sastre (*España*)
Javier Ballón-Landa
Javier de Belaunde López de Romaña
Javier Loret de Mola
Javier Luque
Jessica Delgado
Jessica Jhonson
José Antonio Caínzos Fernández (*España*)
José C. Godoy
José Daniel Amado
Jorge Muñoz Ziches
Jorge Pérez-Taiman
José Barreda
Juan Caballero
Juan Monroy Gálvez
Juan José Monroy Palacios
Juan Pablo Correa Delcasso (*España*)

Katherine González Arrocha
Karla Espinoza Villanueva
Kenneth Olsen Martens
Luis C. Rodrigo
Luis Fuentes
Luis Hernández Berenguel
Juan Luis Hernández Gazzo
Luis Manuel Vinatea Recoba
Luis Pizarro Aranguren
Luis Rodríguez-Mariategui Canny
Manuel Pablo Olaechea
Manuel Villa-García Noriega
Margie-Lys Jaime Ramírez (*Panamá*)
Marco Chávez González
María Avalos Cisneros
María Hidalgo
Mayte Remy Castagnola
Melina Martínez Nuñez
Mercedes Valencia Mendoza
Miguel Grau W.
Miguel Grau M.
Natale Amprimo Plá
Nelson Ramírez Jiménez
Oswaldo Hundskopf Exebio
Raúl Barrios
Ricardo Escobar
Richard Linares Cabanillas
Rodrigo Jijón Lerrot
Ronald Aparicio Soria
Roque J. Caivano (*Argentina*)
Sergio Barboza Beraún
Shoschana Zusman Tinman

Las personas interesadas en colaborar con la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE pueden hacer llegar sugerencias, comentarios, noticias, artículos, laudos arbitrales o decisiones judiciales a la siguiente dirección: Av. Pardo N° 1540, Miraflores, Lima 18 – Perú, Tífs. (51-1) 415-4920, 221-5260, Fax: (51-1) 421-7614, correos electrónicos: jorge@santistevandenoriega.com; csoto@munizlaw.com y revistaperuanadearbitraje@gmail.com
El Comité Editor agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores en el presente número.

Índices Históricos

Índices
Históricos



CONTENIDO

Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005

DOCTRINA

- ✦ Guiado por una mano invisible. El orden público al amparo del capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
HENRI ALVAREZ (*Canadá*)
- ✦ Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por Argentina
OSVALDO J. MARZORATI (*Argentina*)
- ✦ El arbitraje y los tratados de libre comercio
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York
BERNARDO M. CREMADES (*España*)
- ✦ ¿Cuándo estamos ante un arbitraje nacional o internacional conforme a la Ley General de Arbitraje?
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ Arbitraje institucional o arbitraje ad-hoc ¿He ahí el dilema?
PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO (*Perú*)
- ✦ Interferencia judicial en los arbitrajes
GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA (*Perú*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ✦ **Caso Arbitral N° 015-2002/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Javi Contratistas Generales S.A.
Demandado: Instituto Nacional Penitenciario - INPE
- ✦ **Caso Arbitral N° 082-2003/SNA-CONSUCODE**
Demandante: Jenny Hortensia Egüsquiza Oliveros
Demandado: Instituto Nacional de Desarrollo - INADE

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

- ✦ **Caso Nro. ARB/03/4**
Demandante: Empresas Lucchetti S.A. y Lucchetti Perú S.A.
Demandado: República del Perú
- ✦ **Caso Nro. ARB/97/3**
Demandante: Compañía de Aguas del Aconguija S.A. y
Vivendi Universal (antes *Compagnie Générale des Eaux*)
Demandado: República Argentina

NOTAS DE INTERÉS

- ✦ Directorio de Centros de Arbitraje
- ✦ Repertorio de Leyes de Arbitraje
- ✦ Circular de la Corte Suprema de la República del Perú: Sobre el respeto a la autonomía de la jurisdicción arbitral
- ✦ Fallo de la Corte Suprema de la República del Perú: Reconocimiento de la jurisdicción arbitral e inexistencia de conflicto de competencia entre jueces y tribunales arbitrales

SOBRE LOS AUTORES

CONTENIDO

Segundo Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 2/2006

DOCTRINA

- ✦ Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (*Perú*)
- ✦ Requisitos para ser árbitro
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ La independencia e imparcialidad de los árbitros
JOSÉ MARÍA ALONSO (*España*)
- ✦ Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje
ROQUE J. CAIVANO (*Argentina*)
- ✦ Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ (*Perú*)
- ✦ Arbitrajes mixtos y Ley aplicable en el TLC - Países Andinos con USA
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI
C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA (*Argentina*)
- ✦ La jurisdicción *ratione temporis* en arbitrajes bajo los Tratados Bilaterales de Inversiones
PAOLO DI ROSA (*Estados Unidos de Norteamérica*)

- ✦ El arbitraje internacional CIADI y la protección de las inversiones. Nuevas tendencias y alcances de los BITs
GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO (*Perú*)
- ✦ Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje
MARTA GONZALO QUIROGA (*España*)
- ✦ ¿Por qué España? Razones para elegir España como sede de arbitrajes internacionales
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS (*España*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)

- ✦ **Expediente Arbitral N° 080-2004/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Urgencia Postal S.A.
Demandado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. (Editora Perú)
Materia: Indemnización por daños
- ✦ **Expediente Arbitral N° 149-2003/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Superconcreto del Perú S.A.
Demandado: Municipalidad Provincial de Piura
Materia: Resolución de contrato

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

- ✦ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 1**
Demandante: Metalclad Corporation
Demandado: Estados Unidos Mexicanos
- ✦ **Caso Nro. ARB (AF) / 97 / 2**
Demandante: Robert Azinian, Kenneth Davitian y Ellen Baca
Demandado: Estados Unidos Mexicanos

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ✦ Exp. N° 6167-2005-PHC/TC - LIMA
Fernando Cantuarias Salaverry
- ✦ Comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional:
“Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje”
J. DOMINGO RIVAROLA REISZ (*Perú*)

Corte Superior de Justicia de Lima

- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 598-2003
Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
Demandante: Ministerio de Transportes y Comunicaciones
Demandado: Telefónica del Perú S.A.A. y otro
- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 384-2003
Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima
Demandante: Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A.
(EDELNOR)
Demandado: Estación de Servicios El Obelisco S.A.

Corte Superior de Justicia de Lima – Primera Sala Civil Subespecializada Comercial

- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
Exp. N° 195-2005
Demandante: Repsol Comercial S.A.C.
Demandado: Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

CONTENIDO

Tercer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 3/2006

DOCTRINA

- ✦ *¿Lex mercatoria rediviva? Primera parte: De la Edad Media a la Postmodernidad*
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA (*Perú*)
- ✦ *Jurisdiccionalidad del arbitraje*
FERNANDO VIDAL RAMÍREZ (*Perú*)
- ✦ *La Sala Constitucional y el arbitraje comercial. Hacia un régimen racional del control judicial del laudo arbitral en el derecho venezolano*
ALFREDO DE JESÚS O. (*Venezuela*)
- ✦ *El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional la procedencia del amparo contra laudos arbitrales*
JAIME DAVID ABANTO TORRES (*Perú*)
- ✦ *Apuntes sobre arbitraje comercial internacional en la República Popular de China*
DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*Costa Rica*)
- ✦ *El Arbitraje en los AIIIs 2005-2006. Balance general e innovaciones*
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI (*Perú*)
- ✦ *Protección a las inversionistas: ¿El gobierno podrá parar la música? Antecedentes del Capítulo XI del TLCAN*
MARK A. CYMROT / ELLIOT J. FELDMAN / MICHAEL S. SNARR (*EE.UU.*)

- ✦ El sistema arbitral de consumo en España
CARLOS LASARTE ÁLVAREZ (*España*)
- ✦ La revolución del arbitraje en Brasil y su aceptación por el Poder Judicial
SILVIA BUENO / LISE DE ALMEIDA (*Brasil*)
- ✦ La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos
ALEXANDER CAMPOS MEDINA (*Perú*)
- ✦ Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al derecho argentino)
JULIO CÉSAR RIVERA (*Argentina*)
- ✦ Pronunciamiento acerca de los costos del arbitraje en el laudo arbitral
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*Perú*)
- ✦ La impugnación del laudo en la ley arbitraje española de 2003
RAFAEL HINOJOSA SEGOVIA (*España*)
- ✦ Arbitraje no vinculante: análisis y sugerencias para su implementación como herramienta efectiva en la resolución de conflictos
MARÍA HAYDÉE MIGUEL (*Argentina*)

LAUDOS ARBITRALES NACIONALES

Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del estado (CONSUCODE)

- ✦ **Caso Arbitral N° 013-2005/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: Point Trading
Demandado: Ministerio del Interior
Materia: Cumplimiento de pago
- ✦ **Expediente Arbitral N° 070-2004/SNCA-CONSUCODE**
Demandante: IBA Internacional Business Association S.R.L.
Demandado: Electro Oriente S.A.

Tercero: Motore Und Energietechnik
Betrobsgesellschaft Mbh.
Materia: Cumplimiento de pago, cesión de derechos e
intervención de tercero

LAUDOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Centro internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

- ✦ **Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 03**
Demandante: Aguas de Tunari S.A.
Demandado: República de Bolivia
- ✦ **Caso CIADI Nro. ARB / 02 / 10**
Demandante: IBM World Trade Corporation, Actor
Demandado: República de Ecuador

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Tribunal Constitucional

- ✦ **Exp. N° 1567-2006-PA/TC LIMA**
Compañía de Exploraciones Algamarca
Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional

Corte Suprema de Justicia de la República

- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
CAS N° 1512-2004 LIMA

Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil con Subespecialidad comercial

- ✦ **Anulación de Laudo Arbitral**
Expediente: 1174-2005
Demandante: Compañía Minera Antamina S.A
Demandado: JRC Minería y Construcción S.A.C.

▲ **Anulación de Laudo Arbitral**

Expediente 60-2005

Demandante: Gobierno Regional de Piura

Demandado: Construcción Corporation S.A.C. y otros

▲ **Ejecución de Laudo Arbitral**

Expediente 300-2006

Demandante: Casoli S.A.C.

Demandado: Municipalidad Distrital de Carmen de la Legua Reynoso

Corte Superior de Justicia de Lima - Quinta Sala Civil

▲ **Anulación de Laudo Arbitral**

Expediente 570-2005

Demandante: Fuerza Aérea del Perú

Demandado: Consorcio conformado por la Planta de Reparación de Aeronaves de Ulan-Ude, Motores Vladimir Klimov-Motor Sich, Oscar Avia Group y Pacific Aerospace Holdings Ltd.

PROYECTO DE MODIFICACIONES PARCIALES A LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE DEL PERÚ (LEY N° 26752)

NOTICIAS ARBITRALES

SOBRE LOS AUTORES

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	V
<i>Presentación</i>	IX

DOCTRINA

Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral “*in toto*”

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

Introducción	3
1. Sigue el debate sobre el reconocimiento constitucional y la jurisdiccionalización del arbitraje	6
2. Inmunización del arbitraje y control jurisdiccional posterior	13
3. ¿Bajo qué condiciones cabe el amparo contra una decisión arbitral por afectación al debido proceso?	26
4. El problema de la recusación del tribunal en pleno en el marco del derecho al juez imparcial que forma parte del debido proceso ¿laguna de la ley o exceso del TC?	30
5. El control difuso de la constitucionalidad de la ley en sede arbitral	39
6. Conclusiones y comentario final	42

**Pacte con cuidado,
podría terminar en el Poder Judicial**

CARLOS RUSKA MAGUIÑA

1.	Introducción	49
2.	Por qué las partes pactan el arbitraje	49
3.	La partida de nacimiento del arbitraje: el convenio arbitral	53
4.	Cuidado con las cláusulas patológicas	56
5.	Conclusión	64

**Algunos problemas derivados de los arbitrajes
con partes o relaciones jurídicas múltiples**

ROQUE J. CAIVANO

1.	Introducción	65
2.	Problemas relativos al alcance del acuerdo arbitral	69
	2.1. Multiplicidad de partes vinculadas en un único contrato	69
	2.2. Multiplicidad de contratos entre las mismas partes	72
	2.3. Multiplicidad de contratos entre partes también múltiples	74
3.	Problemas procesales	75
	3.1. Acumulación de acciones y consolidación de procesos judiciales	76
	3.2. Acumulación de acciones en arbitrajes con partes múltiples o contratos múltiples	78
	3.2.1. <i>Acumulación objetiva de acciones entre las mismas partes vinculadas por un único contrato</i>	79
	3.2.2. <i>Acumulación objetiva o subjetiva de acciones, en caso de partes múltiples vinculadas por un solo contrato</i>	80
	3.2.3. <i>Acumulación objetiva de acciones en caso de dos partes vinculadas por varios contratos</i>	81

3.2.4.	<i>Acumulación objetiva y subjetiva de acciones en caso de varias partes vinculadas por varios contratos</i>	82
3.2.5.	<i>Requisitos comunes para la acumulación de acciones (conexidad y temporaneidad)</i>	83
3.3.	Acumulación de procesos arbitrales en trámite (consolidación)	85
3.3.1.	<i>La conexidad requerida para consolidar procesos arbitrales</i>	86
3.3.2.	<i>La oportunidad en que la consolidación debe plantearse</i>	89
3.3.3.	<i>La conformidad de las partes para consolidar arbitrajes</i>	90
3.3.4.	<i>Consolidación compulsiva autorizada por ley</i>	98
3.3.5.	<i>Quién decide la consolidación</i>	109
3.4.	La formación del tribunal arbitral en casos con partes múltiples	112
4.	Conclusión	119

**Apuntes sobre el arbitraje administrativo
y la materia arbitrable respecto de
adicionales de obra**

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA
CARLOS PANIAGUA GUEVARA

1.	Introducción	121
2.	Contexto: el Estado y el arbitraje	122
3.	El arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento: su tratamiento respecto de los contratos de obras públicas y de los adicionales de obra	126
4.	¿Existe razonabilidad técnica y jurídica para considerar materia no arbitrable a los adicionales de obra superiores al 10%?	134
5.	¿Qué ocurre con la obra, cuando los adicionales superan el 10% del valor originalmente previsto, y se requiere la intervención de la CGR?	139

6.	Las obras adicionales ejecutadas sin aprobación previa y el enriquecimiento sin causa	146
7.	A manera de conclusión	154

De la distinción entre “*treaty claims*” y “*contract claims*” dentro del arbitraje transnacional en materia de inversiones

MARGIE-LYS JAIME RAMÍREZ

A.	Plan de trabajo	157
1.	Del arbitraje transnacional en materia de inversiones sin lazo contractual	158
2.	De la competencia del Tribunal Arbitral para resolver la diferencia	162
3.	De la distinción entre “ <i>treaty claims</i> ” y “ <i>contract claims</i> ”	164
4.	De la eficacia de las “ <i>umbrella clauses</i> ” en la atribución de la responsabilidad del Estado, en particular con respecto a las obligaciones contractuales	171
5.	A manera de conclusión	179
6.	Referencia bibliográfica especializada	180

Acumulación de arbitrajes en la esfera internacional: tensiones y problemas

C. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA

1.	Introducción	184
2.	¿De qué hablamos cuando hablamos de acumulación de arbitrajes?	184
3.	Tensiones fundamentales	186
A.	La tensión fundamental: la fuente contractual del arbitraje <i>vs.</i> los valores de eficiencia y equidad en la administración de justicia	186
B.	Tensiones secundarias: acumulación <i>vs.</i> especialidad, celeridad y confidencialidad	188

4.	Marco normativo	189
	A. Acuerdo arbitral	189
	B. Reglamentos de arbitraje internacional	190
	C. <i>Lex arbitri</i>	193
5.	Supuestos básicos	198
	A. Dos procedimientos arbitrales separados entre las mismas partes basados en un mismo contrato y en un único acuerdo arbitral	199
	B. Dos procedimientos arbitrales entre las mismas partes basados en contratos distintos	200
	C. Dos procedimientos arbitrales con partes distintas y con base en contratos distintos	201
6.	Posibles fronteras de la acumulación de arbitrajes en materia de validez y ejecutabilidad	201
	A. Acumulación <i>vs.</i> igualdad en la constitución del Tribunal (el caso Dutco)	202
	B. Acumulación <i>vs.</i> ejecutabilidad del laudo por no haberse constituido el Tribunal de conformidad con la voluntad de las partes	205
7.	Acumulación y arbitraje bajo Tratados Bilaterales de Inversión	206
	A. Multiplicidad de reclamos conexos bajo tratados de inversión	207
	B. Acumulación de arbitrajes en TBIs	209
	C. La experiencia en materia de acumulación bajo TBIs	212
8.	Acumulación de hecho	213
	A. Tribunales con similar composición	214
	B. Coordinación de procedimientos	215
	C. Los arbitrajes encadenados	216
9.	Consideraciones finales	216

Primeras aplicaciones de las nuevas reglas de arbitraje del CIADI sobre transparencia y participación de terceros en el procedimiento arbitral

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA

1. Introducción: las nuevas reglas de arbitraje del CIADI como respuesta a las críticas vertidas sobre el procedimiento arbitral inversor-Estado	219
2. Primera aplicación: Biwater c. Tanzania	224
3. Segunda aplicación: Suez c. Argentina	229
4. Conclusión: una puerta entrabierta al procedimiento arbitral CIADI para los terceros	237

La prejudicialidad civil de los procedimientos arbitrales sobre los judiciales

JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ
IÑIGO RODRÍGUEZ-SASTRE

1. Introducción	241
2. La litispendencia	243
2.1. La primera fuente de la que beberemos es el derecho positivo del país en el que se desenvuelva la labor del órgano judicial al que queramos plantear esta cuestión	244
2.2. Los convenios internacionales	249
2.3. La jurisprudencia	249
3. La prejudicialidad civil	250
3.1. La LEC de 1881	250
3.2. La LEC de 2000	251
3.3. Los tratados internacionales	253
3.4. La jurisprudencia	253
4. La prejudicialidad civil de un arbitraje sobre un proceso judicial	255

4.1. El supuesto de hecho	256
4.2. La naturaleza jurisdiccional del arbitraje	259
4.3. Los efectos de cosa juzgada material del laudo	260
4.4. Los requisitos para apreciar la prejudicialidad	262
4.5. El alcance del término “Tribunal civil”	262
4.6. Las resoluciones de los dos Juzgados de Barcelona que analizaron la materia	264
5. Conclusiones	266

**Arbitraje y référé en Francia. Reflexiones finales
en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares
en materia arbitral**

JUAN PABLO CORREA DELCASSO

1. Introducción	269
2. La tutela cautelar en el derecho francés: el <i>référé</i>	273
2.1. Origen y evolución histórica	273
2.2. Naturaleza jurídica	275
2.3. Objeto y funciones	281
2.3.1. Objeto	281
2.3.2. Funciones	284
2.4. Procedimiento	289
3. Análisis de la aplicación práctica del <i>référé</i> en materia arbitral, así como de la nueva regulación del “ <i>référé pré-arbitral</i> ” de la CCI	292
3.1. Introducción	292
3.2. Potestades que la ley francesa reconoce a los árbitros en materia cautelar	293
3.3. Aplicación por la jurisdicción ordinaria del “ <i>référé</i> ” en materia de arbitraje	299
3.3.1. Cuando el Juez no prejuzga teóricamente el fondo del asunto	302

3.3.2. Cuando el Juez prejuzga el fondo del asunto	305
3.4. El reglamento de <i>référé pré-arbitral</i> de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI	307
3.4.1. Introducción	307
3.4.2. Orígenes	308
3.4.3. Procedimiento	310
3.4.4. Naturaleza jurídica	316
3.4.5. Aplicaciones recientes del <i>référé pré-arbitral</i>	318
4. Conclusión. Reflexiones finales en torno a nuestro actual sistema de medidas cautelares en materia arbitral	321

La motivación de los laudos y el recurso de anulación

ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA

1. Introducción	327
2. La jurisdiccionalidad del arbitraje	328
3. El debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva como derechos fundamentales	329
4. Cuándo se incumple con el deber de motivar	334
5. La consecuencia de la falta de motivación del laudo	339
6. Conclusiones	341

La eficacia del arbitraje internacional y el nebuloso control judicial de los convenios arbitrales en el Perú, ¿quién controla al controlador?

GUILLERMO SÁNCHEZ BRAVO

1. Introducción	344
2. Los principios de autonomía y competencia-competencia, pilares de la cláusula de arbitraje internacional	345

2.1.	Autonomía de la cláusula arbitral	346
	<i>A. Autonomía respecto de la suerte del contrato</i>	347
	<i>B. Autonomía respecto a toda ley</i>	349
2.2.	Principio de competencia - competencia	353
3.	En búsqueda del “punto de equilibrio” entre el ejercicio de la jurisdicción arbitral y el control de la jurisdicción estatal	355
4.	La eficacia del arbitraje internacional en el Perú y el nebuloso control judicial sobre la competencia arbitral y la validez de las cláusulas de arbitraje internacional	359
5.	Conclusión	364

**La expropiación indirecta y el
Capítulo 10 del TLC suscrito por el
Perú con Estados Unidos de Norteamérica**

MARCO CHÁVEZ GONZÁLES

1.	Introducción	367
2.	La expropiación indirecta en el TLC suscrito por el Perú	368
	2.1. La expropiación indirecta mediante medidas fiscales en el TLC suscrito con USA	369
	2.2. ¿En el TLC suscrito con Estados Unidos quién califica la medida fiscal como confiscatoria?	371
3.	El arbitraje según el Capítulo 10 del TLC suscrito por el Perú	372
	3.1. Arbitraje según el Convenio del CIADI	373
4.	Plazo para la ejecución del laudo arbitral en el TLC	379
5.	Conclusión	379

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

▲ **Laudo Arbitral**
Demandante: GyM S.A.

Demandado: Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL	
Materia: Liquidación de Contrato de Prestación de Servicios	383

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

▲ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	
- Caso CIADI Nro. ARB/01/10	
Demandante: Repsol YPF Ecuador, S.A.	
Demandado: Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)	423

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

▲ Tribunal Constitucional	
- Exp. N° 7641-2005-PA/TC	
Eustaquio Jiménez Contreras	457
▲ Corte Suprema de Justicia de la República del Perú	
- Anulación de Laudo Arbitral	
Cas. N° 825-2006-Lima	461
▲ - Reconocimiento de Laudo Arbitral	
A.P. N° 323-2005-Lima	467
▲ Corte Superior de Justicia de Lima - Tercera Sala Civil	
- Anulación de Laudo Arbitral	
Expediente: 1632-04	
Demandante: Provías Nacional	
Demandado: J JC Contratistas Generales S.A.A.	469
- Anulación de Laudo Arbitral	
Expediente: 917-2001	
Demandante: San Fernando S.A.	
Demandado: Alimentos Protina S.A.	473

COMENTARIOS BIBLIOGRÁFICOS

El arbitraje internacional de inversiones *vis a vis* la protección internacional de los derechos humanos: comentarios a propósito de la presentación del libro del profesor Fernando Cantuarias

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

Introducción necesaria	489
El autor	490
La obra	492
✦ Importancia del arbitraje para el desarrollo de las inversiones en el Perú	493
✦ La protección diplomática de antaño	493
✦ El remedio de la Cláusula Calvo	494
✦ La creación del CIADI	494
✦ La legitimación del inversionista para demandar al Estado ante un tribunal arbitral internacional	495
✦ Los precedentes de legitimación de particulares frente al Estado en el Derecho Internacional	496
✦ ¿Existe un parangón entre la protección a los derechos humanos y la protección a las inversiones?	496
✦ Algunas diferencias relacionadas con este parangón	498
✦ El agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna como factor de diferenciación	499
✦ La publicidad del proceso como elemento de diferenciación	501
✦ Marco de derechos previamente codificado	501
✦ Mayor preponderancia de lo que resuelven los tribunales arbitrales en materia de protección a las inversiones	502
✦ Las imprecisiones en cuanto a la aplicación del derecho internacional en los arbitrajes sobre inversiones	503

EVENTOS DESTACADOS

La presencia del Perú en la 5ª Conferencia Internacional de Arbitraje: perspectiva comparada y de 360 grados

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
ADRIÁN SIMONS PINO

Los 360 grados de enfoque desde una perspectiva comparada	508
La Presidencia de la Conferencia	508
Visión integral del arbitraje y abordaje compasivo USA - LA	509
Los abogados de las grandes corporaciones frente al arbitraje	509
Árbitros americanos <i>versus</i> árbitros latinoamericanos ¿grandes distancias o grandes acercamientos?	510
Algunas diferencias conceptuales	510
La visión de los jueces de aquí y de allá	518

El Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje y nuestra Revista

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
CARLOS A. SOTO COAGUILA

✦ El desarrollo del arbitraje comercial en el Perú como resultado de la Ley General de Arbitraje y de la Ley General de Sociedades	533
✦ La opción del Estado a favor del arbitraje en materia contractual	534
✦ El arbitraje con el Estado en materia de indemnizaciones provenientes de expropiaciones o de sentencias emitidas por tribunales internacionales	535
✦ La incidencia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción de Inversiones (TPIs) en el arbitraje con el Estado	535

✦ La demanda por una mayor especialización en materia arbitral en nuestro país	536
✦ El arbitraje en el Perú comienza a aparecer en la agenda internacional del arbitraje	538
✦ La importancia del Primer Congreso Peruano Internacional de Arbitraje realizado en Lima del 9 al 12 de abril de 2007	538
✦ La singularidad del arbitraje de inversiones en un mundo globalizado	540
✦ La trascendencia de este primer evento	540
✦ Los anales del Congreso en vías de publicación	541
✦ Agradecimientos indispensables	541
NOTICIAS ARBITRALES	545
SOBRE LOS AUTORES	555
AGRADECIMIENTOS	563
ÍNDICES HISTÓRICOS	565
Primer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 1/2005	567
Segundo Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 2/2006	569
Tercer Número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE 3/2006	573
ÍNDICE GENERAL	577

Notas

Notas

Esta revista Se terminó de imprimir por Magma Ediciones
en el mes de junio de 2007