



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
(PRESIDENTE)

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
(DIRECTOR)

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

CARLOS RUSKA MAGUIÑA

ROGER RUBIO GUERRERO

ESPECIAL

NUEVA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008

La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ) / ROQUE J. CAIVANO (ARGENTINA)

Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (D.L. N° 1071)
JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)

Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano
ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (PERÚ)

Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la ley española
FAUSTINO CORDÓN MORENO (ESPAÑA)

La "falsa" extensión del acuerdo arbitral a terceros:
El ejemplo de México
JAMES A. GRAHAM (MÉXICO)

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL - CASO METALPAR S.A. Y BUEN AIRE S.A.
Comentario al Caso CIADI Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v. República Argentina
Comentado por **OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO (ARGENTINA)**

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

Comentadas por **BRIANA CANORIO CALDERÓN / LENER PAREDES ARÉVALO (PERÚ)**
GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA / MARIO CASTILLO FREYRE (PERÚ)

EVENTOS DESTACADOS

Conferencia de Clausura: II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje, Lima - Perú
CRISTIAN CONEJERO ROOS (FRANCIA)

NOTICIAS ARBITRALES

7 / 2008





REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE



REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

COMITÉ EDITOR

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
PRESIDENTE

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DIRECTOR

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ
CARLOS RUSKA MAGUIÑA
ROGER RUBIO GUERRERO

KATTY MENDOZA MURGADO
(ASISTENTE)

7

2008



REVISTA PERUANA DE
ARBITRAJE

**DERECHOS RESERVADOS:
DECRETO LEGISLATIVO Nº 822**

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

© 2008, REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE

© 2008, Jorge Santistevan de Noriega

PRESIDENTE

Carlos Alberto Soto Coaguila

DIRECTOR

Fernando Cantuarias Salaverry

Franz Kundmüller Caminiti

Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio

Alfredo Bullard González

Carlos Ruska Maguiña

Roger Rubio Guerrero

Katty Mendoza Murgado

(ASISTENTE)

Colaboradores:

Carol Apaza Moncada

Juan Miguel Rojas Ascón

Lou-Ann Flores Sánchez

Frank Araujo Ramírez

Jhon Jara Cano

Rider Vera Moreno

Briana Canorio Calderón

Alexandra Valdivia Guerola

Gino Valdivia Guerola

Diseño y diagramación:

Miguel A. La Rosa Y.

Depósito Legal
Biblioteca Nacional del Perú
Nº 2005-9159
ISSN: 1819-7019

Composición e impresión:

MAGNA ediciones

R.U.C. 10076079078

Telf.: (054) 99841-6980

ediciones.magna@gmail.com

Distribución:

T. (00-511) 989342855 / 991898547

F. (00-511) 421 7614

La REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE
es una marca registrada en INDECOPI
(Certificado Nº 00116746)

CONTENIDO

Presentación	VII
▲ Nueva Ley Peruana de Arbitraje de 2008	
■ Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje)	3
■ La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (PERÚ) / ROQUE J. CAIVANO (ARGENTINA)	43
■ Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071) JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA (PERÚ)	85
■ Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (PERÚ)	119
▲ Doctrina	
■ Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la ley española FAUSTINO CORDÓN MORENO (ESPAÑA)	155
■ La “falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México JAMES A. GRAHAM (MÉXICO)	173
▲ Laudos Arbitrales Nacionales	
■ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)	191
Caso Arbitral Demandante: Consorcio Vial Ichu Demandado: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional	
Aclaración de Laudo Arbitral	241
▲ Laudos Arbitrales Internacionales	
■ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	253

Caso CIADI N° ARB /03/5 Demandantes: Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. Demandado: República Argentina	
Comentario al Caso CIADI N° ARB /03/5 Comentario al caso CIADI Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v. República Argentina OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO (ARGENTINA)	301
▲ Decisiones Constitucionales y Judiciales	
■ Corte Superior de Justicia de Lima Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial	
Expediente N° 00795-2005-01SC Demandante: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental-Provias Departamental Demandado: Consorcio COSAPI - TRANSLEI	307
Comentario a la Sentencia Casatoria N° 825-2006-Lima Consideraciones sobre la anulación de laudo arbitral BRIANA CANORIO CALDERÓN (PERÚ) LENER PAREDES ARÉVALO (PERÚ)	315
Comentario a la Sentencia del Expediente N° 1757-2006 Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación del laudo arbitral Sulliden-Algamarca GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA (PERÚ) MARIO CASTILLO FREYRE (PERÚ)	349
▲ Eventos Destacados Conferencia de clausura: II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje Lima-Perú CRISTIAN CONEJERO ROOS (FRANCIA)	375
▲ Noticias Arbitrales	383
▲ Sobre los Autores	389
▲ Agradecimientos	395
▲ Índice General	399

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

Presentación

La séptima entrega de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE coincide con dos hechos muy significativos para nuestra revista. Uno de trascendencia particular para el mundo del arbitraje en nuestro país: la promulgación de la nueva Ley de Arbitraje, D. Leg. N° 1071, que nos obliga a hacer un reconocimiento al papel cumplido por la fenecida Ley General de Arbitraje que, justo es reconocerlo, brindó el marco apropiado para el surgimiento del arbitraje en el Perú. El otro, de significación para el funcionamiento y el futuro de nuestra revista, al haberse incorporado al Comité Editor a tres distinguidos árbitros: los doctores Alfredo Bullard González, Roger Rubio Guerrero y Carlos Ruska Maguiña.

En relación a su contenido, la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE no puede dejar de lado la nueva norma que regula el arbitraje en nuestro país. El D. Leg N° 1071 viene a fortalecer la creciente práctica arbitral que se desarrolla en nuestro medio. Recordemos que con la finalidad de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito entre Perú y EE.UU. (comúnmente referido como Tratado de Libre Comercio –TLC), el Poder Legislativo mediante Ley N° 29157, publicada el 20 de diciembre de 2007, delegó en el Poder Ejecutivo la potestad de legislar sobre materias vinculadas con dicho tratado. Dentro del marco de estos decretos, el 28 de junio de 2008, se publicó el que norma el arbitraje (D. Leg. N° 1071), que entró en vigencia el 1 de setiembre de 2008 y que deroga integralmente a la Ley General de Arbitraje - Ley N° 26572, promulgada el 5 de enero de 1996.

La nueva regulación peruana sobre arbitraje trae novedades sustanciales que provienen de la importante experiencia que está acumulando el Perú en materia arbitral, así como de la voluntad de los participantes en la redacción de la nueva norma por adecuar nuestro régimen arbitral, a las modificaciones que se han aprobado a nivel internacional, especialmente a la Ley Modelo de UNCITRAL en 2006. Como se sabe esta ley modelo fue elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). ¿Supone esto una crítica a la anterior Ley General de Arbitraje? No lo creemos. Por el contrario, la ley anterior rindió mercedos frutos. Con el tiempo, sin embargo, era necesario dar cabida a los avances legislativos de otras latitudes que nos presenta el derecho comparado (la nueva ley española de arbitraje, la reciente ley chilena de arbitraje internacional y los avances logrados en los últimos tiempos en Alemania, Suiza y Holanda).

Además, no se puede negar que en la última década en el Perú ha surgido un importante mercado generado por la multiplicación de arbitrajes comerciales, en los que partes privadas han optado por la solución arbitral para resolver sus controversias. Gradualmente se ha venido consolidando en el sistema jurídico el arbitraje como método de solución de conflictos, con resoluciones del Tribunal Constitucional que lo blindan de interferencias indebidas y con un grado razonable de aceptación en sede judicial de los laudos emitidos por los árbitros, cuya tasa de anulación se ha mantenido baja. A ello se une –para incentivar su crecimiento– la opción del Estado de someter a arbitraje los contratos que celebra, en el marco de la habilitación que al efecto contiene el artículo 63 de la Constitución.

A lo anterior hay que añadir, diversas leyes especiales que han venido desarrollando un abanico de posibilidades en las que el Estado concibe el arbitraje como mecanismo idóneo para resolver controversias. Así, contamos con leyes que faciliten que las entidades públicas sean parte o que promueven el arbitraje, *inter-privatos*, como es el caso de los servicios públicos regulados o temas de orden laboral en los que el Estado puede intervenir como empleador, así como la valoración de los bienes y las indemnizaciones provenientes de procedimientos

expropiatorios o las compensaciones que se ve obligado a pagar en ejecución de sentencias proferidas por tribunales internacionales de los que el Perú es parte, en especial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la misma línea creciente de las opciones arbitrales, aparecen los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones (TBIs) que el Perú ha venido firmando con distintos países y que incluyen el sometimiento a arbitraje internacional, preferentemente ante el CIADI, en materia de inversiones. Esto último, además, se supone será potenciado por la inserción del país a la globalización y las obligaciones que se deriven de acuerdos de promoción comercial (APCs, aunque se les suele denominar TLCs), como los recientemente suscritos con los Estados Unidos de América y Canadá.

En el marco de la nueva ley encontramos novedades que hay que destacar. Dos obvias: (i) La adopción de un sistema de regulación único o monista para el arbitraje nacional y el internacional, alejándose de la anterior Ley General de Arbitraje que consagraba un sistema dual con sendos regímenes separados para el doméstico y el internacional; y, (ii) la eliminación del recurso de apelación que la ley anterior dejaba librado a la voluntad de las partes, debido a que la nueva ley limita los recursos impugnatorios al de anulación del laudo únicamente. Otra igualmente saltante es la consideración del arbitraje de derecho como la regla y el de conciencia como la excepción. La ley da muestra asimismo, de un evidente esfuerzo por “desprocesalizar el arbitraje” y “blindarlo” de las interferencias indebidas del Poder Judicial, siguiendo la línea de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Así, la nueva ley no habla de “jurisdicción” ni de “proceso” (lo sustituye por actuaciones arbitrales) se aleja del lenguaje procesal (dar traslado en lugar de “correr traslado”) armonizando el lenguaje y las instituciones que adopta a los de la versión actualizada en 2006 de Ley Modelo de UNCITRAL.

Pero si buscamos la esencia de la nueva ley, esto es aquello que la define particularmente, más allá de motivos circunstanciales, dicha esencia se encuentra en su empeño por vigorizar la institución del arbitraje haciendo más pronunciado el efecto vinculante de los convenios

arbitrales y asumiendo en grado sumo la *inevitabilidad del arbitraje*, como se destaca en este número de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

La nueva regulación arbitral, sin duda la más avanzada en el fortalecimiento del arbitraje a la luz de los instrumentos internacionales, supone que en el Perú aprendamos a asumir plenamente la responsabilidad que se deriva del acuerdo de voluntades, que da nacimiento y legitimidad a todo el sistema arbitral. Las partes deberán conocer, al suscribir los convenios arbitrales y al negociar los contratos a los que éstos aluden, las consecuencias de lo que significa haber pactado el arbitraje, con todo el bagaje de inevitabilidad que ello trae pues será preferible que lo adviertan antes de comprometerse a ello; a que traten infructuosamente de desligarse de los compromisos adquiridos, minando la credibilidad de sus propios acuerdos y la del sistema de solución de controversias arbitral. Será entonces más importante recurrir al consejo especializado sobre arbitraje a la hora de pactarlo que a la hora de someterse a sus consecuencias, pues del compromiso honesto que se asuma al inicio del acuerdo de voluntades, dependerá buena parte de la conducta procesal durante las actuaciones arbitrales y de la eficiencia con la que defiendan los intereses de las partes ante el tribunal arbitral.

El desafío entonces es para todos y no excluye a las partes contratantes en las que reposa todo el sistema arbitral. Pero dicho desafío no queda allí, alcanza en forma especial a la comunidad arbitral, al Poder Judicial y la comunidad jurídica en general, con acentuado énfasis en la abogacía nacional. ¿En qué consiste el reto? En lograr que, sobre la base de la excelencia y buena fe, se avance en materia arbitral a favor de la forma más eficaz de resolver conflictos de intereses en el ámbito patrimonial, comercial y de la contratación en general con énfasis en inversiones nacionales y extranjeras que el Perú tanto necesita.

En cuanto a la incorporación de los nuevos miembros de nuestro Comité Editor, la decisión de invitar a que se incorporen tres destacados árbitros ha sido tomada por unanimidad. Los tres son ampliamente reconocidos en nuestro medio como árbitros activos, conocedores del oficio arbitral y de su sustento jurídico puesto que combinan la práctica con su actividad como profesores universitarios y autores de artículos

especializados que, en más de una ocasión han aparecido en exclusividad en nuestras páginas. Alfredo Bullard González, es un destacado profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica y fundador del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra; Roger Rubio Guerrero, actualmente se desempeña como Secretario Ejecutivo del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM); y Carlos Ruska Maguiña, Director de MARC-PERU, institución en la que se promueve el arbitraje y los métodos alternativos de resolución de conflictos y, además, se llevan a cabo arbitrajes *ad hoc*. ¡Bienvenidos!

Lima, setiembre de 2008

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
Presidente del Comité Editor

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Director

Especial

Nueva
Ley Peruana de
Arbitraje
de 2008



DECRETO LEGISLATIVO N° 1071

Promulgado: 27 de junio de 2008

Publicado: 28 de junio de 2008

Vigente: 1° de setiembre de 2008

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República, mediante Ley N° 29157, ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú - Estados Unidos y con el apoyo de la competitividad económica para su aprovechamiento; entre las que se encuentran la mejora del marco regulatorio, el fortalecimiento institucional, la simplificación administrativa y la modernización del Estado; en tal sentido, se requiere brindar las condiciones apropiadas para agilizar la solución de controversias que pudieran generarse en el marco de los tratados y acuerdos suscritos por el Perú;

De conformidad con lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú;

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros; y,

Con cargo de dar cuenta al Congreso de la República;

Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1°.- **Ámbito de aplicación**

1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.

2. Las normas contenidas en los apartados 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8°, en los artículos 13°, 14°, 16°, 45°, apartado 4 del artículo 48°, 74°, 75°, 76°, 77° y 78° de este Decreto Legislativo, se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

Artículo 2º.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

Artículo 3º.- Principios y derechos de la función arbitral

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Artículo 4º.- Arbitraje del Estado Peruano

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

Artículo 5°.- Arbitraje internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
 - b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
 - c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

Artículo 6°.- Reglas de interpretación

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

- a. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.
- b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.
- c. Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico.
- d. Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el inciso a del artículo 46° y en el inciso a. del apartado 2 del artículo 60°.
- e. Se refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
- f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

Artículo 7°.- Arbitraje ad hoc e institucional

1. El arbitraje puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones

arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.

4. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

Artículo 8º.- Competencia en la colaboración y control judicial

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

Artículo 9º.- Formalidad de documentos en la colaboración y control judicial.

1. Todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español.

2. Todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de

procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces.

3. Si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable.

Artículo 10º.- Representación de la persona jurídica

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

Artículo 11º.- Renuncia a objetar

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

Artículo 12º.- Notificaciones y plazos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.
- b. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.
- c. Los plazos establecidos en este Decreto Legislativo se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si

el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados así como los días no laborables declarados oficialmente.

TÍTULO II CONVENIO ARBITRAL

Artículo 13º.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. 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 de otra naturaleza.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se ex-

tiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Artículo 15°.- Relaciones jurídicas estándares

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
 - a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
 - b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
 - c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.

Artículo 16°.- Excepción de convenio arbitral

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

Artículo 17°.- Derivación de controversia judicial a arbitraje

Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible conforme a derecho o cuando la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral.

Artículo 18°.- Renuncia al arbitraje

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.

TÍTULO III ÁRBITROS

Artículo 19°.- Número de árbitros

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.

Artículo 20°.- Capacidad

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Artículo 21°.- Incompatibilidad

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Artículo 22°.- Nombramiento de los árbitros

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.
3. *Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral*

o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo⁽¹⁾.

4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.

5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23º.

Artículo 23º.- Libertad de procedimiento de nombramiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- a. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.
- b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara

(1) Texto según Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008.

de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

- e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

Artículo 24º.- Incumplimiento del encargo

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23º.

Artículo 25º.- Nombramiento por las Cámaras de Comercio

1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.
2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.
3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.
4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23º y en el artículo 24º, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
5. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.
6. *En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad⁽²⁾.*

(2) Texto según Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008.

7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 26º.- Privilegio en el nombramiento

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.

Artículo 27º.- Aceptación de los árbitros

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

Artículo 28º.- Motivos de abstención y de recusación

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Artículo 29º.- Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.

2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

- a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

- b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
 - c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
 - d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:
 - i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23º.
 - ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23º.
 - iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23º. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.
3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.
4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las

partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Artículo 30º.- Remoción

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29º. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.
2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.
3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden [no⁽³⁾] continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23º, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el apartado 1 de este artículo.

Artículo 31º.- Árbitro sustituto

1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.
2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.
3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las

(3) [Nota del Editor] Según los autores del Proyecto, el texto original contenía la palabra “no”, que ha sido incluida en el texto entre corchetes. Esta palabra no aparece en el Decreto Legislativo publicado en el Diario Oficial El Peruano, tampoco ha sido objeto de la Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008. Sin embargo, la ausencia de la palabra “no” altera el sentido de la norma, motivo por el cual los editores han decidido incluirla.

actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.

Artículo 32º.- Responsabilidad

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

TÍTULO IV ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 33º.- Inicio del arbitraje

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

Artículo 34º.- Libertad de regulación de actuaciones

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.
4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Artículo 35º.- Lugar del arbitraje

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.

Artículo 36°.- Idioma del arbitraje

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión del tribunal arbitral se haya previsto algo distinto, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones del tribunal arbitral.
2. El tribunal arbitral podrá ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.

Artículo 37°.- Representación

1. *Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito⁽⁴⁾.*
2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario.
3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10°, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.

Artículo 38°.- Buena fe

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

Artículo 39°.- Demanda y contestación

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.
2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

(4) Texto según Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008.

3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

Artículo 40º.- Competencia del tribunal arbitral

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

Artículo 41º.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u

objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su desición sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la desición sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Artículo 42º.- Audiencias

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.

2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.

3. Salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas.

4. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrá en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión.

Artículo 43º.- Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

Artículo 44º.- Peritos

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.

2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las

partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

Artículo 45º.- Colaboración judicial

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.

2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.

Artículo 46º.- Parte renuente

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

- a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
- b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.
- c. Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

Artículo 47º.- Medidas cautelares

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

- a. Que mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

Artículo 48°.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75º, 76º y 77º, con las siguientes particularidades:

- a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causas a, b, c y d del apartado 2 del artículo 75º o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este apartado.
- b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9º.
- c. Los plazos dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo 76º serán de diez (10) días.
- d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.

- e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

Artículo 49º.- Reconsideración

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.
2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

Artículo 50º.- Transacción

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.
2. Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

Artículo 51º.- Confidencialidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.

TÍTULO V LAUDO

Artículo 52°.- Adopción de decisiones

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.
2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.
3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

Artículo 53°.- Plazo

La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

Artículo 54°.- Laudos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

Artículo 55°.- Forma del laudo

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.
2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.
3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

Artículo 56°.- Contenido del laudo

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50°. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 35°. El laudo se considera dictado en ese lugar.
2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73°.

Artículo 57°.- Normas aplicables al fondo de la controversia

1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
2. En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.
3. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.
4. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

Artículo 58°.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
 - a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
 - b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
 - c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
 - d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
 - e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.

f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.

2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.

3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

Artículo 59º.- Efectos del laudo

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67º.

Artículo 60º.- Terminación de las actuaciones

1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67º.

2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:

- a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.
- b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
- c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Artículo 61º.- Conservación de las actuaciones

1. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del

tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.

2. Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales.

3. Si se interpone recurso de anulación contra el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de conservar las actuaciones originales y de expedir las copias pertinentes que solicite la parte interesada, a su costo. Resuelto el recurso en definitiva, serán de aplicación los apartados 1 y 2 de este artículo, siempre que no deba reiniciarse las actuaciones o no deba entregarse éstas a un nuevo tribunal arbitral o la autoridad judicial para que resuelva la controversia.

TÍTULO VI ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Artículo 62º.- Recurso de anulación

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63º.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Artículo 63º.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

- d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del apartado 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del apartado 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del apartado 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

Artículo 64º.- Trámite del recurso

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.
2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.
3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes, excepto en el caso previsto en el apartado 4 del artículo 66º en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.
4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
5. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

Artículo 65º.- Consecuencias de la anulación

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
 - a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 del artículo 63º, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

- b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del apartado 1 del artículo 63º, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
- c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del apartado 1 del artículo 63º, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.
- d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del apartado 1 del artículo 63º, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
- e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del apartado 1 del artículo 63º, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.
- f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del apartado 1 del artículo 63º, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial.

Artículo 66º.- Garantía de cumplimiento

1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.

2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el

laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el apartado anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.

4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el apartado anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.

5. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación.

6. Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

Artículo 67°.- Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuarios correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

Artículo 68°.- Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el apartado anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66°. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

TÍTULO VII COSTOS ARBITRALES

Artículo 69º.- Libertad para determinar costos

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

Artículo 70º.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Artículo 71º.- Honorarios del tribunal arbitral

Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

Artículo 72º.- Anticipos

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70º. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, puede disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. En este caso, el tribunal arbitral sólo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega

de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje.

3. Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.

4. La decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación del depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. La misma regla se aplica a las reclamaciones excluidas del arbitraje por no encontrarse cubiertas con los respectivos anticipos.

5. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. En caso de ejecución arbitral, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrán liquidarse honorarios adicionales.

Artículo 73º.- Asunción o distribución de costos

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.

3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.

TÍTULO VIII RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

Artículo 74º.- Normas aplicables

1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:

- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o

c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.

2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Artículo 75°.- Causales de denegación

1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano.

2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:

- a. 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 la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
- b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.
- d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
- e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.

3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:

- a. Que según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
- b. Que el laudo es contrario al orden público internacional.

4. La causa prevista en el inciso a. del apartado 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano.

5. La causa prevista en el inciso b. del apartado 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribunal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa.

6. La causa prevista en el inciso c. del apartado 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si éste se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje.

7. La causa prevista en el inciso d. del apartado 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.

8. Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, según lo previsto en el inciso e. apartado 2 de este artículo; la Corte Superior competente que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas.

Artículo 76º.- Reconocimiento

1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. La solicitud se tramita en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.

2. *Admitida la solicitud, la Corte Superior competente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente⁽⁵⁾.*

3. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el apartado 8 del artículo 75. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

4. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.

Artículo 77º. Ejecución

Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente, según lo previsto en el artículo 68º.

(5) Texto según Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008.

Artículo 78º. Aplicación de la norma más favorable

Cuando resulte de aplicación la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, se tendrá presente lo siguiente:

1. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de este Decreto Legislativo, cuando resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.
2. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención, la parte interesada podrá acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados de los cuales el Perú sea parte, para obtener el reconocimiento de la validez de ese convenio arbitral.
3. Cuando resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención, esta disposición se aplicará reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

PRIMERA. Cámaras de Comercio

Para efectos de este Decreto Legislativo, se entiende por Cámaras de Comercio, a las Cámaras de Comercio que existen en cada provincia de la República.

Cuando exista en una misma provincia más de una Cámara de Comercio, se entiende que la referencia es a la Cámara de Comercio de mayor antigüedad.

SEGUNDA. Convenios de ejecución

Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo.

TERCERA. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales o contractuales a cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al convenio arbitral previsto en este Decreto Legislativo.

CUARTA. Juez y tribunal arbitral

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes.

QUINTA. Designación de persona jurídica

Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que dicha designación está referida a su actuación para nombrar árbitros.

SEXTA. Arbitraje estatutario

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público.

SÉTIMA. Arbitraje sucesorio

Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición.

Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

OCTAVA. Mora y resolución de contrato

Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

NOVENA. Prescripción

Comunicada la solicitud de arbitraje, se interrumpe la prescripción de cualquier derecho a reclamo sobre la controversia que se propone someter a arbitraje, siempre que llegue a constituirse el tribunal arbitral.

Queda sin efecto la interrupción de la prescripción cuando se declara nulo un laudo o cuando de cualquier manera prevista en este decreto legislativo se ordene la terminación de las actuaciones arbitrales.

Es nulo todo pacto contenido en el convenio arbitral destinado a impedir los efectos de la prescripción.

DÉCIMA. Prevalencia

Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil.

DÉCIMO PRIMERA. Vía ejecutiva

Para efectos de la devolución de honorarios de los árbitros, tiene mérito ejecutivo la decisión del tribunal arbitral o de la institución arbitral que ordena la devolución de

dichos honorarios, así como la resolución judicial firme que anula el laudo por vencimiento del plazo para resolver la controversia.

DECIMO SEGUNDA. Acciones de garantía

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

DÉCIMO TERCERA. Procedimiento pericial

Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario.

DÉCIMO CUARTA.- Ejecución de un laudo CIADI

Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado; al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA. Clase de arbitraje

En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales, o en su caso las cláusulas y compromisos arbitrales, celebrados con anterioridad a este Decreto Legislativo, que no estipulen expresamente la clase de arbitraje, se regirán por las siguientes reglas:

1. Las cláusulas y compromisos arbitrales celebrados bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles de 1911 y el Código Civil de 1984 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
2. Los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia del Decreto Ley N° 25935 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.
3. Los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia de la Ley N° 26572 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de conciencia.

Salvo pacto en contrario, cualquier divergencia sobre la clase de arbitraje deberá ser decidida por el tribunal arbitral como cuestión previa a la presentación de la demanda.

SEGUNDA. Actuaciones en trámite

Salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de este decreto legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se regirán por lo dispuesto en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

TERCERA. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

Los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros iniciados antes de la entrada en vigencia del presente decreto legislativo, se seguirán rigiendo por lo dispuesto en la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

DISPOSICIONES MODIFICATORIAS**PRIMERA. Modificación del Código Civil**

Se agrega un último párrafo al artículo 2058° del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 295 con la siguiente redacción:

“Este artículo se aplica exclusivamente a la competencia de tribunales judiciales y no afecta la facultad que tienen las partes para someter a arbitraje acciones de contenido patrimonial”.

SEGUNDA. Modificación del Código Procesal Civil

Agréguese un último párrafo al artículo 384° del Código Procesal Civil del Texto Único Ordenado aprobado mediante Resolución Ministerial N° 351-2004-JUS con la siguiente redacción:

“En los casos previstos en la Ley de Arbitraje, el recurso de casación tiene por finalidad la revisión de las resoluciones de las Cortes Superiores, para una correcta aplicación de las causales de anulación del laudo arbitral y de las causales de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros”⁽⁶⁾.

TERCERA. Modificación de la Ley General de Sociedades

1. Modifíquese el artículo 48° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

“Artículo 48°.- Arbitraje

Los socios o accionistas pueden en el pacto o en el estatuto social adoptar un convenio arbitral para resolver las controversias que pudiera tener la sociedad con sus socios, accionistas, directivos, administradores y representantes, las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones, las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos y para cualquier otra situación prevista en esta ley.

(6) Texto según Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008.

El convenio arbitral alcanza a los socios, accionistas, directivos, administradores y representantes que se incorporen a la sociedad así como a aquellos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas de accionistas o socios.

El pacto o estatuto social puede también contemplar un procedimiento de conciliación para resolver la controversia con arreglo a la ley de la materia.”

2. Modifíquese el cuarto párrafo del artículo 14° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

“El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley de Arbitraje, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario.”⁽⁷⁾

3. Modifíquese el inciso 2 del artículo 188° de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades según la siguiente redacción:

“2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje;”⁽⁸⁾

CUARTA. Modificación de la Ley de Garantías Mobiliarias

Modifíquese el artículo 48° de la Ley N° 28677, Ley de Garantías Mobiliarias aprobado según la siguiente redacción:

“Artículo 48°.- Arbitraje

Las controversias que pudieran surgir durante la ejecución del bien mueble afectado en garantía mobiliaria, podrán ser sometidas a arbitraje, conforme a la ley de la materia.”

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

ÚNICA: Deróguese el segundo párrafo del artículo 1399° y el artículo 2064° del Código Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 295 y la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

(7) Texto según Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008.

(8) Texto según Fe de Erratas publicada el 10 de julio de 2008.

DISPOSICIONES FINALES

PRIMERA. Arbitraje Popular

Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia queda encargado de la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha de programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a costos adecuados.

Estos programas serán conducidos por el Ministerio de Justicia y podrán ser ejecutados también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante celebración de convenios bajo cualquier modalidad.

El Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo.

SEGUNDA. Adecuación

Las instituciones arbitrales adecuarán hasta el 31 de agosto de 2008 en cuanto fuera necesario sus respectivos reglamentos, incluso aquellos aprobados por norma legal, a lo dispuesto en el presente Decreto Legislativo.

TERCERA. Vigencia

El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia el 1º de setiembre de 2008, salvo lo dispuesto en la Segunda Disposición Final, la que entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Nota del Editor: El Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, hace mención especial de que cuatro de sus miembros han participado en la gestación y redacción del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje: Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, Roger RUBIO GUERRERO y Jorge SANTISTEVAN DE NORIEGA.

 FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (*)
ROQUE J. CAIVANO (**)

La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad

SUMARIO: *1. Introducción. 1.1. Justificación. 1.2. La autonomía del arbitraje y la LA. 1.3. La “cultura arbitral” adquirida por la sociedad peruana y el carácter “monista” de la LA. 2. Las modificaciones más trascendentes. 2.1. El convenio arbitral (contenido, forma y efectos). 2.2. Designación y recusación de árbitros. 2.3. Tribunales Arbitrales “truncos”. 2.4. Libertad en la regulación de las actuaciones. 2.5. Intervención de abogados extranjeros. 2.6. Adopción de medidas cautelares. 2.7. La confidencialidad en el arbitraje. 2.8. Reconocimiento de laudos parciales. 2.9. El plazo para decidir la controversia. 2.10. El recurso de “exclusión” del laudo. 2.11. Establecimiento de condiciones para la procedencia de las causales de anulación. 2.12. No interrupción de la ejecución del laudo por la interposición y pendencia del recurso de anulación. 2.13. Inclusión de disposiciones supletorias en materia de costos. 2.14. Algunas disposiciones valiosas aplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. 3. Consideraciones Finales.*

1. INTRODUCCIÓN

Por Decreto Legislativo N° 1071 del 27 de junio de 2008 (publicado en el diario oficial El Peruano al día siguiente) el Perú ha dictado una

(*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Árbitro nacional e internacional. Miembro del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

(**) Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires, Argentina. Consultor internacional contratado por el proyecto del Ministerio de Justicia del Perú con USAID para la implementación de Centros de Conciliación y Arbitraje.

nueva Ley de Arbitraje (LA), que a partir del 1° de septiembre de 2008 sustituye a la LGA N° 26572 que rigió desde 1996.

1.1. Justificación

La legislación anterior había significado un importante avance, no sólo en la regulación normativa del arbitraje en el Perú⁽¹⁾, sino en sus efectos sobre la práctica efectiva⁽²⁾. Sin embargo, la experiencia recogida en la última década, la sanción de nuevas y más modernas legislaciones comparadas (Alemania en 1998, España en 2003, Austria en 2006) y la reciente actualización de la Ley Modelo de UNCITRAL (2006), estimularon al Perú a continuar el proceso de perfeccionamiento de sus normas sobre arbitraje, que había comenzado recién entrada la década del 90', con la sanción de la Ley General de Arbitraje (LGA) N° 25935 en 1992 y que continuó con la LGA N° 26572 en 1996.

En la Exposición de Motivos no oficial de la ley se explican las razones principales de la reforma: *“Luego de doce años de experiencia en la aplicación de la ley arbitral de 1996 y con un mercado arbitral en pleno crecimiento y desarrollo, la regulación requiere de cambios y ajustes. El Perú viene enfrentando un crecimiento importante del comercio y la inversión y un nivel de interrelación mayor con agentes internacionales que se verá incrementado aún más con la entrada en vigor del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos. Tenemos entonces el reto de conseguir en el arbitraje internacional los mismos éxitos y resultados que hemos alcanzado en el arbitraje doméstico y desarrollar la capacidad*

(1) En general, por su sesgo privatista e innovador que simplificó el acceso al arbitraje (KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz, “Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje N° 26.572”, en: *Rev. Advocatus*, Universidad de Lima, N° 4, 2001, pp. 121 y ss.). En particular, robusteciendo la eficacia del convenio arbitral (CAIVANO, Roque J., *La cláusula arbitral. Evolución histórica y comparada*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, N° 4, pp. 2-13).

(2) “Si bien no existen estadísticas oficiales acerca del número de procedimientos arbitrales que se llevan a cabo cada año en el Perú, información indiciaria permite afirmar que la LGA está promoviendo significativamente la práctica del arbitraje en el país, tanto entre agentes privados como entre éstos y el Estado peruano”. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 112.

institucional de enfrentar una mayor demanda de arbitrajes, tanto en número como en importancia y complejidad. Al mismo tiempo, se requiere ajustar la ley a los últimos avances en la experiencia internacional y a los estándares comúnmente aceptados, haciendo que las características de nuestra ley sean reconocibles y comprensibles para los inversionistas y comerciantes, nacionales y extranjeros, de manera que se genere confianza de que en el Perú se arbitra siguiendo las reglas y principios internacionalmente aceptados”.

Se sabe que el arbitraje, como método heterocompositivo y adversarial de resolución de conflictos, requiere de un soporte legal adecuado. Aunque no es éste el único elemento del que depende el “desarrollo sustentable” del arbitraje, es uno de los más significativos: ese marco normativo define los aspectos centrales de su funcionamiento y garantiza que el proceso arbitral pueda desenvolverse en un contexto de mayor autonomía y seguridad.

Hace algunos años, en ocasión de reseñar la situación en la que se encontraba el arbitraje en la Argentina, anotábamos cuáles son, a nuestro juicio, los presupuestos de los cuales depende que el avance del arbitraje sea sólido y duradero⁽³⁾. Allí señalábamos que una situación ideal para lograr el objetivo de “instalar” definitivamente el arbitraje sería aquella en que hubiese: (a) una sociedad culturalmente preparada para entender y aceptar el arbitraje; (b) abogados técnicamente entrenados para asesorar a sus clientes antes y durante el arbitraje; (c) una legislación que brinde confianza y seguridad jurídica; (d) entidades que ofrezcan servicios serios de arbitraje y profesionales preparados para actuar como árbitros; y (e) un Poder Judicial que comprenda la naturaleza y los alcances del arbitraje.

La nueva legislación peruana pone de relieve dos de esos aspectos. Por un lado, como se explicará en los párrafos siguientes, pretende –y creemos que logra– profundizar la confianza y la seguridad jurídica, creando un marco de referencia óptimo para el desarrollo del arbitraje. Por el otro, demuestra el extraordinario grado de “aceptación cultural” que ha experimentado el arbitraje en el Perú.

(3) CAIVANO, Roque J., “Arbitraje en Argentina: fortalezas y debilidades”, en: *Rev. El Derecho*, pp. 200-767.

1.2. La autonomía del arbitraje y la LA

En el primer aspecto, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, es oportuno destacar que el legislador peruano ha comprendido cabalmente el sentido de una Ley de Arbitraje, que no consiste en regular el procedimiento ante los árbitros, sino en establecer las condiciones generales bajo las cuales el Estado admite la instauración de una justicia administrada por particulares y reconoce a sus decisiones el valor de la cosa juzgada, asimilándolas a las sentencias judiciales⁽⁴⁾. Y, de manera más específica, ha interpretado que “las normas de fuente estatal destinadas a regular el arbitraje deben aliviar en la medida de lo posible las trabas o interferencias que puedan perjudicar sus ventajas esenciales: celeridad, simplicidad y acceso a una justicia mejor adaptada a las necesidades del comercio ‘limitando las interferencias judiciales’ a lo mínimo indispensable para tutelar intereses fundamentales”⁽⁵⁾.

Que el arbitraje debe gozar de una amplia autonomía respecto del sistema judicial no parece una cuestión que pueda discutirse. Esa autonomía se justifica, en primer lugar, por su génesis. El arbitraje es, naturalmente, un producto de la libertad contractual⁽⁶⁾: las partes, en el ámbito de sus derechos disponibles, estipulan que las controversias que a ellos se refieran serán resueltas por árbitros, desplazando de ese modo la intervención del Poder Judicial. Así, quienes se someten a arbitraje expresan inequívocamente su anhelo de no ser juzgados por los tribunales estatales⁽⁷⁾. Pero, adicionalmente, la necesidad de autonomía se apoya en razones funcionales: la excesiva interferencia judicial socava la eficacia del arbitraje⁽⁸⁾.

(4) CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ad Hoc, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, p. 56.

(5) GRIGERA NAÓN, Horacio A., “La autonomía del acuerdo arbitral”, en: *Rev. La Ley*, 1989-D-1107.

(6) Como se ha dicho, el arbitraje es una “genuina manifestación de la autonomía de la voluntad” (CREMADES, Bernardo M., “El convenio arbitral”, en: *Rev. La Ley España*, N° 2, 2003, pp. 1588 y ss.) o, más poéticamente, un “homenaje a la libertad individual” (BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *El juicio arbitral*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, 1956, p. 62).

(7) CARBONNEAU, Thomas E., “The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, N° 4, 2003, pp. 1189 y ss.

(8) “Debe ponerse especial cuidado en no incurrir en la judicialización del arbitraje más allá de los límites demarcados por la legislación, para evitar que el control conduzca a la

Sin embargo, esa autonomía no puede ser total: algún grado de control judicial de los laudos es inevitable⁽⁹⁾. La naturaleza jurisdiccional de las funciones atribuidas a los árbitros y el efecto de cosa juzgada que tienen sus decisiones, justifican que el Poder Judicial, obligado por el legislador a ejecutar compulsivamente los laudos arbitrales como si se tratase de sus propias sentencias, se reserve una cuota de supervisión⁽¹⁰⁾. Aunque ese control no debe ser invasivo de las facultades de los árbitros, no es lógico exigir al Estado que comprometa la cooperación y el auxilio de sus tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales –que ponga su *imperium* al servicio de los árbitros–, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por éstos reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer esa protección legal⁽¹¹⁾.

En esa constante lucha entre autonomía y subordinación⁽¹²⁾, han sido formidables los avances en favor de la autonomía⁽¹³⁾, aunque sin llegar al extremo de una total independencia⁽¹⁴⁾.

desnaturalización del arbitraje privándolo de sus más preciosos beneficios”. (ANAYA, Jaime, “Control judicial del arbitraje”, en: *Rev. La Ley*, 2004-B-312).

- (9) CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Civitas, 2ª ed., 1991, p. 358. Ver, asimismo, PARK, William W., “Why courts review arbitral awards”, en BRINER, Robert, FORTIER, L. Yves, BERGER, Klaus Peter y BREDOW, Jens (eds.): *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2001, pp. 594 y ss.
- (10) FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, París, 1996, p. 899.
- (11) REISMAN, W. Michael, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration. Breakdown and Repair*, Duke University Press, 1992, p. 139; KERR, Michael, “Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law”, en: *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, 1985, pp. 1 y ss.
- (12) FORTIER, L. Yves, “The never-ending struggle between arbitrators and judges in international commercial arbitration”, en BRINER, Robert, FORTIER, L. Yves, BERGER, Klaus Peter y BREDOW, Jens (eds.): *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Carl Heymanns Verlag, Colonia, 2001, pp. 177 y ss.
- (13) LEW, Julian D.M., “Achieving the dream: Autonomous arbitration”, en: *Arbitration International*, Vol. 22, N° 2, 2006, pp. 179 y ss.
- (14) RACINE, Jean-Baptiste, “Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international”, en: *Revue de l'arbitrage*, 2005, N° 2, pp. 305 y ss. Ver, asimismo, GOLDMAN,

A nuestro juicio, la LA logra combinar, acertadamente, una amplia autonomía del arbitraje con una adecuada dosis de supervisión judicial. Siguiendo, principalmente, los principios contenidos en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de UNCITRAL, la LA se enrola en la más moderna tendencia a reducir la ingerencia judicial en casos sometidos a arbitraje, objetivo que se alcanza mediante la acción coordinada de tres reglas de la más alta importancia.

Por un lado, el contundente artículo 3 postula la autonomía del arbitraje en términos inequívocos al establecerla no sólo como un *principio*, sino como un *derecho* de la función arbitral. Allí se señala que en los asuntos que se rijan por ella “no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga” (numeral 1), así como que el tribunal arbitral tiene “plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones” (numeral 2) y “plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo” (numeral 3). Reforzando estos principios, el mismo artículo concluye asegurando que “ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo” y que “cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad” (numeral 4).

Por el otro, otorga al convenio arbitral plena eficacia, reconoce su condición de acuerdo separable del contrato en el que se inserta y la competencia de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia. Así: (i) Plasmando el principio que se conoce como de la “máxima eficacia”, la LA dispone que “cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas

Berthold: “The complementary roles of judges and arbitrators in ensuring that international commercial arbitration is effective”, en *Sixty years of ICC Arbitration: A look at the future*, ICC Publishing, París, 1984, pp. 257 y ss.

elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano” (artículo 13.7). Esta regla, que reconoce como fuente el artículo 9.6 de la Ley española de 2003, supone que en todos los casos la arbitrabilidad de las cuestiones sometidas a arbitraje y la validez del convenio arbitral se juzgarán por la ley más favorable, de modo que bastará que la cuestión sea arbitrable o el convenio arbitral válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos que allí se señalan. (ii) El principio conocido en el derecho comparado como *kompetenz-kompetenz* es expresamente incorporado en la LA, que no sólo faculta al tribunal arbitral a decidir sobre su propia competencia “incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”, sino que declara que el tribunal arbitral es *el único competente* para adoptar esas determinaciones (artículo 41.1). (iii) Con criterio moderno y progresista, independiza la cláusula arbitral del contrato en que se incluye, no sólo respecto de las causales de las que puede derivar su invalidez o ineficacia, sino también de la existencia misma, al declarar que “la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste” y que “en consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral” (artículo 41.2).

Finalmente, regula la forma en que habrán de resolver los jueces *la excepción de convenio arbitral* que se articule respecto de una demanda judicial sobre una materia sometida a arbitraje. En este sentido, la LA ordena que los jueces deben amparar la excepción, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, “por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo” (artículo 16.1). Esta regla es aún más estricta en el caso de arbitrajes internacionales: en tal hipótesis, si no estuviera iniciado el arbitraje, el juez “sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de

acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia”, aunque aclara luego que “si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción”; si el arbitraje estuviera iniciado, el juez “sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional” (artículo 41.4). En cualquier caso, se dispone que las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, mientras se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral (artículo 41.5).

De este modo, privilegiando la eficacia del acuerdo arbitral y la común intención de las partes de someterse a la decisión de árbitros, la LA procura –y a nuestro entender, consigue– cerrar las puertas a los intentos, que con alguna frecuencia se observan en la práctica, de *judicializar* el arbitraje e impedir a los árbitros cumplir con las funciones que las partes le han encomendado. Los árbitros conservan una jurisdicción “primaria” sobre la arbitrabilidad y el alcance del acuerdo arbitral⁽¹⁵⁾, concentrándose el control judicial al final del proceso arbitral, por la vía del recurso de anulación contra el laudo, con la sola excepción del recurso que la ley autoriza contra la decisión que los árbitros adopten respecto de su propia jurisdicción, admisible no sólo cuando éstos desestiman las objeciones sino también cuando las amparan (artículo 41, numerales 5 y 6).

1.3. La “cultura arbitral” adquirida por la sociedad peruana y el carácter “monista” de la LA

Una buena Ley de Arbitraje, con ser necesaria, no es una condición suficiente para el desarrollo efectivo del arbitraje. Para ello es menester, también, que se verifiquen algunos otros factores, de entre los cuales merece destacarse aquí –dado el propósito de este trabajo– el que se relaciona con la “cultura arbitral”. En ese sentido, es preciso que todo aquel que decida utilizarlo tenga cabal conocimiento de las consecuen-

(15) Ver, SILVA ROMERO, Eduardo, “Breves observaciones sobre el principio *kompetenz-kompetenz*”, en SILVA ROMERO, Eduardo (Dir.) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coord.): *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 580 y ss.

cias que trae aparejado pactar el sometimiento a juicio de árbitros. No sólo estar al tanto de las ventajas que ello reporta (una justicia menos formalista, no sujeta a muchos de los precisos rituales que deben cumplirse en los litigios judiciales, con procedimientos más flexibles, rápidos y con una sustancial economía de recursos), sino tomar conciencia (y estar dispuesto a aceptar) algunas de sus características innatas (principalmente, la irrevisabilidad natural de las decisiones arbitrales).

Aunque no es una característica exclusiva de esta parte del mundo, en los países latinoamericanos el ciudadano común suele padecer una suerte de esquizofrenia en relación con el modo de resolver los conflictos. Por un lado, desprecia del sistema judicial, al que usualmente conceptúa como marcadamente ineficiente, lento y burocrático –cuando no corrupto–; pero al mismo tiempo, recela de los mecanismos alternativos y no se termina de decidir a utilizarlos⁽¹⁶⁾. En el específico caso del arbitraje, el fenómeno que dificulta la comprensión acerca de su significado por parte del ciudadano lego, es que éste tiende a identificar el concepto de *jurisdicción* con una función típica y exclusivamente estatal, cuyo ejercicio sólo puede estar en manos de los órganos judiciales del Estado. De allí que no le resulta fácil comprender que la decisión de un particular pueda tener la fuerza obligatoria de una sentencia judicial y que no exista forma de que un juez del Estado controle o examine la justicia o injusticia de un laudo. Se razona, sobre la base de dogmas o axiomas populares, que no resulta válida una cláusula convencional que otorgue facultades decisorias a particulares (o, en el mejor de los casos, que esas decisiones no pueden ser irrevisables)⁽¹⁷⁾.

(16) Prueba de ello es que, tanto en la Argentina como en el Perú, la mediación o conciliación ha debido ser impuesta como una instancia previa al juicio, de naturaleza obligatoria. Ver Ley 24.563 en Argentina y Ley 26872 en Perú (modificada recientemente mediante Decreto Legislativo 1070/2008).

(17) Lo que, tal vez, explique este fenómeno es que a los ojos del ciudadano no versado en cuestiones jurídicas, la fuerza obligatoria de una sentencia judicial es mucho más perceptible, a partir de símbolos que exteriorizan inequívocamente la autoridad de quien imparte justicia y de haber internalizado, a través de la educación formal y del acceso a los medios de información, que un magistrado judicial es un funcionario oficial investido de poder, cuyo fallo debe ser acatado. Todo el mundo sabe que un juez del Estado es una autoridad. Y aunque su fallo no le guste, la gente está más predispuesta a aceptarlo porque proviene de alguien que es identificado nítidamente con los atributos del poder y la autoridad. En el caso del arbitraje; en cambio, la condición de *autoridad* del árbitro

Los intentos que se han hecho para erradicar estas creencias (en algunos casos, inclusive, llevando el carácter jurisdiccional del arbitraje a la Constitución)⁽¹⁸⁾, no siempre han dado los frutos esperados. En buena parte de los países de la región, el reconocimiento constitucional del arbitraje y la adopción de buenas legislaciones⁽¹⁹⁾, no han bastado para que el arbitraje sea masivamente utilizado⁽²⁰⁾.

Este estado general de situación justificó –y en muchos casos aún justifica– que el legislador haya adoptado estándares diferenciados a la hora de regular el arbitraje puramente doméstico del arbitraje internacional. Es comprensible, desde esta perspectiva, que las normas destinadas a regir un arbitraje que sólo involucra una disputa doméstica deban estar adaptadas al grado real de evolución que el arbitraje tiene en esa sociedad. Cuando se trata, en cambio, de establecer normas para arbitrajes internacionales, se parte de reconocer que el arbitraje juega un rol de gran importancia en la moderna contratación comercial internacional⁽²¹⁾, apareciendo como una herramienta que, además de ser la más idónea para cubrir a las partes de eventuales situaciones

no es tan ostensible. Como el árbitro es un particular, sus decisiones aparecen, a los ojos de un lego, con menos fuerza vinculante que una sentencia judicial. Quien resulta perjudicado por la decisión emanada de un árbitro tiende a creer que puede alzarse contra esa decisión o que, en todo caso, la obligatoriedad del laudo no es definitiva. Sólo los abogados (y, para ser sinceros, ni siquiera todos ellos) saben que el laudo arbitral es una verdadera sentencia, que hace tránsito a la cosa juzgada y cuya ejecución forzada se realiza por los procedimientos de apremio o ejecución de sentencias judiciales.

- (18) Ver, por ejemplo, la Constitución Política de Colombia, cuyo artículo 116 establece que: “Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.
- (19) Ver, MANTILLA SERRANO, Fernando, “Le traitement législatif de l’arbitrage en Amérique Latine (quelques réformes récentes)”, en: *Revue de l’arbitrage*, 2005, N° 3, pp. 561 y ss.
- (20) Quizá el mejor ejemplo de ello es Centroamérica. Con constituciones que reconocen “el derecho de las partes a terminar sus asuntos por arbitraje” (ver Constitución de El Salvador, artículo 23; Constitución de Honduras, artículo 110; Constitución de Costa Rica, artículo 43) y con leyes que, en general, adoptan los principios más modernos en la materia, América Central es, probablemente, la región de nuestro continente donde el arbitraje tiene menos utilización efectiva.
- (21) GRIGERA NAÓN, Horacio A., “Arbitraje comercial internacional en el mundo actual”, en: *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 1996-III-701.

de conflicto⁽²²⁾, es *inevitable* por la necesidad de una instancia neutral, como medio de evitar los problemas que conlleva determinar la jurisdicción judicial competente y para sortear las dificultades que usualmente apareja la ejecución extraterritorial de las sentencias judiciales extranjeras⁽²³⁾. A diferencia de lo que sucede en casos puramente domésticos, donde el sometimiento a arbitraje puede estar contenido en contratos de contenido general predispuesto, o en los que las partes no cuentan con la debida información o asesoramiento de letrado, la mayor parte de los contratos internacionales se celebran entre experimentados empresarios asesorados por especializados abogados. Sumado a ello, el legislador que concibe normas para regir el arbitraje internacional debe ponerse en estricta sintonía con las reglas que imperan en ese ámbito, de modo de hacer que esa legislación resulte atractiva para quienes están en aptitud de escoger la sede del arbitraje en el país que mejores condiciones le ofrece. Dicho de otro modo: aunque puede ser razonable plasmar en una ley de arbitraje doméstico las particularidades culturales y tener en cuenta la idiosincrasia de los potenciales usuarios, una ley de arbitraje internacional debe estar en línea con los principios generalmente aceptados y conocidos en el ámbito internacional⁽²⁴⁾.

(22) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., “Los beneficios del arbitraje comercial internacional”, en: *Rev. La Ley*, 1998-F-1019.

(23) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 12 y ss.

(24) No es ocioso recordar que ese fue el principal objetivo que persiguió la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional cuando elaboró, en 1985, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de UNCITRAL. Allí se puso de manifiesto que: “la necesidad de perfeccionamiento y armonización se basa en la comprobación de las leyes nacionales, que suelen ser inadecuadas para los casos internacionales y que existe una notable disparidad entre ellas” y que algunas de ellas “se redactaron teniendo presente fundamental, cuando no exclusivamente, el arbitraje nacional (lo cual) entraña desafortunadamente la consecuencia que se imponen a los casos internacionales los principios locales tradicionales y, por lo general, no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna”. Se hizo notar que en las leyes nacionales suelen encontrarse disposiciones “que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no precavidas que no hayan establecido estipulaciones en otro sentido” y que al menos una, y a menudo las dos partes, tienen que enfrentarse a disposiciones y procedimientos con los que no están familiarizadas, resultándoles “costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje”. Notas explicativas de la Secretaría de UNCITRAL sobre la Ley Modelo, parágrafos 4 a 6.

Esta estrategia fue la que siguió el legislador peruano en las dos leyes de arbitraje anteriores⁽²⁵⁾. Tanto la Ley 25935 de 1992, como la Ley 26572 de 1996 contenían las normas sobre arbitrajes domésticos y las referidas a arbitrajes internacionales en dos secciones separadas. La cuestión, debe aclararse, no era puramente metodológica: no obstante las coincidencias generales, existían importantes diferencias entre ambos regímenes⁽²⁶⁾.

La nueva LA ha dejado de lado la metodología *dualista*, inscribiéndose en la tendencia *monista* que preconiza la aplicación de las mismas reglas para el arbitraje doméstico y para el arbitraje internacional⁽²⁷⁾. Como se señala en la Exposición de Motivos no oficial de la LA: “Uno de los cambios sustanciales de la nueva ley es el tránsito de un sistema dual a un sistema monista de regulación del arbitraje nacional e internacional. Si bien el sistema dualista tuvo su razón de ser en la ley arbitral de 1996, cuando la práctica arbitral en el Perú era casi inexistente, lo cierto es que

(25) También es, por ejemplo, la que ha seguido Chile, que recientemente sancionó la Ley de Arbitraje Comercial Internacional N° 19.971, dejando el arbitraje doméstico regido por las disposiciones contenidas en el Código Procesal Civil y en el Código Orgánico de Tribunales. Ver, MEREMINSKAYA, Elina, “Arbitraje doméstico e internacional en Chile: en búsqueda de la armonía”, en: VARGAS VIANCOS, Juan Enrique y GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (coords.): *Arbitraje y mediación en las Américas: Teoría y práctica*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas y Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Santiago, 2006, pp. 97 y ss.

(26) Sólo por poner un ejemplo, en arbitrajes domésticos las partes podían incorporar, mediante pacto expreso, un recurso de apelación judicial (LGA N° 26572, artículo 60), lo que no era admitido en arbitrajes internacionales, sujetos únicamente a recurso de anulación por causales taxativamente enumeradas (LGA N° 26572, artículo 123).

(27) Tendencia cuyo modelo más significativo es la Ley española de Arbitraje N° 60 de 23 de diciembre de 2006. En su Exposición de Motivos, el legislador español explica: “Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la conciencia que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base –corroborada por la tendencia actual en la materia– que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUDMI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general”.

en la actualidad ya no se justifica y lo más adecuado es proceder a la adopción de una legislación arbitral monista; es decir, una legislación que establezca las mismas reglas de juego tanto para arbitrajes locales como internacionales, reservando; sin embargo, para estos últimos, algunas disposiciones particulares que se requieran por su propia naturaleza”⁽²⁸⁾.

No obstante esta regulación unitaria del arbitraje doméstico e internacional, se han mantenido unas pocas normas que se aplican exclusivamente a casos de arbitraje internacional, a través de las cuales se procura un mayor régimen de libertad. Así, por ejemplo, para estos arbitrajes se establece la regla de la *máxima eficacia* del convenio arbitral (disponiendo que el mismo será válido y la controversia será arbitrable si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho peruano, artículo 13.7); se acentúa el límite que se crea al juez estatal a la hora de juzgar la procedencia de la excepción de convenio arbitral (permitiéndole denegarla, antes de iniciado el arbitraje, únicamente si comprueba que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia y, una vez iniciado únicamente si la materia viola manifiestamente el orden público internacional, artículo 16.4); se aclara que no es necesaria la condición de abogado para ser árbitro de derecho (artículo 22.1); se permite a las partes, previa autorización del tribunal arbitral, solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial aun durante el transcurso de las actuaciones (artículo 47.9); y se faculta a las partes a elegir libremente las normas jurídicas que se aplicarán al fondo de la controversia (aclarando que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes) y, en defecto de indicación de las

(28) Ya habíamos anticipado nuestra opinión favorable a esta forma de abordar la cuestión, al señalar que “luego de poco más de una década de experiencia en la aplicación de la Ley General de Arbitraje peruana, creemos que es tiempo que se cuente, a partir de la Ley Modelo de UNCITRAL, con un solo marco legal, aunque con algunas pocas disposiciones especiales aplicables al arbitraje internacional”. CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., p. 180.

partes, se da libertad al tribunal arbitral para que aplique *las que estime apropiadas* (artículo 57.2).

A modo de conclusión sobre este punto, debemos señalar que aunque hemos recomendado, para la Argentina, la separación de las normas sobre arbitraje internacional de las que se refieren al arbitraje doméstico⁽²⁹⁾, el estado de desarrollo y aceptación cultural del arbitraje en el Perú, dan sentido a esta decisión de política legislativa. En efecto, si bien no existen estadísticas oficiales acerca del número de procesos arbitrales que se llevan a cabo cada año en el Perú, información indiciaria permite afirmar que desde que se dictó la LGA de 1996, la práctica del arbitraje en el Perú ha venido creciendo de manera significativa año a año, tanto entre agentes privados como entre estos y el Estado peruano.

Así, por ejemplo, en materia de arbitraje institucional, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, principal centro de arbitraje del Perú, reporta que desde 1996 a diciembre de 2007, ha administrado 1338 casos por un monto que supera los mil trescientos millones de dólares⁽³⁰⁾. Además de este, existen en el país alrededor de una decena de centros de arbitraje, todos los cuales vienen desarrollando una cada vez más importante actividad arbitral. También ha sido notable el desarrollo alcanzado por los arbitrajes *ad hoc*, del que se sabe que, en el Perú, por cada arbitraje institucional existen, al menos, tres arbitrajes *ad hoc*⁽³¹⁾.

2. LAS MODIFICACIONES MÁS TRASCENDENTES

Sin ánimo de agotar en este comentario la totalidad de las modificaciones que la nueva LA ha introducido en el régimen arbitral, nos ha parecido útil poner de resalto aquellas que consideramos más significativas, en orden a lograr que el Perú pueda ser una interesante plaza para arbitrajes internacionales.

(29) CAIVANO, Roque J., "Argentina necesita mejorar su legislación sobre arbitraje", en: *Rev. La Ley*, 1994-A-994.

(30) http://200.37.9.27/CCL/ccl_arbitraje/es/ccl_estadisticas.aspx.

(31) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 112-113.

2.1. El convenio arbitral (contenido, forma y efectos)

Siguiendo la moderna tendencia de sus predecesoras, pero profundizando el concepto, la LA mantiene la idea de que el convenio arbitral es un acto único, autosuficiente, que no requiere de la ulterior celebración del compromiso arbitral⁽³²⁾. Por ello, lo define como el acuerdo destinado a someter a arbitraje controversias que “hayan surgido o puedan surgir” entre las partes, y conserva el carácter amplio al admitir que la relación jurídica a cuyas controversias se refiere pueda ser “contractual o de otra naturaleza” (artículo 13.1).

Aunque mantiene la exigencia de forma “escrita” (artículo 13.2) luego aclara que ese requisito se satisface “cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio” (artículo 13.3) y, específicamente, “cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta” (artículo 13.4)⁽³³⁾.

Esta norma, cuya fuente ostensible es la “Opción I” del artículo 7 de la Ley Modelo de UNCITRAL enmendada en 2006, supone ampliar de tal manera la noción de “escritura”, que quede comprendida en ella cualquier forma de registración del acuerdo de voluntad entre las partes. Ello así, será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal. No sólo se elimina la exigencia de la

(32) Sobre el tema remitimos a nuestros trabajos anteriores. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Reflexiones acerca de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: ¿y después nos preguntamos por qué el arbitraje funciona recién desde 1996?”, en: *Boletín del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima*, Año III, N° 5, abril 2005; CAIVANO, Roque J., “El compromiso arbitral: una institución inconveniente”, en: *Rev. La Ley*, 1997-F-1177.

(33) La misma norma define como *comunicación electrónica* a toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos, concepto éste último comprensivo de toda información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax (artículo 13.4).

firma de las partes y del intercambio de comunicaciones entre ellas⁽³⁴⁾, sino que se amplía la definición al punto de considerar que *escrito* significa también *no escrito*⁽³⁵⁾. Aunque sigue siendo necesario que exista algún medio que permita constatar la existencia de la voluntad⁽³⁶⁾, la *forma* requerida por la LA dejó de ser un requisito *ad solemnitatem* para convertirse un requisito *ad probationem*. El principal efecto de la norma en comentario es que se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad; en suma, ser *objetivamente reconocible y valorable*)⁽³⁷⁾, el acuerdo arbitral será válido.

De manera particularizada, la LA recoge –y equipara a la tradicional escritura en soporte papel– la forma electrónica, siguiendo los principios que inspiraron la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005. Ello no hace sino reconocer el impacto que ha producido la creciente utilización de medios no escritos (o al menos no en soporte papel) para la celebración de las transacciones, extendiendo el principio ya aceptado en el derecho de los contratos al convenio arbitral. En línea con el proceso de *desformalización* del acuerdo arbitral, se admite que el requisito de la registración de la manifestación de voluntad de las partes se cumple cualquiera sea el soporte elegido y, especialmente, si se

(34) Ver Notas Explicativas de la Secretaría de UNCITRAL acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, párrafo 19.

(35) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, Legis, Bogotá, N° 7, 2007, pp. 91 y ss.

(36) Ello es consecuencia lógica del carácter inmaterial del acto volitivo (el “querer” pertenece al mundo de las ideas, al ámbito del espíritu), que requiere de alguna clase de expresión tangible para trascender, de modo que esa volición se corporice en alguna especie de lenguaje aprehensible a través de los sentidos. Ver, CAIVANO, Roque J., “Forma y prueba de los contratos”, en: *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 1996-II-128, y cita de REZZÓNICO, Juan Carlos, “La forma jurídica y su dimensión histórica”, en: *Rev. La Ley*, 1980-D-1212.

(37) ALEGRÍA, Héctor, “Nuevas fronteras de la documentación, la forma y la prueba de las relaciones comerciales”, en: *Rev. La Ley*, 1985-E-660.

hace a través de mensajes de datos, con la amplitud que la norma otorga a este concepto. Así, se reconoce expresamente el valor probatorio del documento electrónico, especie del género más amplio de *documento*, concebido como *toda representación objetiva de un pensamiento*⁽³⁸⁾, como todo objeto que pueda informar sobre un hecho o un acto con consecuencias jurídicas⁽³⁹⁾.

En forma novedosa, el artículo 14 se ocupa de una cuestión que ha generado problemas en la práctica arbitral internacional: la extensión de los efectos del convenio arbitral a *no-signatarios*⁽⁴⁰⁾. El tema, que ha dado lugar a intensos debates en la doctrina⁽⁴¹⁾, y en la jurisprudencia, tanto arbitral⁽⁴²⁾, como judicial⁽⁴³⁾, es resuelto por el legislador

(38) ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, 2ª ed., Buenos Aires, 1958, T. 3, p. 392.

(39) BERGEL, Salvador Darío, “El documento electrónico y la teoría de la prueba”, en: *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 13, Prueba, T. 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1997, pp. 137 y ss.

(40) Ver, en general, 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, en <http://www.limaarbitration.net/>.

(41) Ver, entre muchos otros, SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral, según la práctica internacional”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, 2005, pp. 55 y ss; GOUTAL, Jean-Louis, “L'arbitrage et les tiers: I.- Le droit des contrats”, en: *Revue de l'arbitrage*, 1988, N° 3, pp. 439 y ss; HANOTIAU, Bernard, “Problems raised by complex arbitrations involving multiple contracts, parties, issues”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, N° 3, 2001, pp. 251 y ss; PATIL WOOLHOUSE, Sarita, “Group of Companies Doctrine and English Arbitration Law”, en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 4, 2004, pp. 435 y ss; WALD, Arnoldo, “A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos”, en: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 2004, pp. 31 y ss.

(42) Ver caso CCI N° 4131, “Dow Chemical c. Isover Saint Gobain”, laudo interlocutorio de fecha 23 de septiembre de 1982, publicado en *Collection of ICC Awards*, 1974-1985, Kluwer, pp. 151 y ss; caso CCI N° 5103, *Collection of ICC Awards*, 1986-1990, Kluwer, pp. 361 y ss; casos CCI N° 7604 y 7610, *Collection of ICC Awards*, 1996-2000, pp. 510 y ss.

(43) Ver, en el derecho francés, Cour d'appel de París, 21/10/1983, *in re Dow Chemical c. Isover Saint Gobain*, *Revue de l'arbitrage*, 1984, p. 98; Cour d'appel de París, 31/10/1989, *in re Kis France c. Société Générale*, *Revue de l'arbitrage*, 1992, pp. 90 y ss; Cour d'appel de París, 14/02/1989, *in re Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance*, *Revue de l'arbitrage*, 1989, N° 4, pp. 691 y ss., fallo luego confirmado por la

peruano en los siguientes términos: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos” (artículo 14).

Esta regla, que no significa romper con el principio básico conforme el cual el arbitraje es estrictamente voluntario, implica que, dadas ciertas circunstancias de hecho particulares, es posible considerar que alguien ha expresado su conformidad a someterse a arbitraje, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación. Priorizando la realidad

Corte de Casación: Cour de Cassation, 3/03/1992, *Revue de l'arbitrage*, 1992, N° 4, pp. 560 y ss.; Cour d'appel de Paris, 11/01/1990, *in re* Orri c. Société des Lubrifiants Elf Aquitaine, *Revue de l'arbitrage*, 1992, N° 1, pp. 95 y ss.; Cour d'appel de Paris, 28/11/1989, *in re* Compagnie tunisienne de navigation (Cotunav) c. Comptoir Commercial André, *Revue de l'arbitrage*, 1990, N° 3, pp. 675 y ss. Fallo luego confirmado por la Corte de Casación: Cour de Cassation, 25/06/1991, *Revue de l'arbitrage*, 1991, N° 3, p. 453.

Ver, en el derecho norteamericano, Court of Appeal of the Second Circuit, *in re* Import Export Steel Corp. v. Mississippi Valley Barge Line Co., 351 F.2d 503, 505-506 (2d Cir. 1965); US Court of Appeals for the Second Circuit, *in re* Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc., 933 F.2d 1100, 1105, 2d Cir.; US Court of Appeals for the Second Circuit, *in re* Carte Blanche –Singapore– Pte., Ltd. v. Diners Club Int'l. Inc., 2 F.3d 24, 26, 2d Cir., 1993; US Court of Appeals for the Second Circuit, *in re* Passalacqua Builders, Inc. v. Resnick Developers S., Inc., 933 F.2d, 131, 138-39, 2d Cir., 1991; US Court of Appeals for the Second Circuit, *in re* Freeman v. Complex Computing Co., 119 F.3d 1044, 1053, 2d Cir., 1997; US Court of Appeals for the Second Circuit, *in re* Deloitte Noraudit A/S v. Deloitte Haskins & Sells, U.S., 9 F.3d 1060, 1064; 2d Cir., 1993; US Court of Appeals for the Fourth Circuit, 1988, *in re* J.J. Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, S.A., 863 F.2d 315, 320-21; US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *in re* MS Dealer Corp. v. Franklin, 177 F. 3d 942, 11th Cir., 1999; US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, *in re* Sunkist Soft Drinks, Inc. v. Sunkist Growers, Inc., 10 F.3d 753, 757- 78, 11th Cir., 1993; US Court of Appeals for the Third Circuit, *in re* E.I. DuPont de Nemours & Co. v. Rhone Poulenc Fiber & Resin Intermediates, S.A.S., 269 F.3d 187, 3d Cir., 2001; US Court of Appeals for the Fifth Circuit, *in re* Hill v. G E Power Systems, Inc., February 11, 2002, N° 01-20061.

Por contraste, ver en el derecho inglés el rechazo de la teoría de los grupos de sociedades, en Commercial Court, Queen's Bench Division, 7/08/1998, *in re* Caparo Group Ltd. v. Fagor Arrastate Sociedad Cooperativa; English High Court, 4/02/2004, *in re* Peterson Farms Inc. v. C&M Farming Ltd., EWHC, 121, Comm.

por sobre la forma o la mera apariencia, la LA reconoce –en sintonía con la ampliación del concepto de *convenio arbitral escrito* que hemos comentado– que la firma puesta en el instrumento no es la única forma de prestar el consentimiento para someterse a arbitraje. Dicho de otra manera: el solo hecho de que alguien no haya sido firmante directo del convenio arbitral no impide que, con base en la buena fe y tomando en cuenta la participación que –de hecho– hubiese tenido en el contrato o su pretensión de invocar derechos o beneficios derivados del mismo, pueda verse obligado por sus efectos. La norma en comentario, con una lógica impecable, sólo predica que la mera circunstancia de no haber sido –en sentido formal– parte en el acuerdo arbitral no significa –necesariamente– un impedimento para invocar el convenio arbitral o para que éste le sea oponible. Aunque, claro está, ello requerirá la demostración de ciertos presupuestos de hecho que la misma norma señala.

2.2. Designación y recusación de árbitros

Como se dijo, uno de los objetivos de la LA es dotar al arbitraje de la mayor autonomía posible respecto del Poder Judicial. El mecanismo previsto para la designación y recusación de los árbitros es una muestra de ese propósito. Luego de sentar el principio de libertad de las partes para convenir el procedimiento de designación de los árbitros, se fijan reglas supletorias –que facultan a las partes a nombrar un árbitro en tribunales colegiados– pero se incluye una importante pauta residual: cuando por aplicación de aquellas reglas no se llegara a nombrar uno o más árbitros, “el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana”. Si se trata de un arbitraje internacional, “el nombramiento a que se refiere el inciso d) de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje” (artículo 23, incisos d y e).

Con el mismo espíritu, la LA da plena libertad a las partes para convenir el procedimiento de recusación de los árbitros. La regla residual,

tanto para el caso de un tribunal arbitral colegiado si los árbitros no recusados no logran formar mayoría para resolver la recusación, como para el caso en que el recusado es el único árbitro, es que la misma será resuelta por la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, por la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23 (artículo 29.2).

De este modo, se evita –aun en arbitrajes *ad hoc*– la necesidad de acudir a los tribunales judiciales tanto para la designación como para la recusación de los árbitros. Adicionalmente, para evitar la judicialización de la incidencia, la ley aclara que “la decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable”, sin perjuicio de que, si la recusación no prosperase, “la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo” (artículo 29.7).

2.3. Tribunales arbitrales “truncos”

El artículo 30 de la LA resuelve otro de los problemas usuales en la práctica del arbitraje internacional: el que se conoce como “tribunal trunco” (*truncated tribunal*). En ocasiones, especialmente en países con escasa cultura arbitral, los árbitros designados a propuesta de una de las partes tienden a actuar de un modo incompatible con su función de árbitros y, para beneficiar a la parte que los designó, se rehúsan a firmar el laudo⁽⁴⁴⁾. Pero en ocasiones, esa misma conducta antijurídica del árbitro se traduce en su reluctancia a participar en el procedimiento, obstaculizando de ese modo el normal desarrollo del proceso⁽⁴⁵⁾.

(44) Este problema es solucionado por la LA, siguiendo la línea de otras modernas legislaciones, con la disposición del artículo 55.1, conforme el cual “cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas”, y con la regla del artículo 55.3, conforme la cual “se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda”.

(45) Acerca de esta y otras maniobras de los árbitros, y el planteo de algunas soluciones, ver OKEKEIFERE, Andrew I., “The parties’ rights against a dilatory or unskilled arbitrator. Possible new approaches”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 15, N° 2, 1998, pp. 129 y ss. Asimismo, DONAHEY, M. Scott, “Defending the arbitration against sabotage”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 13, N° 1, 1996, pp. 93 y ss.

Esta conducta pone a los árbitros ante una de las más complejas situaciones: ¿debe el árbitro ser removido y reemplazado?; en tal caso, ¿deben repetirse las audiencias ante el nuevo tribunal que se conforme con el sustituto? O, por el contrario, ¿pueden los restantes árbitros continuar con el procedimiento y dictar el laudo?

Inspirado en las soluciones que propician algunos reglamentos, como el de la American Arbitration Association (artículo 11), London Court of International Arbitration (artículo 12), Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (artículo 35), Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 12.5, aunque sólo “después de cerrada la instrucción de la causa”) –que a su vez recogieron importantes experiencias prácticas en tal sentido–⁽⁴⁶⁾, la LA brinda a los restantes árbitros la facultad de proseguir las actuaciones y aún dictar el laudo: “Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas” (artículo 30.2). En todo caso, el numeral siguiente (artículo 30.3) se pone en el supuesto de que los árbitros decidan no continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente⁽⁴⁷⁾, lo

⁽⁴⁶⁾ Por ejemplo, el Tribunal que resolvió las controversias entre Irán y los EE.UU. (*Iran-U.S. Claims*), actuando bajo una versión modificada del Reglamento de UNCITRAL, dictó laudos con el tribunal incompleto, ante la injustificada negativa de uno de los árbitros a participar en los procedimientos. Sobre este proceso, en general, ver BROWER, Charles N. y BRUESCHKE, Jason D., *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1998. En particular sobre la cuestión aquí analizada, DONAHEY, M. Scott, “The UNCITRAL Rules and the truncated tribunal”, en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 4, N° 2, 1993, pp. 191 y ss.

⁽⁴⁷⁾ Aquí cabe destacar que el texto de la LA contiene un error. Si uno lee el numeral 30.3 verificará que éste dice: “Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje(...)”, cuando lo que debería decir es: “Si en cualquier momento, los

que obligará a que la parte interesada a solicitar a la autoridad competente la remoción del árbitro en cuestión y su sustitución por un nuevo árbitro.

2.4. Libertad en la regulación de las actuaciones

Siguiendo claramente lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL⁽⁴⁸⁾, el artículo 34.1 de la LA reconoce en las partes y, en su defecto, en los árbitros, las más amplias facultades para determinar las reglas a las que se sujetará el arbitraje⁽⁴⁹⁾, teniendo como único límite la obligación de tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (artículo 34.2)⁽⁵⁰⁾. Es más, este dispositivo (artículo 34.3) establece que si no existe disposición aplicable en las reglas

otros árbitros **no** deciden continuar con el arbitraje (...). El error parece haberse presentado al momento en que se remitió el texto de la LA para publicación, ya que todos los antecedentes que dieron origen a esta norma contenían correctamente la palabra “no”. Corresponde; sin embargo, que se interprete esta norma de la manera que estamos señalando porque, de lo contrario, carecería de sentido.

- (48) Conforme autorizada doctrina, este artículo debe ser considerado la disposición más importante de la Ley Modelo: no sólo establece la libertad de las partes para determinar las reglas de procedimiento, sino que deja a los árbitros, en ausencia de acuerdo entre aquellas, una amplia discreción acerca de cómo dirigir el procedimiento. En ambos casos, sujeto al cumplimiento de los principios fundamentales del debido proceso. De ese modo, se permite adaptar el procedimiento a la enorme variedad de circunstancias y necesidades de los casos internacionales, evitando las peculiaridades y prácticas locales. HERMANN, Gerold, “Power of arbitrators to determine procedures under the UNCITRAL Model Law”, en: *XII International Arbitration Congress*, Viena, 1994, pp. 22-23.
- (49) Ver, entre otros, FORTIER, L. Yves, “The minimum requirement of due process in taking measures against dilatory tactics: Arbitral discretion in international commercial arbitration –A few plain rules and a few strong instincts”, en: *ICCA Congress series*, N° 9, París, 1999, pp. 396-398; HÖELLERING, Michael F., “The Model Law on international commercial arbitration”, en: *The International Lawyer*, Vol. 20, N° 1, 1986, pp. 328-331; y, BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, pp. 48 y ss.
- (50) Entre otros, KARRER, Pierre A., “Freedom of an arbitral tribunal to conduct proceedings”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, N° 1, 1999, pp. 14-20; PLANTEY, Alain, “El Arbitraje Internacional en un Mundo en cambio”, en: *Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI - El Arbitraje Comercial Internacional*, Suplemento Especial, 1995, p. 18.

aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la LA, los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano⁽⁵¹⁾.

En base a este principio de libertad plenamente reconocido, las partes y, en su defecto, los árbitros, podrán determinar el lugar del arbitraje (artículo 35)⁽⁵²⁾, el idioma del arbitraje (artículo 36)⁽⁵³⁾, las reglas sobre la presentación de la demanda y su contestación (artículo 39), las audiencias (artículo 42)⁽⁵⁴⁾, las pruebas (artículo 43)⁽⁵⁵⁾, y demás aspectos necesarios para el buen desarrollo del proceso arbitral.

2.5. Intervención de abogados extranjeros

En no pocas ocasiones las partes designan a un Estado como sede de su arbitraje en razón de su neutralidad, o por razones de conveniencia

⁽⁵¹⁾ En realidad, la mayoría de los acuerdos arbitrales –aún los más sofisticados– rara vez establecen reglas sobre este particular, dejando libradas estas cuestiones a lo que disponga la ley de la sede del arbitraje específicamente para los procedimientos arbitrales, con exclusión de los Códigos Procesales, que sólo rigen los procedimientos ante los tribunales judiciales. MURKELA, Matti, “Due process in arbitration: A Finnish perspective”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 21, N° 2, 2004, p. 222. Ver, asimismo, MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 150-151; ROCA MARTÍNEZ, José María, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, J.M. Bosch, Barcelona, 1992, pp. 66-67; SHIFMAN, Bette E., “Developments in adoption of the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration”, en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 1, N° 2, 1990, pp. 290-291.

⁽⁵²⁾ Ver, en general, CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 298-304.

⁽⁵³⁾ Ver, por todos, BORN, Gary B., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Planning, Drafting and Enforcing*, Kluwer Law International, 1999, pp. 78 y ss.

⁽⁵⁴⁾ DRAHOZAL, Christopher R., “Commercial norms, commercial codes and international commercial arbitration”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 33, N° 1, 2000, pp. 79 y ss.

⁽⁵⁵⁾ Ver, por todos, CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª edición, Oceana, 2000, pp. 415 y ss; CREMADES, Bernardo M., “Powers of the arbitrators to decide on the admissibility of evidence and to organize the production of evidence”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, N° 1, 1999, pp. 49-54.

geográfica, costos, servicios que se proveen, el marco legal aplicable al arbitraje, entre otros⁽⁵⁶⁾.

En este escenario de libertad para la determinación de la sede de un arbitraje, se afirma que una de las ventajas que las partes esperan encontrar en la sede que se elija para arbitrar una controversia, es que se les permita elegir libremente a los asesores legales que los representarán, a diferencia de lo que suele exigirse en las causas judiciales, en las que deben ser representadas o patrocinadas por un abogado habilitado para ejercer localmente⁽⁵⁷⁾.

Se trata, pues, de un tema de gran importancia práctica, porque la consecuencia de no autorizar la participación de abogados extranjeros –y más aún la de prohibirla– es, lisa y llanamente que las partes elegirán otro país para radicar su arbitraje⁽⁵⁸⁾. Hasta donde conocemos, la LA es la única legislación en Latinoamérica que habilita de manera expresa la asistencia o el patrocinio de abogados extranjeros (artículo 37.4)⁽⁵⁹⁾.

2.6. Adopción de medidas cautelares

Históricamente, las legislaciones han sido reticentes a otorgar a los árbitros la facultad de adoptar medidas cautelares y han concentrado en los tribunales judiciales la función de decretar y ejecutar estas

⁽⁵⁶⁾ Ver Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral, parágrafo 3.22. Asimismo, una reseña de los principales criterios que emplea la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI para determinar la sede del arbitraje en ausencia de acuerdo entre las partes, puede verse en SILVA ROMERO, Eduardo, “América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales”, en: *Revista de Arbitragem e Mediação*, Año 1, N° 1, 2004, pp. 89 y ss. Igualmente, ALVAREZ, Henri C., “La escogencia del lugar del arbitraje”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 3, Legis, Bogotá, 2005, pp. 13 y ss.

⁽⁵⁷⁾ Ver, por todos, CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª ed., ICC Publications, París, 1990, pp. 277-278. Asimismo, LOWENFELD, Andreas F., “Singapore and the local Bar: Aberration or Ill Omen?”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 5, N° 3, 1988, p. 73.

⁽⁵⁸⁾ HERMANN, Gerold, “Does the World need additional uniform legislation on arbitration?”, en: *Arbitration International*, Vol. 15, N° 3, 1999, pp. 211 y ss.

⁽⁵⁹⁾ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 5, Lima, 2007, pp. 91-108.

medidas⁽⁶⁰⁾. En buena medida, estas decisiones estaban fuertemente influidas por una errónea concepción del arbitraje: se razonaba, por un lado, que la jurisdicción es una potestad exclusivamente estatal, emanada de la soberanía y ejercida por sus propios órganos⁽⁶¹⁾; y, por el otro, que la falta de *imperium* de los árbitros les impide adoptar medidas de esta naturaleza⁽⁶²⁾.

La fragilidad de ambos argumentos es ostensible. Respecto del primero, baste decir que el carácter jurisdiccional del arbitraje, que tantos debates generó, hoy está fuera de discusión. Tanto la doctrina⁽⁶³⁾, como la jurisprudencia⁽⁶⁴⁾, son mayoritariamente contestes en reconocer

(60) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Arbitraje y justicia cautelar”, en: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. 22, 2007, pp. 23 y ss.

(61) Ver, en general, LASCANO, David, *Jurisdicción y competencia*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941.

(62) Algunos tribunales judiciales han utilizado este razonamiento para negarse a ejecutar una medida cautelar dispuesta por un tribunal arbitral (ver Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata (Argentina), Sala 1ª, 7/07/1998, *in re* Sasso, Nicolás c. Neyra, Osbelia, *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-47). Más curioso es que, en ocasiones, los mismos árbitros han recurrido a esa línea de pensamiento para negarse a dictar una medida cautelar que les fuera solicitada (ver Laudo final en el Caso CCI 6653, de 1993, en ARNÁLDEZ, Jean-Jacques, DERAÏNS, Yves y HASCHER, Dominique, *Collection of ICC Awards 1991-1995*, ICC Publishing, París, 1997, p. 521).

(63) Ver, entre muchos otros, AYLWIN AZÓCAR, Patricio, *El juicio arbitral*, Editorial Jurídica de Chile, 5ª edición, Santiago, 2005, pp. 37 y ss; CAIVANO, Roque J., *Arbitraje*, Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 100; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, pp. 42 y ss (aunque destacan la esterilidad de la discusión); CREMADES, Bernardo M., “El arbitraje en la doctrina constitucional española”, en: *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 6, Legis, Bogotá, 2007, pp. 13 y ss; CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, Civitas, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 119; FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, París, 1996, p. 792; JARROSSON, Charles, *La notion d'arbitrage*, LGDJ, París, 1987, N° 785; ; OPPETT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Legis, Bogotá, 2006, p. 57; REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., Londres, 2004, p. 10.

(64) Ver, entre otros, en Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 20/04/1992, *in re* Blanco, Guillermo y otros c. Petroquímica Bahía Blanca S.A., Lexis-Nexis on line, N° 70003765; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/12/1974, *in re* Yacimientos Petrolíferos Fiscales c. Sargo S.A., Rev. Fallos, 290: 458; Corte

que, sin perjuicio de su génesis convencional, el arbitraje tiene una naturaleza intrínsecamente jurisdiccional, en la medida que las funciones decisorias de los árbitros son comparables a las de un juez estatal, y que sus decisiones son equiparables a las sentencias judiciales: producen igualmente efecto de cosa juzgada y tienen idéntica vía procesal para procurar su ejecución forzada. En relación con el segundo argumento, debe recordarse que, si bien carentes de la potestad de imponer coactivamente el cumplimiento de sus resoluciones, las atribuciones decisorias de los árbitros no son menores que las de los jueces⁽⁶⁵⁾: los árbitros pueden adoptar todas aquellas decisiones –definitivas o precautorias– que caigan dentro de su esfera de competencia. Simplemente, se limita su potestad para hacerlas cumplir forzosamente⁽⁶⁶⁾.

Aunque las soluciones distan todavía de ser pacíficas⁽⁶⁷⁾, la mayoría de las leyes de arbitraje comparadas han abordado el tema en forma expresa, estableciendo que, salvo pacto en contrario, los árbitros pueden decretar medidas cautelares o provisionales⁽⁶⁸⁾. Excepcionalmente,

Suprema de Justicia de la Nación, 11/11/1997, *in re* Yacimientos Carboníferos Fiscales, Rev. Fallos, 320: 2379; Corte Suprema de Justicia de la Nación, 31/05/1999, *in re* Rocca, J. C. c. Consultara S.A., Rev. Fallos, 322: 1100. En Colombia: Corte Constitucional, 14/03/2007, Sentencia SU-174/2007, Expte. T-980.611. En España: Tribunal Constitucional, 28/10/1993, Auto 36/1993. En Perú: Tribunal Constitucional, 28/02/2006, *in re* Cantuarias Salaverry, Fernando, Expte. 6167-2005-PHC/TC.

(65) PALACIO, Lino E., *Manual de Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, 11ª ed., Buenos Aires, 1995, p. 888.

(66) CAIVANO, Roque J., “Medidas cautelares en el arbitraje”, en: *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-47.

(67) Algunas legislaciones, aun modernas, no dan a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares y, a lo sumo, los facultan a pedir las al juez ordinario. Tal es el caso de las legislaciones sobre arbitraje de Brasil (artículo 22.4), Costa Rica (artículo 52), El Salvador (artículo 32), Honduras (artículo 41), Italia (artículo 818), Suiza (para arbitrajes domésticos, artículo 26.1), Uruguay (artículo 488).

Importantes autores, asimismo, sugieren que la facultad de los árbitros de adoptar medidas cautelares *ex-parte*, conllevaría la destrucción del arbitraje. SILVA ROMERO, Eduardo, “Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro”, en: *Ponencia presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, El Arbitraje y la Jurisdicción*, Madrid, 17 al 19 de junio de 2007.

(68) Aunque no siempre con el mismo alcance, pueden verse, entre otras, las legislaciones sobre arbitraje de Alemania (artículo 1041), Austria (artículo 593), Bélgica (artículo

algunas normas van aún más allá y dan a los propios árbitros ciertas facultades para hacer cumplir las medidas cautelares que adoptan⁽⁶⁹⁾.

El texto original de la Ley Modelo consagraba de manera expresa la potestad de los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, de adoptar medidas provisionales cautelares respecto del objeto del litigio (artículo 17). La reforma introducida en el año 2006 legisla de manera más detallada este tema, uno de aquellos a los que el Grupo de Trabajo había dado prioridad⁽⁷⁰⁾. La necesidad de regular esta cuestión es explicada por la creciente utilización de medidas cautelares en la práctica del arbitraje comercial internacional⁽⁷¹⁾, y el nuevo texto, en síntesis, da una respuesta satisfactoria a los problemas que estas medidas representan⁽⁷²⁾.

La LA, en sus artículos 47 y 48, ha tomado debida consideración de estos cambios.

En ese sentido, la LA señala que a petición de cualquiera de las partes, los árbitros pueden adoptar –en una decisión que puede o no tener la forma de laudo– las medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del laudo, tales como aquellas que mantengan o establezcan el *statu quo*, que impidan algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, que preserven bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente o los elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia

1696.1), Bolivia (artículo 35), Canadá (artículo 17), Chile (artículo 17), Colombia (artículo 152), Ecuador (artículo 9), España (artículo 23), Guatemala (artículo 22), Japón (artículo 24), Malasia (artículo 19.1), México (artículo 1433), Nicaragua (artículo 43), Panamá (artículo 24), Paraguay (artículo 20), Suecia (artículo 25), Suiza (para arbitrajes internacionales, artículo 183), Túnez (artículo 62) y Venezuela (artículo 26).

⁽⁶⁹⁾ Ver, por ejemplo, las legislaciones de Colombia (artículo 152) y Ecuador (artículo 9.3).

⁽⁷⁰⁾ SANDERS, Pieter, “UNCITRAL’s Model Law on International and Commercial Arbitration: Present Situation and Future”, en: *Arbitration International*, Vol. 21, N° 4, 2005, pp. 443 y ss.

⁽⁷¹⁾ Notas Explicativas de la Secretaría de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Ley Modelo, parágrafo 4.

⁽⁷²⁾ MONDRAGÓN-LÓPEZ, Omar, “Medidas cautelares *ex parte* en arbitraje internacional: la reforma del artículo 17 de la Ley Modelo UNCITRAL”, en: *Revista del Centro de Arbitraje de México*, 10 de febrero de 2006.

(artículo 47.1 y 2). Antes de tomar la decisión, los árbitros pondrán en conocimiento la solicitud a la otra parte, salvo que el solicitante de la medida haya justificado la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustré⁽⁷³⁾. En este último caso, luego de ejecutada la medida, se podrá solicitar la reconsideración de la decisión (artículo 47.3).

La norma dispone que una vez constituido el tribunal arbitral⁽⁷⁴⁾, es a éste a quien le corresponde conocer y resolver cualquier solicitud de medida cautelar. Es más, si se ha solicitado una medida cautelar a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral⁽⁷⁵⁾, cualquiera de las partes puede solicitar a dicha autoridad que remita los actuados a los árbitros para que sean éstos quienes se pronuncien definitivamente (artículo 47, numerales 4 y 5). Sin embargo, en arbitrajes internacionales, el artículo 47.9 habilita a la parte a solicitar, a su elección, las medidas cautelares a los árbitros o a los jueces, libertad que se funda en el hecho de que la parte interesada puede considerar que la decisión judicial peruana podrá ser más fácilmente ejecutada en un tercer Estado que una decisión de un tribunal arbitral.

Adoptada la medida cautelar por los árbitros y en caso de ser necesario el auxilio judicial para su cumplimiento, la parte interesada podrá recurrir al juez, quien debe proceder a la ejecución de la medida sin admitir recurso ni oposición alguna (artículo 48.2). Es claro, en la letra y en el espíritu de la norma, que el juez está llamado únicamente a ordenar la ejecución compulsiva de la medida adoptada por los árbitros, sin que su intervención pueda dar lugar a una revisión judicial.

Por último, el artículo 48.4 autoriza a que toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio

(73) Ver MARCHAC, Gregoire, “Interim measures in international commercial arbitration under the ICC, AAA, LCIA and UNCITRAL Rules”, en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 10, 1999, pp. 130-131.

(74) MADRID HORNA, Víctor, “Sobre la intervención de los órganos jurisdiccionales en los procesos arbitrales: el caso de las medidas cautelares reguladas por la Ley General de Arbitraje”, en: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, N° 56, Lima, 2003, p. 167.

(75) Sobre el tema, ver JARVIN, Sigvard, “Is exclusion of concurrent Courts’ jurisdiction over conservatory measures to be introduced by a revision of the Convention?”, en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 6, N° 1, 1989, p. 174.

peruano pueda ser reconocida y ejecutada en el Perú, al amparo de las disposiciones aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. De esta manera, el Perú es uno de los primeros Estados en el mundo que habilita el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares foráneas⁽⁷⁶⁾, sin tener que recurrir a una interpretación extensiva y bastante discutible de la Convención de Nueva York de 1958⁽⁷⁷⁾.

2.7. La confidencialidad en el arbitraje

Como bien señala la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), “se acostumbra a considerar que la confidencialidad es uno de los rasgos más ventajosos y útiles del arbitraje”⁽⁷⁸⁾. Con todo, el tema no está exento de debates en torno a los beneficios de la confidencialidad, que en ocasiones se contrapesan con la conveniencia de autorizar una cierta publicidad⁽⁷⁹⁾. A tal punto que, si bien se sigue interpretando que la confidencialidad es natural en el arbitraje, no parece que pueda considerarse un principio esencial⁽⁸⁰⁾, salvo que las partes le hayan otorgado ese alcance⁽⁸¹⁾. Avanzando aún más en esa línea, algunos tribunales norteamericanos y suecos han juzgado que la confidencialidad no se presume y que sólo puede

(76) DI PIETRO, Domenico y PLATTE, Martin, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, Cameron May, Londres, 2001, pp. 41-47.

(77) Ver, por todos, VAN DEN BERG, Albert J., “Some recent problems in the practice of enforcement under the New York and ICSID Conventions”, en: *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, Vol. 2, N° 2, 1987, pp. 451-453; y WANG, William, “International arbitration: The need for uniform interim measures of relief”, en: *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 28, 2003, pp. 1081-1088.

(78) Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral. Ver, además, ROSELL, José, “Confidentiality and arbitration”, en: *Croatian Arbitration Yearbook*, Vol. 9, 2002, pp. 19 y ss.

(79) Ver, BUYS, Cindy G., “The tensions between confidentiality and transparency in international arbitration”, en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 14, 2003, pp. 121 y ss.

(80) PAULSSON, Jan y RAWDING, Nigel, “The trouble with confidentiality”, en: *Arbitration International*, Vol. 11, N° 3, 1995, pp. 303 y ss.

(81) LOQUIN, Eric, “Les obligations de confidentialité dans l’arbitrage”, en: *Revue de l’arbitrage*, 2006, N° 2, pp. 323 y ss.

imponerse si existe una expresa referencia en la ley, el reglamento arbitral aplicable o el pacto de las partes⁽⁸²⁾.

Debe anotarse que, en el derecho comparado son muy pocas las legislaciones arbitrales que regulan esta materia⁽⁸³⁾.

En el Perú, si bien la doctrina se ha manifestado unánimemente a favor de la existencia de la confidencialidad⁽⁸⁴⁾, el análisis se ha circunscripto a los árbitros y las partes. La falta de regulación legal ha impedido conocer con exactitud quiénes son los obligados a guardar confidencialidad, cuál es su extensión y cuáles las excepciones.

La LA viene a dar algunas precisiones. En su artículo 51.1, establece que, salvo pacto en contrario, los árbitros, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones.

Este deber de confidencialidad obviamente también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales (artículo 51.2) las que; sin

(82) Ver, en general, BERTRAND, Édouard, "The confidentiality of arbitration: evolution or mutation following *Esso/BHP v. Plowman*", en: *Revue de Droit International des affaires*, N° 2, 1996, pp. 172-176; BROWN, Alexis C., "Presumption meets reality: An exploration of the confidentiality obligation in international commercial arbitration", en: *American University International Law Review*, 2001, pp. 970-1023; SMIT, Hans, "Breach of confidentiality as a ground for avoidance of the arbitration agreement", en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, 2000, pp. 567-582; KOURIS, Steven, "Confidentiality: Is international arbitration losing one of its major benefits?", en: *Journal of International Arbitration*, Vol. 22, N° 2, 2005, pp. 127-135; y FORTIER, L. Yves, "The occasionally unwarranted assumption of confidentiality", en: *Arbitration International*, Vol. 15, N° 2, 1999, pp. 131-136.

(83) Un informe de la Comisión de la CCI sobre arbitraje internacional da cuenta de que sólo regulan este tema las legislaciones arbitrales de Bermuda, España, Hong Kong, Nigeria, Rumania, Taiwán y Zambia. (ICC Commission on International Arbitration, "Report on Confidentiality as a purported obligation of the parties in Arbitration", en: *Document 420/20-009 Rev*, 2002). En el año 2007, Nueva Zelanda también ha incorporado reglas sobre confidencialidad en el arbitraje (Arbitration Amendment Act).

(84) Por todos, ver, DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "La publicidad del arbitraje", en: *Arbitraje On Line*, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, www.cameralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic-ant/5/voz_arbitro1.htm; y VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 84.

embargo, se encuentran exceptuadas cuando, por exigencia legal, sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo, para proteger o hacer cumplir un derecho, para interponer el recurso de anulación o para ejecutar el laudo en sede judicial.

En sentido contrario, y tomando posición en un tema que ha sido especialmente controvertido⁽⁸⁵⁾, la LA señala específicamente que cuando una de las partes sea el Estado peruano, el laudo será público (artículo 51.3).

2.8. Reconocimiento de laudos parciales

Como explica Barragán Arango⁽⁸⁶⁾, “por muchos años se ha considerado que el laudo arbitral es la expresión de los árbitros, en virtud de la cual finaliza la disputa que se ha puesto en su conocimiento”. En otras palabras, tradicionalmente se ha considerado que así como el Poder Judicial sólo emite una sentencia, el árbitro sólo dicta un laudo.

Sin embargo, con frecuencia se observan en la práctica casos en los que es conveniente –sino necesario– resolver algunas de las cuestiones sometidas a arbitraje con carácter previo a otras, de modo de evitar un dispendio de actividad procesal. Imaginemos un arbitraje en el que se discute la responsabilidad contractual de una de las partes y en el que la prueba acerca del daño causado es costosa en dinero y en tiempo.

⁽⁸⁵⁾ En el campo del arbitraje entre Estados e inversionistas extranjeros, son cada vez más los tratados que, en razón de la transparencia, autorizan la publicidad de los laudos y, además, la intervención de *amicus curiae*. Así, por ejemplo, ver los artículos 10.20.3 y 10.21 del TLC Estados Unidos-Perú. Ver, en general, MISTELIS, Loukas A., “Confidentiality and third party participation. UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States”, en: *Arbitration International*, Vol. 21, N° 2, 2005, pp. 211 y ss.; BERTRAND, Édouard, “The confidentiality of arbitration: Evolution or mutation following Esso/BHP v. Plowman”, en: *Revue de Droit des Affaires Internationales*, N° 2, 1996, pp. 172 y ss.; JABLONSKI, Scott R., “¡Si, Po! Foreign Investment Dispute Resolution does have a place in Trade Agreements in the Americas: A comparative look at Chapter 10 of the United States-Chile Free Trade Agreement”, en: *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 35, 2004, pp. 653 y ss.; y, GANTZ, David A., “The Evolution of FTA Investment Provisions from NAFTA to the United States-Chile Free Trade Agreement”, en: *American University International Law Review*, Vol. 19, 2004, pp. 747 y ss.

⁽⁸⁶⁾ BARRAGÁN ARANGO, Luis Alfredo, “El laudo arbitral”, en: SILVA ROMERO, Eduardo (Dir.) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coord.): *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, p. 663.

¿No es acaso conveniente, por no decir lógico, que los árbitros se pronuncien en primer lugar acerca de si existe responsabilidad y determinen el ámbito de esa responsabilidad y sólo si efectivamente se encuentra responsable a una de las partes y se conoce el ámbito de esa responsabilidad, se invierta tiempo y dinero en probar con precisión el daño causado? ¿Existe alguna razón de orden público que pudiera prohibir esta posibilidad?

La respuesta a este último interrogante es, ciertamente, negativa. Nada impide a los árbitros desdoblar las cuestiones a resolver, encarando algunas que pueden ser previas a otras, como sucede en el caso planteado.

La doctrina internacional considera que esta es una *herramienta útil* y que un laudo parcial es una “efectiva forma de decidir cuestiones que son susceptibles de determinación durante el curso del procedimiento y que, una vez determinadas, pueden significar un considerable ahorro de tiempo y dinero”⁽⁸⁷⁾.

Usualmente, la facultad de los árbitros para dictar laudos parciales deriva del acuerdo arbitral, del reglamento al que las partes se sometieron⁽⁸⁸⁾, o de la legislación aplicable⁽⁸⁹⁾. Pero aun cuando la ley no

⁽⁸⁷⁾ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 4ª ed., Londres, 2004, p. 442.

⁽⁸⁸⁾ Ver, por ejemplo, Reglamentos de Arbitraje de UNCITRAL (art. 32.1), CCI (art. 2.iii), London Court of International Arbitration (art. 26.7), Stockholm Chamber of Commerce (art. 34.1).

⁽⁸⁹⁾ Ver, por ejemplo, Ley inglesa de Arbitraje (art. 47.1), Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (art. 188), Código Judicial belga (art. 1699), Ley española de Arbitraje (art. 37.1), Código Procesal Civil holandés (art. 1049).

En los EE.UU., se ha reconocido que un laudo parcial que decide sólo la cuestión referida a la responsabilidad de una de las partes es un laudo “final” a los fines de su revisión judicial al amparo de la *Federal Arbitration Act*. Ver, WILKINSON, John, “The ‘finality’ principle and partial awards”, en CARBONNEAU, Thomas E. (dir.): *Handbook on Commercial Arbitration*, JurisNet, LLC, Nueva York, 2006, pp. 383 y ss.

En Francia, la Corte de Apelaciones de París consideró como “laudos” las decisiones de los árbitros que resuelven de manera definitiva un litigio que les fuera sometido, sea que lo resuelvan en todo o en parte, que se refieran al fondo de la controversia, a cuestiones jurisdiccionales o aún a cuestiones de procedimiento. Cour d’appel de París, 25/03/1994, *in re* Sardisud, *Revue de l’arbitrage*, 1994, p. 391.

contemple expresamente esta posibilidad, es posible aún que se considere como una facultad implícita de los árbitros: por ejemplo, la Ley Modelo de UNCITRAL no contiene referencia alguna al respecto, no obstante lo cual se ha interpretado que, del contexto en que la norma se refiere a los laudos y de los trabajos preparatorios, surge inequívocamente que los redactores pretendieron reconocerle esta facultad a los árbitros⁽⁹⁰⁾.

Cabe señalar, asimismo, que este es el común entendimiento en doctrina: se hace notar que debe considerarse laudo a toda decisión tomada por los árbitros después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, que ponga fin a una cuestión litigiosa relacionada con el fondo del asunto⁽⁹¹⁾.

Con la finalidad de despejar cualquier duda que pudiera caber sobre el concepto de *laudo*, la LA expresamente autoriza a los árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes, a decidir la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios (artículo 54).

2.9. El plazo para decidir la controversia

La gran mayoría de las legislaciones arbitrales latinoamericanas (sino todas), reconocen la facultad que tienen las partes para acordar, ya sea directamente o por remisión al reglamento de alguna institución arbitral, el plazo dentro del cual los árbitros deberán emitir el laudo arbitral final. A falta de acuerdo, la gran mayoría de estas legislaciones establecen un plazo supletorio⁽⁹²⁾.

⁽⁹⁰⁾ HOLTZMAN, Howard M. y NEUHAUS, Joseph E., *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1989, p. 868.

⁽⁹¹⁾ MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, p. 210. Ver, igualmente, FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, París, 1996, p. 750; VÁRADY, Tibor, BARCELÓ, John J. III y VON MEHREN, Arthur T., *International commercial arbitration*, West Group, 1999, p. 508.

⁽⁹²⁾ Ver, en general, CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., p. 343.

El principal problema que plantea la existencia del plazo *supletorio* legal, es que, en general, no está referido al plazo específico con que los árbitros cuentan para dictar el laudo una vez que están en condiciones de hacerlo. Bajo el rótulo de *plazo para laudar*, en general suele establecerse un plazo que incluye no sólo el puro acto de *dictar el laudo* sino el más amplio de *sustanciar íntegramente el procedimiento*⁽⁹³⁾. Y, siendo imposible determinar *ex ante* cuál es un plazo razonable dentro del cual los árbitros deberán resolver una controversia, se pone a los árbitros en una delicada situación de incumplir la norma legal, con el agravante de que, en muchos casos, el vencimiento del plazo apareja la eventual nulidad del laudo e inclusive la restitución de la competencia del Poder Judicial⁽⁹⁴⁾. La determinación de un plazo legal supletorio no toma –no puede tomar– en consideración la posible complejidad del procedimiento: cualquier plazo que fije la ley podrá ser suficiente o exiguo, según la naturaleza de las cuestiones a resolver, las dificultades que puedan existir para efectuar las notificaciones y las pruebas que sea necesario producir, así como la misma conducta de las partes⁽⁹⁵⁾.

Ello no significa que el legislador deba desentenderse del deber de asegurar a las partes la temporánea solución de las controversias sometidas a los árbitros (cuestión que se vincula estrechamente con el acceso a la justicia consagrado en muchos textos constitucionales y tratados

(93) Ver, por ejemplo, el Código Procesal Civil argentino, cuyo artículo 770 fija, para los árbitros de equidad, un plazo supletorio de “tres meses de la última aceptación (del cargo de los árbitros)”. Hemos criticado esta solución en CAIVANO, Roque J., “El plazo para laudar y el carácter supletorio de las normas legales en el arbitraje institucional”, en: *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2008-A, pp. 813 y ss.

(94) Ver, por todos, CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Consecuencias de la anulación de un laudo arbitral”, en: *Actualidad Jurídica*, T. 128, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.

(95) “Las vicisitudes del proceso arbitral pueden ser de muy variado origen y valoración; así será indicada la necesidad de sustituir un árbitro por cualquiera de las causales en que hubiera cesado el anterior (muerte, incapacidad, causa justificada de renuncia, remoción, etc.); dilación provocada por una de las partes al cuestionar permanentemente la imparcialidad o corrección en el desempeño de los árbitros; demoras procesales al provocar incidencias que lleven a la postergación de audiencias y pruebas, deliberadas o accidentales; intervenciones de los órganos judiciales en el juicio de arbitraje, como también la necesidad de utilizar tiempos adicionales para la debida sustanciación de la causa”. ALEGRÍA, Héctor, “El plazo en el arbitraje”, en: *Rev. La Ley*, 27/08/2007.

internacionales)⁽⁹⁶⁾. La duración de los procesos –los arbitrales y los judiciales– es un problema universal⁽⁹⁷⁾, por lo que es legítimo que el legislador peruano haya querido regular la cuestión y aún conservar el “vencimiento del plazo” como causal de nulidad de los laudos. Pero, para evitar los problemas señalados, ha decidido trasladar esta decisión a las partes, al reglamento arbitral aplicable (de existir) o, en su defecto, a los árbitros llamados a conocer y resolver una controversia (artículo 53)⁽⁹⁸⁾.

2.10. El recurso de “exclusión” del laudo

La LA, al igual que un número importante de legislaciones arbitrales (sobre todo las más recientes), reconocen en los árbitros la facultad de rectificar errores formales, interpretar algún punto oscuro del fallo o integrar un laudo arbitral cuando no se hubiera resuelto alguna materia sometida a su consideración (artículo 58)⁽⁹⁹⁾.

Pero, además, la LA introduce la figura de la “exclusión” del laudo, mediante la cual cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la supresión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje (artículo 58.1.d).

La lógica que inspira esta figura es, como en los casos a que se refiere el párrafo siguiente, una regla de buena fe. Y consiste, básicamente, en exigir a la parte que considera que ha existido un laudo *extra*

⁽⁹⁶⁾ Ver, por ejemplo, tratados internacionales que, al consagrar el derecho a la tutela efectiva de los derechos, aclaran que ese derecho comprende no sólo la posibilidad de ser oído ante un tribunal competente e imparcial, sino también la de obtener un pronunciamiento adecuado, en contenido y en tiempo: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XVIII; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 8 y 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8.

⁽⁹⁷⁾ GRANDJEAN, Philippe, “La durée de la mission des arbitres”, en: *Revue de l'arbitrage*, 1995, N° 1, pp. 39 y ss.

⁽⁹⁸⁾ CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 343-350.

⁽⁹⁹⁾ Sobre el contenido de cada uno de estos supuestos, ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 359-368.

petita, que lo manifieste inmediatamente a los árbitros a efectos de que estos últimos excluyan de su decisión el exceso. De ese modo, se permite a los propios árbitros corregir el defecto, evitando de ese modo la necesidad de una intervención judicial a los fines de la anulación del laudo. La sanción, si la parte no lo hace, es que la causal de anulación referida a un laudo *extra petita* puede no ser aplicable, al no haberse reclamado en su momento su existencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2.

2.11. Establecimiento de condiciones para la procedencia de las causales de anulación

La LA establece que contra un laudo sólo procede interponer el recurso de anulación (artículo 62.1)⁽¹⁰⁰⁾, por causales taxativas (artículo 63)⁽¹⁰¹⁾. Éstas tienen como referente directo la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL, que a su vez recoge las causales que autorizan el no reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros, contenidas en la Convención de Nueva York⁽¹⁰²⁾.

En esta materia, la LA no crea nuevas o distintas causales de anulación a las ya existentes en la LGA⁽¹⁰³⁾. Simplemente se ha limitado a establecer con precisión las condiciones que la parte interesada tiene que haber observado para que, en su momento, pueda deducir alguna de las causales de anulación reconocidas en la LA.

Así, por ejemplo, para que proceda deducir las causales de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del laudo (artículo 63.1.a), violación del debido proceso y del derecho de defensa (artículo

⁽¹⁰⁰⁾ CAIVANO, Roque J., “Los laudos arbitrales y su impugnación por nulidad”, en: *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 1994-I-845.

⁽¹⁰¹⁾ CREMADES, Bernardo M., “Regulación nacional del arbitraje y la Convención de Nueva York”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Lima, 2005, p. 193.

⁽¹⁰²⁾ VÁRADY, Tibor, BARCELÓ, John J. III y VON MEHREN, Arthur T., *International Commercial Arbitration*, 2ª ed., Thomson West, 2003, p. 643; CRAIG, W. Laurence, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., Oceana, 2000, p. 528.

⁽¹⁰³⁾ Sobre las causales de anulación, ver CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 474-523.

63.1.b) y violación del pacto de las partes respecto a la composición del tribunal arbitral y el procedimiento, la parte afectada tiene que haber reclamado de manera expresa en su momento ante el tribunal arbitral tal situación, sin haber sido atendida (artículo 63.2). Asimismo, si se reclama la anulación del laudo porque la controversia ha sido resuelta fuera del plazo pactado (artículo 63.1.g), la parte interesada tiene que haber manifestado por escrito de manera inequívoca ante los árbitros antes de ser notificada con el laudo que el plazo ha concluido y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores a tal manifestación no debe ser incompatibles con tal posición (artículo 63.4).

En el fondo, lo que la LA busca, es que la parte no espere a tomar conocimiento del contenido del laudo para impugnarlo por alguna causal, sino que actúe de buena fe y brinde a los propios árbitros la oportunidad de evitar o corregir el agravio⁽¹⁰⁴⁾.

2.12. No interrupción de la ejecución del laudo por la interposición y pendencia del recurso de anulación

Uno de los principales problemas identificados en la LGA, es que la interposición y pendencia del recurso de anulación suspende la ejecución del laudo⁽¹⁰⁵⁾.

Esta situación incentiva la interposición de recursos de anulación poco serios y que simplemente pretenden demorar la ejecución del laudo.

La LA introduce, en su artículo 66, uno de los más significativos cambios en la legislación arbitral peruana, al disponer, al igual que lo hace el artículo 45 de la Ley de Arbitraje de España (2003)⁽¹⁰⁶⁾, que la interposición y pendencia del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo, salvo que la Corte que conoce de la causa dicte una medida cautelar expresa de suspensión de la ejecución, en cuyo caso deberá ordenar, necesariamente, el otorgamiento de las garantías

⁽¹⁰⁴⁾ CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 471-474.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*, pp. 409-416.

⁽¹⁰⁶⁾ Respecto a la legislación española, ver: STAMPA, Gonzalo, "The 2003 Spanish Arbitration Act", en: *ASA Bulletin*, Vol. 22, N° 4, 2004, p. 692; MULLERAT ORE, Ramón, "Spain joins the Model Law", en: *Arbitration International*, Vol. 20, N° 2, 2004, p. 146.

respectivas. En este aspecto, la LA deja en primer lugar a las partes o, en su defecto, al reglamento arbitral aplicable, la identificación de la garantía que corresponderá presentar. De manera supletoria establece que, a falta de acuerdo, deberá presentarse una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso de anulación y por una cantidad equivalente al valor de la condena en el laudo.

De esta manera, se dota de la máxima eficacia al laudo y se evitan recursos interpuestos al único efecto de lograr dilatar la ejecución del laudo, garantizándose que sólo interpondrán el recurso de anulación, aquellos que efectivamente consideran que existe una causal válida para anular el laudo⁽¹⁰⁷⁾.

2.13. Inclusión de disposiciones supletorias en materia de costos

La LGA contiene apenas una disposición referida a la temática de los costos del arbitraje y su imputación⁽¹⁰⁸⁾. En cambio, en el texto de la LA se incorpora el Título VII, con la denominación de “Costos Arbitrales”, compuesto por cinco artículos (del 69 al 73)⁽¹⁰⁹⁾.

Es de buena política legislativa, si se pretende fomentar el uso del arbitraje, tomar nota de la preocupación que las partes suelen tener sobre los costos del proceso, a la hora de escoger el arbitraje como método para resolver sus eventuales controversias⁽¹¹⁰⁾. Las normas que

⁽¹⁰⁷⁾ MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje*, cit., p. 252.

⁽¹⁰⁸⁾ Artículo 52 LGA.

⁽¹⁰⁹⁾ La LA se ha inspirado en este Título en la legislación arbitral mexicana (1993).

⁽¹¹⁰⁾ En la Argentina, por ejemplo, esta preocupación motivó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación a decidir que las leyes que establecen los honorarios de los abogados en procesos judiciales no son aplicables para regular los de los abogados de parte en un arbitraje (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/04/1997, *in re* BLANCO, Guillermo c. Petroquímica Bahía Blanca, publicado en: *Rev. Jurisprudencia Argentina*, 1998-IV-14, con nota de CAIVANO, Roque J., “Los honorarios de los abogados en el arbitraje”), ni tampoco los de los mismos árbitros (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 11/11/1997, *in re* Yacimientos Carboníferos Fiscales, publicado en: *Rev. El Derecho*, 178-59, con nota de CAIVANO, Roque J., “Honorarios en el arbitraje: Una vuelta a la razonabilidad”).

comentamos apuntan en esa dirección. Dejando, como corresponde, en manos de las propias partes la posibilidad de determinar la cuestión, sea de manera directa, sea por la adopción de un reglamento arbitral (artículo 69)⁽¹¹¹⁾, las normas supletorias son útiles al identificar los conceptos que comprenden los costos del arbitraje (artículo 70)⁽¹¹²⁾, cómo se deben fijar los honorarios del tribunal arbitral (artículo 71), cómo se determinan y se cancelan los anticipos de los costos en el arbitraje (artículo 72)⁽¹¹³⁾, y cuáles son los criterios que los árbitros deben considerar al momento en que imputan o distribuyen los costos del arbitraje entre las partes (artículo 73)⁽¹¹⁴⁾.

2.14. Algunas disposiciones valiosas aplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros

Conforme al artículo 74 de la LA, el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros se regirá por lo dispuesto por la Convención de Nueva York de 1958⁽¹¹⁵⁾, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (más conocida como la Convención de

(111) SMITH, Murria L., “Costs of international commercial arbitration”, en: *Dispute Resolution Journal*, Vol. 56, N° 1, 2001, pp. 33 y ss; GOTANDA, John Y., “Awarding costs and attorneys’ fees in international commercial arbitration”, en: *Michigan Journal of International Law*, Vol. 21, 1999, pp. 8 y ss; FOUCHARD, Philippe, “Relationship between the arbitrator and the parties and the arbitral institution”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin – The Status of the Arbitrator, Special Supplement*, 1995, pp. 19 y ss.

(112) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 335-336; CONEJERO ROOS, Cristian, “Los costos en el arbitraje internacional”, en SILVA ROMERO, Eduardo (Dir.) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (coord.): *El contrato de arbitraje*, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 731 y ss.

(113) FADLALLAH, Ibrahim, “Payment of the advance to cover costs in ICC arbitration: the parties’ reciprocal obligations”, en: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, pp. 55 y ss; SECOMB, Matthew, “Awards and orders dealing with the advance on costs in ICC arbitration: Theoretical questions and practical problems”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 14, N° 1, 2003, pp. 59 y ss.

(114) CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 336-342.

(115) Ver, en general, VAN DEN BERG, Albert J., *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer Law International, 1994.

Panamá, 1975)⁽¹¹⁶⁾, o por cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual el Perú sea parte. El tratado a ser aplicado, salvo que las partes hayan acordado otra cosa, será el más favorable a la parte que pida el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral⁽¹¹⁷⁾.

Sin embargo, el artículo 75 de la LA habilita la aplicación de esta norma cuando no exista tratado, o aun cuando exista éste, si la ley es en todo o en parte más favorable a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero. Si bien las causales para denegar el reconocimiento contenidas en este dispositivo son las mismas que las previstas en la Convención de Nueva York, consideramos que sus incisos 4 al 7 deberán ser aplicados por el juez peruano al momento de analizar la procedencia de alguna de las causales dispuestas en el artículo V de la Convención de Nueva York.

Por su parte, el artículo 76.1 de la LA sólo exige a la parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero, la presentación del original o la copia del laudo⁽¹¹⁸⁾, a diferencia de la Convención de Nueva York cuyo artículo IV exige, además, la presentación del original o la copia del convenio arbitral⁽¹¹⁹⁾.

La aplicación conjunta de las disposiciones de la Convención de Nueva York con aquellas de la LA que sean más favorables al reconoci-

(116) Ver, en general, NORBERG, Charles R., "Inter-American Commercial Arbitration—Unicorn or beast of burden?", en: *Pace Law Review*, 1985, Vol. 5, N° 3, 1985, pp. 607 y ss. Asimismo, BOWMAN, John P., "The Panama Convention and its implementation under the Federal Arbitration Act", en: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 11, 2000, pp. 35 y ss.

(117) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Arbitraje nacional, internacional y extranjero en la Ley General de Arbitraje", en: *Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica*, T. 117, Lima, 2003, pp. 15-29.

(118) La LA ha hecho suya aquí la modificación realizada en el año 2006 al segundo párrafo del artículo 35 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL. En aplicación del artículo 9 de la LA, el laudo extranjero debe ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces. Si el laudo no estuviera redactado en español, se deberá acompañar traducción simple a este idioma.

(119) Ver, por todos, CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 438-443.

miento del laudo extranjero, será posible en el Perú en base a la regla de máxima eficacia contenida en el artículo VII de la Convención de Nueva York⁽¹²⁰⁾, y a lo dispuesto en el artículo 78 de la LA, que ha incorporado legislativamente la Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39 período de sesiones⁽¹²¹⁾.

3. CONSIDERACIONES FINALES

Esta nueva reforma de la legislación peruana se inscribe en la tendencia mundial a apuntalar y acrecentar el arbitraje⁽¹²²⁾, a efectos de ofrecer un marco idóneo para su práctica tanto en el ámbito local o doméstico, como en el campo del comercio internacional⁽¹²³⁾.

La LA contiene muchas otras reformas que no han sido tratadas en esta oportunidad⁽¹²⁴⁾, las que junto con las aquí reseñadas y con

⁽¹²⁰⁾ Sobre el tema, ver: CORDERO MOSS, Giuditta, “Risk of conflict between the New York Convention and newer arbitration-friendly national legislation?”, en: *Stockholm Arbitration Report*, Vol. 2, 2003, pp. 1 y ss.

⁽¹²¹⁾ Artículo 78, incisos 1 y 2 de la LA.

⁽¹²²⁾ En lo que vamos en este milenio, se han aprobado o modificado las legislaciones arbitrales en: Austria (2006), Bangladesh (2001), Cambodia (2006), Chile (2004), Croacia (2001), Dinamarca (2005), El Salvador (2002), España (2003), Haití (2006), Honduras (2000), Italia (2006), Japón (2003), Jordania (2001), Nicaragua (2005), Nueva Zelanda (2007), Paraguay (2000), Polonia (2005), Singapur (2002), Tailandia (2002), Turquía (2001), Ucrania (2003), Uganda (2000) y Zambia (2000). Fuente: Kluwer Arbitration, www.kluwerarbitration.com.

⁽¹²³⁾ Respecto a la reforma acaecida en América Latina, ver, CANTUARIAS SALAVERRY, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, cit., pp. 79-107.

⁽¹²⁴⁾ Artículos 2.2 (el Estado en arbitrajes internacionales); 3 (principios y derechos de la función arbitral); 10 (representación de personas jurídicas); 16 (excepción de convenio arbitral); 19 (número de árbitros); 21 (incompatibilidad para actuar como árbitro); 27 (aceptación de los árbitros); 32 (responsabilidad de árbitros y entidades arbitrales); 33 (inicio del arbitraje); 37 (representación en sede arbitral); 38 (actuaciones de buena fe); 39 (demanda y contestación); 41 (competencia del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia competencia); 45 (asistencia judicial en la producción de pruebas); 46 (parte renuente); 56 (contenido del laudo); 57 (normas aplicables al fondo de la controversia);

aquellas que se mantienen del texto de la LGA de 1996⁽¹²⁵⁾, permiten afirmar que el Perú ha dado un nuevo paso en el camino de consolidar la práctica del arbitraje dentro de sus fronteras y de respetar y hacer valer los laudos extranjeros que sean presentados para su reconocimiento y ejecución. ▲

59 (efecto del laudo); 60 (terminación de las actuaciones); 61 (conservación de las actuaciones) y 64 (trámite del recurso de anulación) de la LA.

⁽¹²⁵⁾ Artículos 4 (intervención del Estado peruano en arbitrajes); 5 (arbitraje internacional); 11 (renuncia a objetar); 12 (notificaciones y plazos); 15 (relaciones jurídicas estándares); 20 (capacidad para ser árbitro); 24 (incumplimiento del encargo de designación); 26 (privilegio en el nombramiento de árbitros); 40 (competencia del tribunal arbitral); 50 (transacción); 52 (adopción de decisiones); 55 (forma del laudo); 63.8 (renuncia al recurso de anulación) y 65 (consecuencias de la anulación de laudo) de la LA.

 JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA(*)

Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071)

SUMARIO: 1. El nuevo régimen a vuelo de pájaro. 2. La inevitabilidad: Atributo esencial de la nueva regulación. 3. Autonomización y “desprocesalización” del arbitraje. 4. Efectos del convenio arbitral que determinan la inevitabilidad. 5. Contenido de la inevitabilidad del convenio. 6. Inevitabilidad del arbitraje y extensión de los alcances del convenio arbitral. 7. Prevalencia de las actuaciones arbitrales sobre las judiciales. 8. Efecto positivo del convenio arbitral en relación con la competencia de los árbitros. 9. Separabilidad del convenio y facultad de resolver sobre la competencia arbitral. 10. Inevitabilidad y flexibilidad dentro de las actuaciones arbitrales para modificar la demanda y la contestación. 11. Inevitabilidad de la adopción del laudo. 12. Inevitabilidad de la ejecución del laudo. 13. Efecto negativo del convenio arbitral y la inevitabilidad del arbitraje 14. A modo de conclusión.

1. EL NUEVO RÉGIMEN A VUELO DE PÁJARO

La nueva regulación peruana sobre arbitraje⁽¹⁾ trae sustanciales novedades que provienen de la importante experiencia que viene teniendo el Perú en materia arbitral, así como de la voluntad de los participantes de la reforma a la Ley General de Arbitraje N° 26572 de adecuarla a las modificaciones que se han venido aprobando a nivel

(*) Fundador del Estudio *Santistevan de Noriega – Abogados*. Doctor en Derecho y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Presidente del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE. Ha sido Vicepresidente de la Comisión para la Revisión de la Ley Arbitral de 1996.

(1) Decreto Legislativo N° 1071 que Norma el Arbitraje.

internacional, especialmente a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y su reforma de 2006. Como se sabe esta ley modelo fue elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (conocida como Ley Modelo UNCITRAL por las siglas de la Comisión en inglés y referida simplemente como LMU) y el Reglamento de Arbitraje de la misma Comisión de 1975, enriquecido por las Notas UNCITRAL sobre Procedimiento Arbitral⁽²⁾, así como la nueva Ley Española de Arbitraje⁽³⁾.

No se puede negar que en la última década ha surgido en nuestro país un importante mercado⁽⁴⁾ generado por la multiplicación de arbitrajes

(2) El esfuerzo de UNCITRAL estuvo originalmente destinado al arbitraje comercial internacional. En este contexto, el Reglamento UNCITRAL pone a disposición de la comunidad internacional un conjunto de reglas a las que pueden someterse arbitrajes, que fueron elaboradas por especialistas luego de un amplio período de consultas y reflejan las mejores prácticas de aceptación universal en materia de arbitraje comercial internacional. Junto a ello, UNCITRAL como Comisión de las Naciones Unidas adoptó la técnica de elaborar una ley modelo que como su nombre lo indica podría contribuir al desarrollo y armonización del arbitraje, de carácter no vinculante, en lugar de promover una convención en materia de arbitraje comercial internacional. La primera versión de dicha LMU apareció a la luz en 1985 y ha tenido gran impacto en las legislaciones arbitrales del mundo. Ha sido revisada y actualizada recientemente por la versión de la LMU de 2006. De conformidad con la información a mi alcance, la nueva norma peruana es la que por primera vez adopta algunas de las modificaciones más importantes a la LMU incorporadas por las reformas de 2006. La notable influencia de la LMU es ampliamente reconocida no solamente en materia de arbitraje comercial internacional sino cada día más en lo que respecta a las leyes nacionales que incluyen el arbitraje doméstico, como ha sido puesto de manifiesto en la nueva Ley Española de Arbitraje y en los trabajos preparatorios de la Comisión que han dado lugar al nuevo régimen de arbitraje del Perú puesto en vigencia por el DL N° 1071. Sobre el tema *Vid.* HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, "Título I Disposiciones Generales", en: VARIOS AUTORES – DE MARTÍNEZ MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores): *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Barcelona – Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2006, pp. 18 y ss.; y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 133 y ss.

(3) Ley 60/2003, de 23 de diciembre, sobre Arbitraje. *Vid. Exposición de Motivos*, Sección I, en la que se explica el salto cualitativo que da el modelo español de arbitraje al basarse en la LMU y en las recomendaciones emanadas de UNCITRAL. *Vid.* MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje – Una Perspectiva Internacional*, Madrid, Iustel, 2005 que contiene además el texto de dicha ley y su exposición de motivos.

(4) Así lo explica la exposición de motivos preparada por la Comisión de Redacción de la nueva regulación, que si bien no ha sido oficializada al momento de la promulgación del

comerciales en los que partes privadas han optado por la solución arbitral para resolver sus controversias⁽⁵⁾. A ello se une (para multiplicarlo) la opción del Estado de someter los contratos que celebra a arbitraje⁽⁶⁾ y promoverlo como lo hace a través de muchas manifestaciones entre las que se encuentra la dación del DL N° 1071⁽⁷⁾. En este marco, leyes especiales han venido desarrollando un abanico de posibilidades en las que el Estado concibe el arbitraje para resolver controversias en las que sus instituciones van a ser parte o para promover arbitrajes *inter-privatos* en determinados sectores, relación a contratos de los que es parte, los asuntos regulatorios de servicios públicos⁽⁸⁾, temas de orden laboral en

DL N° 1071 constituye una interesante fuente de referencia que se puede ubicar en www.minjus.gob.pe y en este mismo número de la RPA.

- (5) Aunque no hay estadísticas oficiales, en parte al enorme número de arbitrajes *ad-hoc* que se llevan a cabo en el Perú, he tenido conocimiento de un estudio preparado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en coordinación con el Ministerio de Justicia del Perú, aún no publicado, en el que se da cuenta del crecimiento de arbitrajes en los últimos años en el país.
- (6) Destaca en la Constitución peruana la amplia habilitación al arbitraje de partes Estatales que contiene el artículo 63 de la Constitución, así como la opción arbitral a los contratos-ley contenida en el artículo 62 de la Carta y la legislación que ha habilitado al arbitraje en la solución de controversias contractuales en la contratación del Estado. Ejemplo de normas que habilitan al arbitraje con el Estado son: (i) las relativas a la adquisición de bienes y servicios por parte de las instituciones del Estado que está regulado actualmente por Decreto Legislativo N° 1017 y anteriormente por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado cuyo Texto Único Ordenado (TUO) fue aprobado por el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y su reglamento por el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM; (ii) el régimen de concesiones del Estado relacionadas con la infraestructura de uso público y de servicio público contenido en el TUO aprobado mediante Decreto Supremo 059-96-PCM (y reglamentado por el DS 060-96-PCM); (iii) el régimen de los Convenios de Estabilidad Jurídica (regulados por los DL N° 662, 757 y 758, así como por el reglamento de los dos primeros aprobado mediante Decreto Supremo N° 162-92-EF y el del último de los nombrados aprobado mediante Decreto Supremo N° 189-92-EF).
- (7) *Vid.* BARONA VILAR, Silvia, “Arbitraje en España: a la Búsqueda de un Lugar adecuado en el Marco de la Justicia”, en: BARONA VILAR, Silvia (Directora): *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, Thompson Civitas, Madrid, pp. 25 y ss., en especial p. 57 en la que desarrolla la labor promocional del Estado moderno a favor del arbitraje.
- (8) En relación con los servicios públicos regulados (telecomunicaciones, electricidad y energía, agua y saneamiento e infraestructura de uso de transporte público), se ha creado en el Perú sendos reguladores. Normas específicas regulan cada sector y a cada regulador y prevén posibilidades arbitrales, respectivamente, OSIPTEL, OSINERGMIN,

los que el Estado puede ser parte⁽⁹⁾, así como las indemnizaciones provenientes de procedimientos expropiatorios⁽¹⁰⁾ y de la ejecución de sentencias internacionales⁽¹¹⁾. En la misma línea aparecen los tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones que el Perú ha venido firmando con distintos países y que incluyen el sometimiento a arbitraje internacional, preferentemente en el CIADI, en materia de inversiones⁽¹²⁾. Esto último, además, se supone será potenciado por la inserción del país a la globalización y las obligaciones que se derivan tratados de promoción comercial, como los recientemente suscritos con los Estados Unidos de América y Canadá⁽¹³⁾.

En el marco de la nueva ley, encontraremos novedades que hay que destacar antes de abordar el tema principal de la inevitabilidad del arbitraje. Las dos obvias: (i) la adopción de un sistema de regulación único o monista para el arbitraje nacional y el internacional, alejándose de la Ley General de Arbitraje que consagraba un sistema dual con sendos regímenes separados para el doméstico y el internacional; y (ii) la eliminación del recurso de apelación que la ley anterior dejaba librado a la voluntad de las partes ya que el DL N° 1071 limita los recursos impugnativos al de anulación del laudo únicamente⁽¹⁴⁾. Otra igualmente

SUNASS y OSITRAN para resolver controversias entre empresas. No se puede descartar que en alguna aparezca el Estado como parte. Para el detalle de las normas *Vid.* www.lim arbitration.net/normas arbitrales sectoriales.

- (9) Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (artículos 60 y siguientes); Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo (artículo 104) y Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador (Cuarta Disposición Complementaria).
- (10) Ley N° 27177, Ley General de Expropiaciones (artículos 25 a 35).
- (11) Ley N° 27775, Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución De Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales (artículo 8).
- (12) A la fecha en que escribo este artículo el Perú ha suscrito 32 tratados bilaterales de esta naturaleza, incluyendo los dos últimos suscritos con Estados Unidos y Canadá bajo la modalidad de tratados de promoción comercial que contienen un capítulo dedicado a inversiones y normas específicas sobre arbitraje. www.proinversión.gob.pe.
- (13) *Vid* Exposición de Motivos y los artículos 10.16 al 10.26 del Capítulo Diez, Sección B; 121.9 del Capítulo Doce; y artículo 21.20 y 21.21 del Capítulo Veintiuno del Tratado de Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos.
- (14) DL N° 1071.- Artículo 62.- “1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo(...)”. Por lo

saltante: la consideración del arbitraje de derecho como la regla y el de conciencia con la excepción⁽¹⁵⁾. Otro tema evidente es el esfuerzo por *desprocesalizar el arbitraje y blindarlo* de las interferencias indebidas del Poder Judicial⁽¹⁶⁾. Así, la nueva ley no habla de *jurisdicción* ni de *proceso* (lo sustituye por actuaciones arbitrales) se aleja del lenguaje procesal (dar traslado en lugar de “correr traslado”)⁽¹⁷⁾ armonizando el lenguaje y las instituciones que adopta a los de la nueva LMU.

2. LA INEVITABILIDAD: ATRIBUTO ESENCIAL DE LA NUEVA REGULACIÓN

Pero si buscamos la esencia de la nueva ley, esto es aquello que la define particularmente, más allá de motivos circunstanciales, dicha esencia, a mi juicio, se encuentra en su empeño por vigorizar la institución del arbitraje haciendo más pronunciado el efecto vinculante de los convenios arbitrales y asumiendo en grado sumo la *inevitabilidad del arbitraje*⁽¹⁸⁾. Este es el rasgo singular del nuevo modelo arbitral peruano y, por su enorme importancia, hay que asumirlo con todas sus

demás esta reforma toma en cuenta la realidad de la práctica arbitral en la que muy pocas veces las partes pactaban el recurso de apelación ante el Poder Judicial.

- (15) DL N° 1071.- Artículo 57.3 (...) “el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello”.
- (16) BULLARD, Alfredo, Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje, en: *Primer Desayuno Arbitral*, Capítulo Peruano del Club Español de Arbitraje (presentación en power point).
- (17) DL N° 1071.- Disposición Complementaria Décima: “Las disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil”.
- (18) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “La inevitabilidad del arbitraje”, en: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inevitabilidad.html>, es verdad que Cantuarias usa el término para ponderar al arbitraje como alternativa al Poder Judicial en un contexto como el peruano de abarrotamiento de causas en la jurisdicción estatal. En el presente artículo; sin embargo, queremos destacar la *inevitabilidad* del arbitraje como resultado del vínculo obligacional que surge de la celebración de un convenio arbitral válido que se extiende a las partes que lo han celebrado, a los árbitros que son escogidos para llevar a cabo las actuaciones arbitrales, al sistema judicial tanto en su responsabilidad de facilitar el cumplimiento de los laudos cuanto en su funciones de garante de la legalidad, en la eventualidad que conozca de recursos de anulación contra los laudos; pero también con respecto a su función complementaria y auxiliar para el desarrollo de los arbitrajes.

consecuencias. La nueva ley se propone *hacer inevitable el arbitraje* cada vez que haya un convenio arbitral claramente definido o, como veremos, que se pueda concluir (*ad probationem*) que la verdadera intención de las partes fue llegar al arbitraje sobre la base de inferencias legítimas autorizadas por la ley.

Esta consecuencia inevitable de un convenio arbitral es importante destacarla pues muchas veces las personas que suscriben dicho convenio no son las mismas que confrontan una situación conflictiva como resultado de la ejecución de los contratos; y la tentación que surge fácilmente es evitar el arbitraje, oponerse a la petición formulada por la parte leal al convenio arbitral, recurrir al Poder Judicial y tratar de hacer imposible el mecanismo de solución de controversias pactado originalmente. Ante ello el nuevo régimen peruano está concebido para privilegiar el arbitraje, a condición que haya un convenio arbitral válido, y hacerle inevitable. Las partes al pactar arbitraje deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral pues todo el sistema está pensado para que el arbitraje tenga efecto, los árbitros asuman la competencia que las partes les han otorgado de acuerdo a la determinación que sobre ella (la competencia) tomen autónomamente, para que las actuaciones judiciales se lleven a cabo irremediablemente y con prevalencia sobre las actuaciones judiciales, para que las medidas cautelares dictadas por los árbitros tengan efecto, para que los laudos se ejecuten y para que el recurso de anulación funcione en los casos excepcionales previstos por la ley en el que la intervención judicial posterior cobra toda su importancia a efectos de controlar la legalidad de lo realizado por los árbitros sin que pueda el juez cuestionar ni sustituir la decisión de fondo tomada por los árbitros.

La *inevitabilidad del arbitraje* se manifiesta también con el fortalecimiento de las atribuciones de los árbitros para cumplir con la función que le encomiendan las partes, incluyendo la nueva norma facultades para dictar medidas cautelares, ejecutarlas a pedido de parte, evitar la intervención indebida de las autoridades judiciales o de otro orden, dictar el laudo y ejecutarlo directamente si las partes les dan esa facultad. El DL 1071, inclusive, abre nuevos espacios –los convenios de ejecución a ser suscritos por las instituciones arbitrales– para que las instituciones públicas (por ejemplo los registros públicos, la autoridad de libre competencia, la

superintendencia de bancos, la supervisión de valores y empresas y el propio Poder Judicial) o privadas (como los bancos típicamente) faciliten la ejecución directa de las medidas cautelares y de los laudos que dictan los árbitros⁽¹⁹⁾. Se privilegia, además, la ejecutabilidad del laudo –como consecuencia del fortalecimiento de la *inevitabilidad del arbitraje*– pues la reforma supone que aún en la hipótesis de que se haya impugnado el laudo mediante el recurso de anulación, éste por sí solo no suspende la ejecución pues la parte perdedora para impedirla tendrá que afianzar por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo, sea porque ello se desprende del convenio entre las partes, del reglamento arbitral o por mandato de la ley (artículo 66.1) en el marco de la inevitabilidad que inspira a la nueva regulación arbitral⁽²⁰⁾.

3. AUTONOMIZACIÓN Y “DESPROCESALIZACIÓN” DEL ARBITRAJE

El esfuerzo por desprocesalizar al arbitraje –sin que con ello pierda inevitabilidad sino por el contrario a favor de ella– no se da solamente en un cambio de lenguaje en el que destaca la exclusión de las palabras *jurisdicción arbitral* o *proceso arbitral* en la nueva ley⁽²¹⁾. El DL N° 1071

(19) DL N° 1071.- Segunda disposición complementaria “Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de tribunales arbitrales en el marco de este Decreto Legislativo”.

(20) DL N° 1071.- Artículo 66.1 “La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable”.

(21) Surgirá la pregunta de doctrina ¿ha desaparecido con el DL N° 1071 la “jurisdicción arbitral” a la que se refiere el artículo 139.1 de la Constitución y sobre la cual ha venido elaborando extensamente el Tribunal Constitucional, en especial en los precedentes de observancia obligatoria adoptados en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-HC/TC (*Caso Fernando Cantuarias - Salaverry*)? No lo creo pues, reiterando conceptos previamente vertidos, me adhiero a la tesis del carácter mixto del arbitraje: contractual en su origen e institucional en su resultado al producir una solución a las controversias con la calidad de la cosa juzgada, a través de un laudo que puede inclusive ser ejecutado por los propios árbitros directamente o con el apoyo judicial, lo que supone que los árbitros puedan ejercer parcialmente funciones jurisdiccionales privadas. Participamos en este sentido de la clara opción doctrinaria del jurista argentino Julio César Rivera. *Vid.* RIVERA, Julio César, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*. Lexis, Nexis, Buenos Aires, 2007, pp. 60 y ss.; y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge,

excluye al Código Procesal Civil como fuente supletoria del arbitraje ya que, según postula, las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujetara el tribunal en las actuaciones arbitrales y, a falta de acuerdo, queda dentro de la discrecionalidad del tribunal decidir las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso⁽²²⁾. Casi a renglón seguido, la ley establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral se podrá aplicar, de manera supletoria, las normas del Decreto Legislativo N° 1071 y, a falta de estas últimas, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

¿Supone esto que los árbitros no podrán o no deberán aplicar las instituciones del Código Procesal Civil y de otras normas procesales que resulten pertinentes? La nueva ley no trae una prohibición de recurrir al dicho cuerpo de leyes, pues a mi juicio ello tampoco sería admisible. Solamente deja a criterio del tribunal la pertinencia de recurrir a él cuando no haya norma voluntaria de las partes (las establecidas para el proceso específicamente o las del reglamento arbitral al que las partes decidieron en ejercicio de su libre albedrío someterse) o no exista ni disposición en el Decreto Legislativo N° 1071, ni norma que el tribunal considere más apropiada, ni principios arbitrales, ni usos y costumbres en materia arbitral.

Ello supone que cuando los árbitros encuentren que las instituciones y dispositivos del Código Procesal Civil presenten soluciones lógicas que, a título ilustrativo, puedan guiar el criterio del tribunal, sea

“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 *in toto*”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, 2007, pp. 6 y ss.

(22) DL N° 1071.- Artículo 34.1 “Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso (...)”.

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral (...).

por iniciativa del Tribunal o a pedido de parte, podrán darles la bienvenida. Pero, por el contrario, si las disposiciones adjetivas del proceso civil vienen a complicar el curso de las actuaciones arbitrales o a perjudicar el objetivo de solucionar controversias que las inspira, pues simplemente no serán aplicadas por inapropiadas. En consecuencia, la bienvenida de las normas procesales, o su no aplicación, resulta una solución adecuada en el campo de la discrecionalidad arbitral pues, precisamente en el arbitraje, se busca solucionar conflictos sobre la base de la eficacia antes que de la formalidad y rigidez a la que está sometido el proceso civil en los tribunales del Estado⁽²³⁾.

La nueva ley, al propiciar la *inevitabilidad del arbitraje*, llega tan lejos como a determinar que aún en el marco de las actuaciones judiciales relacionadas con el arbitraje (fundamentalmente medidas cautelares en sede judicial o tramitación de los recursos de anulación de laudos ante las cortes) las disposiciones de arbitraje contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071 prevalecen sobre las del Código Procesal Civil⁽²⁴⁾.

Un rasgo singular y destacado de la nueva ley es evitar la intervención judicial en aquello que no sea indispensable⁽²⁵⁾. Por ello, además de mencionar esto en los principios contenidos en el artículo 3 del DL 1071, ciertas atribuciones que la ley anterior radicaba en los jueces han sido transferidas por la nueva norma a instituciones más afines con el arbitraje. Esto ocurre, significativamente, con la designación de árbitros

(23) Vid. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 8. VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, pp. 97-98 y p. 106.

(24) DL N° 1071.- Disposición complementaria décima.

(25) En esta materia la nueva ley no ha hecho otra cosa que admitir los dictados de la jurisprudencia constitucional contenidos en las sentencias del pleno del Tribunal referidas al arbitraje. Vid. Sentencias recaídas en los expedientes N° 6167-2005-HC/TC (*Caso Cantuarias Salaverry*) que establece precedentes de observancia obligatoria en materia arbitral y de control *ex post* de todas las actuaciones arbitrales incluido el laudo; y Expediente N° 01567-2006-PA/TC (*Caso Compañía de Exploraciones Algamarca*); y el Expediente 04195-2006-AA/TC en el que ha dejado establecido: “a) El amparo resulta improcedente cuando se cuestione actuaciones previas a la expedición del laudo. En tales casos, se deberá esperar la culminación del proceso arbitral; y b) Aun habiendo culminado el proceso arbitral, conforme al literal anterior, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa (...)”.

por defecto o la recusación del tribunal arbitral en su integridad por la misma causal hoy están bajo la competencia de las Cámaras de Comercio de la localidad⁽²⁶⁾. Con la ley anterior la designación por defecto se efectuaba en cabeza del juez civil, mientras que la recusación del tribunal *in toto*, por la misma causal, quedaba bajo la responsabilidad del propio tribunal (resolviendo los árbitros cada recusación por separado, excluido desde luego el voto del recusado), salvo que se hubiese admitido la figura de la laguna de la ley que fue discutida en ciertos procesos que llegaron al Tribunal Constitucional⁽²⁷⁾.

4. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL QUE DETERMINAN LA INEVITABILIDAD

Como consecuencia de las novedades de la nueva ley, interesa desentrañar hasta dónde llegan ahora los efectos positivos del convenio arbitral pues ésta resulta ser la mejor manera de medir la *inevitabilidad del arbitraje*. Importa en consecuencia conocer la extensión que la nueva regulación le otorga a la voluntad de las partes y a las obligaciones que emanan del acuerdo de voluntades, que constituye la piedra angular de su inevitabilidad y de toda la arquitectura del sistema legal arbitral contenido en el Decreto Legislativo N° 1071.

Se parte de la base que, quien pacta un arbitraje y llega a comprometer su voluntad celebrando un convenio con ese propósito, no tiene manera de eludir este compromiso⁽²⁸⁾. El solo convenio arbitral –como

(26) DL N° 1071.- Artículo 29.2: “iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d) y e) del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación”.

(27) *Vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional recaída los Expedientes Acumulados N° 7149 y 6662-2006-PA/TC (Caso Minera Sulliden Shahuindo SAC y Compañía del Exploraciones Algamarca S.A.) Fundamentos 63, 64, 65 y 69 y 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 *in toto*”, cit., pp. 31 y ss.

(28) DL N° 1071.- Artículo 13.1 “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 de otra naturaleza (...)”.

todo lo que emana de un contrato válido, bajo el principio *pacta sunt servanda*, los pactos se cumplen conforme a lo acordado por las partes— genera un vínculo obligacional lo suficientemente fuerte como para que cualquiera de las partes en el convenio, asumiendo el papel de sujeto activo, lleve a arbitraje a su contraparte para resolver las controversias emanadas de un contrato o de un asunto autorizado por la ley para ser sometido a arbitraje. Así, se pondrá en acción *el efecto positivo del convenio arbitral*⁽²⁹⁾, que le da derecho a cada una de las partes de obligar a la otra al sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio, siendo éste el fundamento y la fuente de la facultad de resolver con la calidad de la cosa juzgada que les corresponde a los árbitros⁽³⁰⁾.

Evidentemente, a dicho efecto le corresponde concomitantemente *el efecto negativo* del convenio arbitral⁽³¹⁾ que consiste en la exclusión de los jueces y tribunales para conocer una controversia que las partes han decidido sea sometida a arbitraje. Bajo el efecto negativo del convenio arbitral se veda el avocamiento de la jurisdicción estatal a una controversia que esté cubierta por dicho convenio y, además, se prohíbe a los jueces conocer de oficio dichas controversias, estando obligados —bajo responsabilidad— a admitir la excepción de convenio arbitral⁽³²⁾. Por el

(29) Vid. CREMADES; Bernardo, “Del Convenio Arbitral y sus Efectos”, en VARIOS AUTORES, DE MARTIN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores): *Comentario a la Ley de Arbitraje*, pp. 271-323, especialmente pp. 304 y ss.

(30) Vid. MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje - Una Perspectiva Internacional*, cit., pp. 89 y ss.

(31) El tema está ampliamente desarrollado por la doctrina arbitral, probablemente el *efecto negativo* con mayor amplitud que su contraparte, el positivo. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tratado de Arbitraje Comercial en América Latina*, p. 672 y ss.; MERINO MERCHÁN, José F., *Tratado de Derecho Arbitral*, Madrid, Thompson - Civitas, 2006, pp. 1313 y ss.; y VARIOS AUTORES - GARBERÍ LLOBREGAT, José (Director), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, De Arbitraje*. T. I, Barcelona, Bosch, 2004, pp. 244 y ss. en relación al comentario del artículo 11 de la ley española de arbitraje.

(32) DL N° 1071.- Artículo 16.3 “La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo”.

4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio

efecto negativo del convenio arbitral se llega incluso a cercenar a los jueces la posibilidad de conocer las cuestiones de fondo relacionadas con un laudo arbitral, aún en la eventualidad en que éste haya sido impugnado mediante recurso de anulación ante el Poder Judicial⁽³³⁾.

En ambos casos pues, *efecto positivo o negativo del convenio arbitral* (en verdad dos caras de la misma moneda), cuando la obligación de arbitrar ha sido adquirida válidamente a través de un acuerdo de voluntades el arbitraje deviene en inevitable; y se procederá irremediabilmente a que se nombren a los integrantes del tribunal, se establezcan las normas particulares para llevar adelante las actuaciones arbitrales, se laude y se ejecute el laudo.

En este camino descubriremos que la nueva norma fortalece aún más el efecto vinculante de un convenio arbitral, la verdadera ley entre las partes, así como su condición de fuente que otorga competencia a los árbitros para cumplir la función que se les encomienda como resultado del acuerdo de voluntades. Igualmente importará determinar los efectos del convenio con respecto a las instituciones arbitrales que administren aquellas actuaciones que han sido sometidas a su reglamento y la labor residual que les cumple en la nueva ley a las Cámaras de Comercio en la nominación de árbitros y en el caso excepcional de recusación del todos los miembros del tribunal por la misma causal⁽³⁴⁾.

Pero interesa también, desentrañar los efectos del convenio arbitral en los jueces que, como resultado de la exclusión voluntaria de las

arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

(33) DL N° 1071.- Artículo 62.1 “Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

(34) *Vid.* DL N° 1071.- Artículo 29.2d (iii).

partes de recurrir a la justicia estatal⁽³⁵⁾, genera obligaciones de no hacer sobre ellos (el *efecto negativo del convenio arbitral*). Evidentemente, estas obligaciones, que en algún caso se presentan como prohibiciones, tiene límites razonables: los jueces retienen para sí ciertas funciones excepcionales que les imponen un hacer a través del control de legalidad de los laudos⁽³⁶⁾ (especialmente en relación a errores *in procedendo* o ante la ausencia de convenio arbitral) y el papel de auxilio y colaboración judicial⁽³⁷⁾ para la ejecución de medidas cautelares y del propio laudo, si es que las partes no han previsto conceder facultades especiales de ejecución a los árbitros en estos ámbitos

5. CONTENIDO DE LA INEVITABILIDAD DEL CONVENIO

Aunque la presente ley –a diferencia de su predecesora en el artículo 9– no contiene una definición de convenio arbitral, el artículo 13 del DL N° 1071 regula su contenido y los efectos vinculantes que de él se derivan⁽³⁸⁾. Subrayo que el convenio arbitral concebido por la nueva norma es *el acuerdo de voluntades* por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias surgidas (previamente al acuerdo de voluntades) o por surgir (a futuro) respecto a una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Evidentemente el convenio arbitral goza de todos los atributos de los que goza un contrato de conformidad con las reglas del Código Civil. Me permito destacar que probablemente la vigencia del principio de la buena fe quede privilegiada en el caso de la interpretación del convenio según lo postula efectivamente la nueva norma⁽³⁹⁾, unido al deber de colaboración de las partes para el pleno desarrollo del arbitraje.

⁽³⁵⁾ Recuérdese que de conformidad con el artículo 16.3 antes citado, los jueces están obligados a amparar la excepción de convenio arbitral por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo que el convenio fuese manifiestamente nulo.

⁽³⁶⁾ DL N° 1071. Artículo 62.

⁽³⁷⁾ DL N° 1071.- Artículo 8.

⁽³⁸⁾ DL N° 1071.- Artículo 13.

⁽³⁹⁾ DL N° 1071 Artículo 38: “Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje”.

Llamo la atención también de que la nueva ley, en materia de arbitrabilidad objetiva –esto es, de lo que es susceptible de ser sometido a arbitraje– va más allá que su predecesora que centraba el punto en relación fundamentalmente a las materias de libre disponibilidad. Ahora no es así. Se puede someter a arbitraje las controversias emanadas de relaciones contractuales, sin limitación alguna; pero también otras de distinta naturaleza a condición de que la ley las señale como arbitrables. Así el DL N° 1071 no ha hecho otra cosa que recoger la experiencia de la realidad del arbitraje actual en el Perú.

Esta precisión de la nueva norma no es baladí puesto que cierra toda discusión en torno a la arbitrabilidad de temas que, sin ser necesariamente disponibles, sean habilitados para el arbitraje por mandato de la ley. Dentro de estos encuentro varios asuntos que, estando relacionados con la actividad del Estado, no son producto de contratos. Ejemplos de ello los tenemos en la legislación especial que autoriza a arbitrar el monto de justiprecio y de la indemnización en caso de expropiación⁽⁴⁰⁾, así como las indemnizaciones derivadas de sentencias internacionales de tribunales de los que el Perú es parte⁽⁴¹⁾ Estos dos casos últimamente citados son los que por el momento, a mi juicio, permiten ilustrar la arbitrabilidad objetiva de materias que no se desprenden de una relación contractual; sin embargo, la ley podría ampliarse a otros temas no contractuales que no necesariamente tengan que ver con el arbitraje con el Estado⁽⁴²⁾ en vista de la opción que anuncia el DL N° 1071 de poner en práctica el arbitraje popular.

(40) Ley N° 27117, artículos 25 al 35.

(41) Ley N° 27775, artículo 8.

(42) La nueva norma ha recibido la propuesta del Decano del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Walter Gutiérrez Camacho, de llevar al arbitraje a la solución de controversias patrimoniales de directo interés ciudadano. A esto se le viene llamando el arbitraje popular y a mi entender no solamente cubriría controversias emanadas de relaciones contractuales. La referencia se encuentra en primera disposición final DL N° 1071.

Estos programas serán conducidos por el Ministerio de Justicia y podrán ser ejecutados también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante celebración de convenios bajo cualquier modalidad.

El Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo.

6. INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE Y EXTENSIÓN DE LOS ALCANCES DEL CONVENIO ARBITRAL

¿A quienes se hace extensivo el convenio arbitral, según la nueva regulación peruana? En principio éste se extiende a quienes lo suscribieron o más precisamente a aquellos cuyo consentimiento puede ser confirmado a través de la documentación correspondiente. No obstante, recogiendo la más reciente práctica internacional el DL N° 1071 lo hace extensivo, bajo las reglas de la buena fe, a aquellas partes que hayan tenido una participación activa en el contrato que contiene el convenio arbitral, o al que éste relacionado, o que –sin haber tenido dicha participación– pretendan derivar derechos o beneficios del contrato principal⁽⁴³⁾.

¿Cuándo estamos frente a un convenio arbitral que desencadena todas las consecuencias de la *inevitabilidad del arbitraje* que venimos analizando? No cabe duda que si el contrato consta por escrito será fácilmente identificable a través de una cláusula dentro de un contrato (al que la nueva norma llama contrato principal) o en un documento aparte, cualquiera que se la forma en que el convenio arbitral quede registrado (en documento físico o electrónico por ejemplo)⁽⁴⁴⁾. Pero no sólo ello, también tendrá consecuencias inevitables desde el punto de vista del arbitraje el simple intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del convenio arbitral sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra⁽⁴⁵⁾. Igual resultado (*ad probationem*) tendrá la referencia que se haga en un documento a un contrato que contenga una cláusula arbitral, a condición de que dicha referencia implique que esa cláusula arbitral forma parte de un

⁽⁴³⁾ DL N° 1071.- Artículo 14 “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

⁽⁴⁴⁾ DL N° 1071.- Artículo 13.

⁽⁴⁵⁾ DL N° 1071.- Artículo 13.5 “Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

contrato⁽⁴⁶⁾, como lo existe en el tráfico comercial en una economía globalizada como la que se vive en el siglo XXI. Dependerá la extensión que se le de, en este caso, de la decisión que tome el tribunal en aplicación de las normas específicas del convenio arbitral que prevé la ley y del principio de *kompetenz-kompetenz* que constituye piedra angular de la inevitabilidad del arbitraje.

En la misma línea de adecuación a las condiciones del tráfico comercial moderno –y siguiendo la tendencia de la anterior Ley General de Arbitraje–, la nueva regulación extiende la *inevitabilidad del arbitraje* a las relaciones jurídicas estándares, trátase de cláusulas generales de contratación o de contratos por adhesión con condiciones específicas que imponen que, para hacer valer tales convenios serán exigibles (inevitables sus efectos) solamente si dichos convenios arbitrales hubiesen sido conocidos por quien no los redactó, usando diligencia ordinaria⁽⁴⁷⁾. Esto último constituye un requisito mínimo de seguridad para las partes que se encuentran en el lado menos favorecido de la asimetría de la información en el comercio nacional o internacional, aunque se presume que el convenio arbitral ha sido debidamente conocido –sin admitir prueba en contrario– que cuando el convenio arbitral se encuentra en el contrato principal o en el reverso del documento principal o en documento separado –siempre y cuando se haya hecho referencia al arbitraje en el contrato principal escrito– y ha sido suscrito por las partes, en cada uno de los casos⁽⁴⁸⁾.

Llega a tal punto la inevitabilidad finalista del legislador peruano que, en este empeño, dilucida definitivamente el vínculo obligacional con el arbitraje que nace de un convenio arbitral suscrito por el representante de una persona jurídica. Así, la nueva norma deja establecido que la regla general para comprometer válidamente a las personas jurí-

(46) DL N° 1071.- Artículo 13.6 “La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

(47) DL N° 1071.- Artículo 15.1 “En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria”.

(48) DL N° 1071. Artículo 15.2.

dicas a someterse a arbitrajes consiste en que el gerente o el administrador está facultado –como órgano de tal persona jurídica– “por el solo nombramiento” a celebrar convenios arbitrales, representar a dicha persona en arbitrajes y ejercer todos los derechos previstos en la nueva norma⁽⁴⁹⁾. La excepción será entonces cuando –“salvo pacto o estipulación en contrario”– se señale en los estatutos correspondientes que el gerente o el administrador de la persona jurídica no goza de facultades suficientes para comprometer a ésta en arbitraje.

Y por si quedara alguna duda en relación a la *inevitabilidad del arbitraje* derivada del convenio suscrito por el gerente de una sociedad, el DL N° 1071 modifica expresamente la Ley General de Sociedades⁽⁵⁰⁾ en línea con la regla general de atribuir por el mérito del nombramiento facultades al órgano de la gerencia para comprometer a la sociedad en arbitraje y representar a la sociedad con las facultades generales y especiales contenidas en las normas procesales y en la ley arbitral.

7. PREVALENCIA DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES SOBRE LAS JUDICIALES

¿Dónde reconocer la inevitabilidad del arbitraje, mejor que en el enfoque imperativo que le impone el DL N° 1071 a las actuaciones arbitrales en toda circunstancia, pero en particular restringiendo a su

(49) DL N° 1071.- Artículo 10.1 “Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales. 2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos”.

(50) DL N° 1071.- Tercera disposición modificatoria relativa al artículo 14 Ley N° 26887 y al inciso 2 del artículo 188 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.

Artículo 11.- Renuncia a objetar

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

mínima expresión la voluntad de una de las partes de objetar los incumplimientos a las normas y acuerdos arbitrales? Este enfoque lo encontramos en el artículo 11 de la nueva norma que presume la renuncia al derecho a objetar si una de las partes conociendo una infracción a la ley, a un acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral –o debiendo haberlas conocido– no objeta su cumplimiento tan pronto como sea posible por lo que la inevitabilidad del arbitraje queda singularmente acentuada en la nueva regulación⁽⁵¹⁾. Con ello si no se impugnan las actuaciones arbitrales a tiempo, se limita drásticamente el derecho a objetar a favor de la *inevitabilidad del arbitraje*. La ley quiere la eficacia de las soluciones y trata de evitar que solamente al final, cuando una parte conoce que no ha tenido éxito en el arbitraje, denuncie el incumplimiento de normas sobre las que calló en el momento oportuno.

Abona en el mismo sentido las disposiciones del DL N° 1071 que garantizan la continuidad de las actuaciones judiciales en las siguientes situaciones: (i) aún cuando el tribunal haya amparado previamente una objeción parcial sobre su propia competencia; (ii) aún cuando haya renuncia de las partes, en que el tribunal puede a su propia discreción continuar con las actuaciones judiciales y dictar el laudo con las pruebas que tenga a su disposición⁽⁵²⁾; (iii) aún cuando el juez haya dictado medidas cautelares antes de la constitución del tribunal pues no resultan incompatibles con el arbitraje ni suponen una renuncia a él y, en su caso, el tribunal tiene facultades para modificarlas, sustituirlas y dejarlas sin efecto⁽⁵³⁾; (iv) aún cuando el juez conozca de la ejecución de

(51) DL N° 1071.- Artículo 41.5 “Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia”.

(52) DL N° 1071.- Artículo 46.

(53) DL N° 1071.- Artículo 47.5 “Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora

medidas cautelares dictadas por un tribunal arbitral, en que su actuación no puede interpretar ni su contenido ni sus alcances⁽⁵⁴⁾; y (v) en el carácter definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento del laudo que produce los efectos de cosa juzgada⁽⁵⁵⁾.

8. EFECTO POSITIVO DEL CONVENIO ARBITRAL EN RELACIÓN CON LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

En todo caso, el acuerdo de voluntades es el generador de un conjunto de consecuencias jurídicas que –reitero, en ejecución del principio *pacta sunt servanda*– dan origen a la competencia de los árbitros para: (i) conocer el fondo de la controversia, iniciar, proseguir o inclusive dictar un laudo a discreción del tribunal aún cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral⁽⁵⁶⁾; (ii) decidir las cuestiones conexas o accesorias que se promuevan durante las actuaciones arbitrales, así como dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las actuaciones arbitrales⁽⁵⁷⁾; (iii) así como

de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar”.

Artículo 47.6. “El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas”.

(54) DL N° 1071.- Artículo 48.3 “La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar”.

(55) DL N° 1071.- Artículo 59.1 “Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento (...) desde su notificación a las partes. Artículo 59.2. El laudo produce efectos de cosa juzgada”.

(56) DL N° 1071.- Artículo 16.5 “Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral”.

(57) DL N° 1071.- Artículo 40 “El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas”.

adoptar medidas cautelares a pedido de parte⁽⁵⁸⁾, atraer para sí los actuados judiciales que se encuentren relacionados con una medida cautelar solicitada en sede judicial y pronunciarse sobre ella⁽⁵⁹⁾, modificar, sustituir y dejar sin efecto sus propias medidas cautelares o las que haya dictado un juez⁽⁶⁰⁾; (iv) dictar el laudo con los efectos de la cosa juzgada⁽⁶¹⁾; en su caso, (v) si cuentan con facultades otorgadas por las partes, ejecutar directamente el laudo⁽⁶²⁾ o habilitar a que éste sea objeto de un mandato de ejecución por parte de la autoridad judicial⁽⁶³⁾ y

(58) DL N° 1071.- Artículo 47.1 “Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida (...)”.

(59) DL N° 1071.- Artículo 47.6 “El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes (...)”.

47.5. “Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar”.

(60) DL N° 1071.- Artículo 47.6 antes citado.

(61) DL N° 1071.- Artículo 59.1 y 59.2 antes citados. Interesa al punto, en particular el párrafo 3 de dicho artículo: “3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67”.

(62) DL N° 1071.- Artículo 67 “A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable”.

(63) DL N° 1071.- Artículo 68.1 “La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente (...) y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral. Art. 68.2 La autoridad judicial, (...) dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación (...) bajo apercibimiento

finalmente desterrando de la sede judicial cualquier recurso contra la ejecución del laudo⁽⁶⁴⁾.

El convenio arbitral en la nueva regulación lleva inevitablemente a que se logre la eficacia plena de la voluntad de las partes de resolver la controversia mediante arbitraje, sin interferencia de autoridad alguna. La nueva norma da así origen a esta modalidad de justicia privada que ineludiblemente deberá llegar a solucionar la controversia, sin que nadie pueda menoscabar sus atribuciones, con el valor de la cosa juzgada, y restablecer así la armonía de intereses entre las partes contendientes.

Así, como cuestión de principio se lo plantea en positivo la nueva norma⁽⁶⁵⁾ estableciendo el inicio de las actuaciones arbitrales desde el momento en que la parte que va a activar el efecto positivo del convenio arbitral lo solicita⁽⁶⁶⁾ hasta la emisión del laudo correspondiente que debe contener una resolución en derecho sobre el fondo del asunto dictada por los árbitros⁽⁶⁷⁾.

9. SEPARABILIDAD DEL CONVENIO Y FACULTAD DE RESOLVER SOBRE LA COMPETENCIA ARBITRAL

Evidentemente, resulta consustancial a la *inevitabilidad del arbitraje* la consagración de dos instituciones arbitrales que contribuyen a ella y ponen de manifiesto el efecto vinculante positivo del convenio arbitral. Me refiero al principio de separabilidad del convenio arbitral con relación al contrato que pueda contenerlo y a la facultad de los árbitros de definir su propia competencia.

de ejecución forzada. 68.4 “La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo”.

(64) *Vid.* Artículos 68.2 y 68.4 antes transcritos.

(65) DL N° 1071.- Artículo 3.2 “El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. (...) 3.3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”.

(66) DL N° 1071.- Artículo 33 “Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

(67) DL N° 1071.- Artículo 59.

Ambas instituciones se encuentran perfectamente definidas en el DL 1071, aunque estén desarrolladas en un solo artículo, con características reforzadas teniendo –a mi juicio– la inevitabilidad como único norte. Así el principio de separabilidad está considerado bajo la expresión de que el convenio arbitral se considerará como un “acuerdo independiente” de las demás estipulaciones del contrato del que forme parte⁽⁶⁸⁾. Por su parte, el denominado principio *kompetenz-kompetenz* – que faculta de manera exclusiva y excluyente a los árbitros a determinar el ámbito de su propia competencia– está tratado de manera principista: la norma prescribe rotundamente el principio general de que “el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia”. Pero no se queda allí pues que engloba dentro de este dos aspectos adicionales (i) resolver dentro del marco del *kompetenz-kompetenz* las cuestiones relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez, o ineficacia del convenio arbitral o las que se deriven del hecho de no estar pactado el arbitraje, lo que yo calificaría como objeciones al arbitraje; y (ii) cualquier tipo de excepciones u objeciones que puedan deducirse ante los árbitros como las prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir las actuaciones arbitrales e impedir la resolución final que vaya a tomar el tribunal en el laudo correspondiente⁽⁶⁹⁾.

En la misma tesitura de garantizar la *inevitabilidad del arbitraje*, el DL N° 1071, si bien admite que el tribunal puede discrecionalmente

(68) DL N° 1071.- Artículo 41.2 “El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral”.

(69) DL N° 1071.- Artículo 41.1 “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales”.

decidir sobre su propia competencia –inclusive por iniciativa propia en cualquier momento de las actuaciones arbitrales⁽⁷⁰⁾– prevé que la única forma de impugnar esta trascendental decisión será mediante el recurso de anulación contra dicho laudo una vez que se haya dictado la resolución final sobre el fondo de la controversia⁽⁷¹⁾.

Esto me obliga a subrayar que la nueva norma permite la figura de laudos parciales o varios laudos⁽⁷²⁾ (por ejemplo la resolución que resuelve sobre la competencia de los árbitros que a mi juicio debería estar contenida formalmente en un laudo parcial). Entonces, si el tribunal ampara alguna excepción que le reste competencia sobre toda la materia controvertida, como cuestión previa, así lo declarará en el laudo correspondiente poniendo punto final a las actuaciones arbitrales. Sin embargo, si ampara la excepción solamente sobre determinadas materias controvertidas, y no sobre todas, la impugnación de esta decisión parcial tendrá que esperar –por mandato de la ley⁽⁷³⁾– a que se resuelva definitivamente la controversia.

(70) DL N° 1071.- Artículo 41.3 “Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. *El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.* (énfasis añadido al original)”.

(71) DL N° 1071.- Artículo 41.4 “Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión *sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.* (énfasis añadido al original)”.

(72) DL N° 1071.- Artículo 54 “Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios”.

(73) DL N° 1071.- Artículo 41.5 “Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo

En otras palabras, aún en esta hipótesis de amparo parcial de la impugnación a la competencia del tribunal, la continuación de las actuaciones arbitrales será inevitable y el laudo sobre el fondo será irremediabilmente dictado preservándose –como se lo propone el DL N° 1071– la intervención judicial *ex post* que constituye la única vía idónea concebida por la ley para impugnar el laudo como lo veremos a continuación.

10. INEVITABILIDAD Y FLEXIBILIDAD DENTRO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES PARA MODIFICAR LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN

La flexibilidad es una de las características del arbitraje que supone no solamente menos formalismos y relativización de la preclusividad que caracteriza a las etapas de los procesos judiciales, sino que se aplica en función de la eficacia de la solución de controversias arbitrales. Este objetivo de eficacia, sustentado en varias disposiciones del DL N° 1071, creo necesario destacarlo en una que contribuye a la *inevitabilidad del arbitraje* al flexibilizar enormemente sus actuaciones.

Me refiero a la que habilita a que –como regla general a ser aplicable según la discrecionalidad del tribunal– sea admisible la ampliación de la demanda o de la contestación para incorporar al arbitraje nuevos elementos⁽⁷⁴⁾. Puede tratarse de: (i) puntos controvertidos adicionales a los originalmente postulados, pues los contratos se siguen ejecutando y las nuevas controversias pueden seguir generándose, lo que es frecuente en los contratos de obra y las reclamaciones de nuevos adicionales dentro de la ejecución del mismo contrato; (ii)

podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia”.

(74) DL N° 1071.- Artículo 39.3 “Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral”.

pruebas nuevas que puedan haber sido accesibles a las partes después de la presentación de demanda y contestación y que contribuyan a que el tribunal conozca mejor la verdad de los hechos o las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan; (iii) elementos de juicio o hechos sobrevivientes que contribuyan mejor a dilucidar la controversia ampliando las postulaciones realizadas originalmente por las partes; y (iv) elementos de naturaleza similar.

En el marco de la *inevitabilidad del arbitraje* el DL N° 1071 impone una condición y ciertos límites a la modificación de la demanda y de la contestación. La condición esencial es que lo nuevo esté debidamente cubierto por el convenio arbitral, que es la fuente de la competencia del tribunal actuante, con lo que se evita que por razones formales los elementos novedosos deban someterse a otro tribunal y ser parte de otras actuaciones arbitrales. Esta condición me parece elemental pues resulta eficaz para la solución de la controversia, ahorra los costos de un nuevo arbitraje y evita que sobre pretensiones similares, emanadas a veces del mismo contrato, se puedan dar laudos contradictorios que en nada contribuyen al restablecimiento de la armonía entre las partes que busca el arbitraje.

Evidentemente los límites a la discrecionalidad que la nueva norma le otorga a los árbitros están puntualmente previstos. El primero, es la voluntad de las partes: si bien la regla es que las admisión de nuevos elementos es una facultad discrecional de los árbitros, las partes pueden pactar en contrario y no otorgarle dicha facultad al tribunal mediante estipulación en contrario prevista en concreto en el convenio arbitral o en las reglas aplicables al arbitraje en curso. El segundo, es la razonabilidad de la decisión que vayan a tomar los árbitros pues pueden denegar el pedido de ampliación de la demanda o de la contestación en razón de la demora en que éste se efectúa, el perjuicio que ello pueda cuasar a la parte contrincante o cualquier otra circunstancia que el tribunal considere razonablemente y que a juicio de sus miembros no contribuya a la resolución del conflicto de intereses que las partes le han encomendado resolver.

En este contexto, me parece importante señalar que la nueva norma –sabiamente a mi juicio– ha limitado la capacidad de los árbitros de disponer la acumulación (llamada en la nueva ley consolidación) de dos

o más arbitrajes a lo que las partes acuerden⁽⁷⁵⁾. La misma regla que privilegia la autonomía de la voluntad de quienes intervienen en las actuaciones arbitrales se aplica para la convocatoria de audiencias conjuntas de arbitrajes diferentes: sólo proceden si las partes lo autorizan expresamente.

11. INEVITABILIDAD DE LA ADOPCIÓN DEL LAUDO

La nueva norma es particularmente prolija en regular la adopción de decisiones al momento de laudarse para garantizar por encima de todo la emisión del laudo. Para ello consagra la regla de la mayoría si el tribunal funciona con la concurrencia de ésta, lo que supone que sería admisible el pacto en contrario para exigir la unanimidad aunque es grandemente desaconsejable por las consecuencias paralizantes que puede tener para el arbitraje. En todo caso, bajo las reglas de la mayoría se dispone que: (i) de no llegarse a la mayoría para laudarse, la decisión la tomará el presidente del tribunal; (ii) de no cumplir los árbitros con su obligación de votar se presume que se adhieren a la decisión de la mayoría o del presidente si el voto de este último es el único definitivo; y (iii) se faculta al presidente para decidir por sí solo cuestiones de impulso de las actuaciones arbitrales destinadas a que la decisión contenida en el laudo sea adoptada⁽⁷⁶⁾.

¿Hasta dónde se extiende el efecto positivo del convenio arbitral que define la inevitabilidad del arbitraje? Sin duda hasta la emisión del laudo que supone su ejecución perentoria. Así se produce la finalización regular y normal de un arbitraje⁽⁷⁷⁾. La nueva norma en este ámbito

(75) DL N° 1071.- Artículo 39.4 “Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas”.

(76) DL N° 1071.- Artículo 52.1 “El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente. 15.2 Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda”.

(77) Artículo 60.1 “Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su

prevé la posibilidad de que el laudo sea objeto de rectificación, interpretación, integración y exclusión. Esta última constituye una novedad del DL N° 1071 destinada también a fortalecer la *inevitabilidad del arbitraje* pues permite que se excluya algún tema que pueda ser susceptible de impugnación por extra-petita o ultra-petita, sin afectar la finalización del arbitraje y la ejecución de las partes no cuestionadas o definitivamente resueltas del laudo⁽⁷⁸⁾.

El efecto positivo del arbitraje concluye, de manera extraordinaria o anormal, cuando no hay laudo, éste no se ha emitido o no puede por algún motivo dictarse el laudo. A esta situación se puede llegar a consecuencia del desistimiento del demandante, si el demandado no se opone a ello, o cuando las partes voluntariamente den por terminadas las actuaciones arbitrales; o cuando, a juicio del tribunal, la continuación del arbitraje resulta innecesaria o imposible⁽⁷⁹⁾. Pero aquí también la nueva norma contiene una excepción que se deriva de la *inevitabilidad del arbitraje*: evidentemente si ante el desistimiento del demandante, el demandado se opone y el tribunal arbitral le reconoce un interés legítimo en obtener una solución definitiva a la controversia, entonces la ley privilegia la solución sobre el desistimiento y el tribunal terminará por laudar.

caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67”.

- (78) El artículo 58 del DL N° 1071 concibe: (i) “la *rectificación* de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar”; (ii) “la *interpretación* de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.” (iii) “la *integración* del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral”; y (iv) la *exclusión* del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje”. Sin embargo, por su propia iniciativa también puede proceder a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo, de conformidad con el mismo artículo 58.1 literal f”.
- (79) El artículo 60.2 del DL N° 1071 faculta al tribunal a ordenar el fin de la actuaciones cuando (i) “el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia”; (ii) “las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones”; y (iii) cuando el tribunal comprueba que “la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible”.

12. INEVITABILIDAD DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

Los efectos del convenio arbitral en la nueva norma llevan al cumplimiento obligatorio del laudo –ésta resulta ser la última consecuencia de su inevitabilidad y de la ligazón que genera la aplicación del principio *pacta sunt servanda*– por lo cual la interposición del recurso de anulación del laudo en el nuevo régimen no suspende la obligación de su cumplimiento (ni su ejecución arbitral o judicial). Solamente es posible que opere la suspensión de la ejecución bajo la condición de que la parte que impugna el laudo la solicite y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable o, a falta de requisito pactado o reglamentario, la parte impugnante constituya obligatoriamente fianza a favor de la otra parte por una cantidad equivalente a la condena contenida en el laudo arbitral. Dichas garantías tienen que ser renovadas semestralmente para que se mantenga el efecto suspensivo de la ejecución solicitada y, por lo demás, si se trata de laudos que no contienen una condena cuantificable sino una meramente declarativa, los árbitros a su discreción deberían fijar en el laudo el monto de la fianza que debería ser requerida a quien solicite la suspensión para que ésta opere⁽⁸⁰⁾.

Me parece destacable, desde el punto de vista de la *inevitabilidad del arbitraje*, que subyace en toda la nueva regulación contenida en el DL 1071, que la ejecución judicial se lleva a cabo bajo reglas muy específicas que privilegian el respeto por las actuaciones arbitrales que el juez está obligado por la ley a preservar. Así el juez actúa por el solo

⁽⁸⁰⁾ DL N° 1071.- Artículo 66.1 “La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión. 66.2 Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, *si se constituye fianza bancaria* solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y *por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo*”. (énfasis añadidos al original). 66.6 “Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso”.

mérito de los documentos (el laudo, sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y si fuera el caso las actuaciones de ejecución efectuadas por el Tribunal), quedando la autoridad judicial prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo⁽⁸¹⁾. La *inevitabilidad* tiene como consecuencia que la pendencia de la declinatoria, porque el juez no haya resuelto aún la excepción de convenio arbitral, no suspende ni impide la tramitación del arbitraje como queda claramente establecido en la nueva regulación⁽⁸²⁾.

En el mismo contexto de la *inevitabilidad del arbitraje* la nueva norma trae una regla que es muy importante para limitar todo abuso que pueda impedir la ejecución del laudo que hayan pronunciado los árbitros. No serán admitidas como causales de anulación de un laudo aquellas que hayan podido ser subsanadas mediante las técnicas de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarla en su momento⁽⁸³⁾.

Como no podía ser de otra manera en una institución nacida y sustentada en el acuerdo de voluntades, el arbitraje es renunciable y los efectos positivos del convenio cesan en el momento en que ésta se produzca. Aún así, la nueva norma es amplia si la renuncia es expresa porque consta en un documento suscrito por las partes de modo en que se deje constancia inequívoca de ese acuerdo. Pero es estricta cuando se trata de la renuncia tácita que opera en la eventualidad en que no se invoque la excepción de convenio arbitral en sede judicial, pues dicha renuncia sólo afecta las materias que sean demandadas judicialmente⁽⁸⁴⁾.

(81) DL N° 1071.- Artículos 68.2 y 68.4.

(82) DL N° 1071.- Artículo 16.5.

(83) DL N° 1071. Art. 63.7 “No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”.

(84) DL N° 1071.- Artículo 18 “La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente”.

13. EFECTO NEGATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL Y LA INEVITABILIDAD DEL ARBITRAJE

Si como he dejado establecido anteriormente el *efecto negativo* del convenio arbitral supone una renuncia a la jurisdicción estatal y la ausencia de competencia de los jueces y de las autoridades administrativas para conocer las materias sometidas por las partes al arbitraje, la nueva regulación peruana es particularmente clara en propiciar la *inevitabilidad del arbitraje* consagrando la no intromisión judicial⁽⁸⁵⁾. Comienza por establecer el artículo 3° de la mencionada norma que la regla general es que la autoridad judicial no interviene en los asuntos que se rijan por la nueva ley de arbitraje, siendo la excepción aquellos casos en los que la propia ley así lo dispone. Pero no se queda allí, la norma prevé que ningún mandato judicial ni administrativo podrá dejar sin efecto las decisiones de un tribunal arbitral, a excepción del control posterior a través del recurso de anulación. Todo ello tiene como propósito privilegiar la continuidad y el normal funcionamiento de los tribunales arbitrales y hacer las consecuencias del convenio arbitral inevitables para que éste cumpla afectivamente con su cometido y con la voluntad de las partes que son las únicas que intervinieron en su celebración.

Creo necesario hacer algunas precisiones en relación con el efecto negativo del convenio arbitral y la *inevitabilidad del arbitraje*: (i) en doctrina se afirma que el efecto negativo no opera *ipso jure* de modo que no puede ser invocado *motu proprio* por el juez sino que tiene que ser alegado por las partes como excepción de convenio arbitral⁽⁸⁶⁾. Ésta es en efecto la fórmula general admitida por el DL N° 1071⁽⁸⁷⁾ bajo las reglas de la excepción de convenio arbitral y también bajo las reglas del recurso de anulación. Concibe la ley, sin embargo, una ex-

(85) DL N° 1071.- Artículo 3.1 “En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.” 3.4 “Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad”.

(86) MANTILLA SERRANO, *Ley de Arbitraje – Una Perspectiva Internacional*, cit., p. 107.

(87) DL N° 1071.- Artículo 16.

cepción importante en este último caso: si se trata de materias “manifiestamente no arbitrables” en el arbitraje nacional se admite la iniciativa de la autoridad judicial y esta situación podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación⁽⁸⁸⁾. Situación similar de intervención *ex officio* se produce en el arbitraje internacional si la Corte Superior aprecia que el laudo el contrario al orden público internacional⁽⁸⁹⁾.

Evidentemente, en el marco de la *inevitabilidad del arbitraje* el efecto negativo del convenio arbitral que tiene su sustento en la interdicción de la intervención de la autoridad judicial contenida en el artículo 3.2 del DL N° 1071, la nueva norma concibe el control judicial únicamente sobre la base de causales tasadas contenidas en el artículo 63, según lo dispuesto por el artículo 62, quedando prohibido al juez pronunciarse sobre el fondo de la controversia, o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral⁽⁹⁰⁾ bajo el principio de que los árbitros resuelven de manera independiente y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones⁽⁹¹⁾.

(88) En efecto, el artículo 62.3 *in fine* prevé que en caso de materias manifiestamente no arbitrables, esta causal “podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.”

(89) DL N° 1071.- Artículo 83.6 “En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.”

(90) La jurisprudencia especializada arbitral viene reconociendo la función restringida que les corresponde a los jueces cuando resuelvan los recursos de anulación contra los laudos emitidos por los árbitros. Es destacable en esta materia la resolución dictada por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial en el Expediente N° 316-2005 (*Caso Quimpac S. A. contra Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S. A.*) en la que la Sala dejó en claro que el recurso de anulación: “(...) tiene por objeto revisar únicamente la validez del laudo, sin entrar a valorar el acierto o desacierto de la decisión, esto es que el Juez se encuentra limitado a revisar la forma más no el fondo de la materia sometida a arbitraje. (...)”. Vid. SALAS Y JUZGADOS COMERCIALES DE LIMA, *La Justicia Especializada Comercial*, Palestra Editores, Lima, 2007, pp. 327 y ss.

(91) DL N° 1071.- Artículos 62 y 63 en concordancia con el artículo 3.1. Sobre la singular configuración del recurso de anulación contra los laudos (concebido en España como proceso de impugnación de la validez del laudo): Vid. SENES MONTILLA, Carmen, *La Intervención Judicial en el Arbitraje*, Thompson – Civitas, Madrid, 2007, pp. 107 y ss. en la que cita detalladamente la jurisprudencia de los tribunales españoles sobre la materia.

14. A MODO DE CONCLUSIÓN

El sentido esencial del nuevo modelo de arbitraje puesto en vigencia en el Perú por el DL N° 1071 conduce a la *inevitabilidad del arbitraje*. Dicha característica emana de los avances en materia de arbitraje comercial internacional –que por la influencia notable de la LMU en su versión de 2006, así como del Reglamento UNCITRAL y las notas especializadas publicadas por esta Comisión de las Naciones Unidas– han sido prolijamente acogidas por el legislador peruano. Se puede decir que la nueva norma contiene los avances más importantes que se han logrado en el arbitraje comercial e innova inclusive en algunas instituciones, especialmente en relación con el enfoque comprensivo de todas las modalidades arbitrales, el nuevo tratamiento de las medidas cautelares, las nuevas facultades otorgadas a los árbitros, el papel restringido que le corresponde a los jueces en el control de la legalidad de los laudos y en la colaboración judicial para la ejecución de las decisiones arbitrales cuando las partes no se la han encomendado a los árbitros y a la posibilidad de exclusión de temas contenidos indebidamente en el laudo.

No es el prurito de estar *à la mode* en materia legislativa lo que ha inspirado, a mi juicio, al legislador peruano para renovar íntegramente el modelo legislativo de arbitraje en el país. Junto con el creciente mercado de arbitraje que se genera por la opción de los particulares y la elección del Estado de someter a arbitraje muy diversas controversias en las que sus instituciones son parte, la nueva norma busca la eficacia del arbitraje en la solución de conflictos por encima de cualquier otro propósito. Por ello el nuevo régimen otorga mayores facultades a los árbitros pues entiende que con ello hace *inevitable el arbitraje* y más eficaz el método de solución de controversias que éste entraña. Esto es loable y logable en el Perú si la nueva ley es correctamente aplicada, en primer lugar, por la comunidad arbitral. Pero con el mismo énfasis, el nuevo modelo *inevitable* de arbitraje en el Perú requiere de comprensión de parte de las autoridades judiciales y de respeto y honesto aprovechamiento por parte de la abogacía nacional.

Reconozco que puede parecer contradictorio que en un país en el que el respeto por el orden jurídico no ha sido la característica más destacada de su vida republicana y en el que la desconfianza entre los peruanos sea un rasgo común que encuestas y estudios especializados

ponen de manifiesto en primer lugar, se dicte una ejemplar ley arbitral que se muestra como una de las más avanzadas del mundo. ¿Acaso el arbitraje no está sustentado en la confianza entre los privados antes que en la confianza en las instituciones públicas? ¿Tenemos los peruanos más confianza entre nosotros que la que le brindamos a las instituciones del Estado? ¿Podrá florecer más el arbitraje en el contexto nacional del Perú y extenderse a los conflictos de menos envergadura pero de mayor impacto social como se lo propone la nueva norma?

El desafío está en nosotros mismos. Que el arbitraje sea *inevitable*, para que sea más eficiente, demanda de un mayor grado de profesionalización por parte de la comunidad arbitral pues solamente si se actúa en el marco del derecho y de la ley, con pleno respeto por la voluntad de las partes cuyos acuerdos dan origen y sustento al arbitraje, será respetable y beneficioso que hayamos construido un arbitraje *verdaderamente inevitable y ciertamente eficaz*.

De no ser así, de ser manipulado el sistema arbitral *inevitable* para afectar derechos y privar del acceso a la solución de conflictos a quienes contratan entre sí o con el Estado, o a quienes invierten en nuestro país a través de contratos que autoridades nacionales, regionales o municipales celebran con ellos, de marcado interés público, se habrá traicionado seriamente las bondades del arbitraje moderno. Y si esto ocurre, en un ambiente en que no superamos los peruanos taras históricas que multiplican la desconfianza generalizada en que hemos vivido, se habrá de producir un grave desmedro del tráfico comercial, las inversiones y la competitividad del país en una hora en la que los beneficios de la globalización tienen que ser inteligentemente aprovechados para el bien del desarrollo del país.

La herramienta que se ha puesto a través del DL N° 1071 a disposición de la comunidad arbitral en particular, y de la comunidad jurídica en general, será buena si se aplica correctamente. En esto no hay misterios. Los árbitros deben cumplir eficiente y honestamente las funciones que se les encomienda en el marco estricto de la competencia que voluntariamente se atribuyen las partes, debidamente definida por ellos, con el respeto máximo a la autonomía de la voluntad les da sustento y con los límites que el marco legal les impone. Los abogados deben contribuir lealmente al fin *inevitable* del arbitraje, comprendiendo que se

trata de una justicia privada, con sus propias reglas, que está ahora más alejada de los vicios y artilugios de los que se suele hacer alarde en la jurisdicción estatal.

Las partes deben asumir plenamente la responsabilidad que se deriva del acuerdo de voluntades que da nacimiento y legitimidad a todo el sistema arbitral. Deberán conocer al suscribir los convenios arbitrales y al negociar los contratos a los que éstos aluden, las consecuencias de lo que significa haber pactado arbitraje, con todo el bagaje de inevitabilidad que ello trae pues será preferible que lo adviertan antes de comprometerse a ello a que traten infructuosamente de desligarse de los compromisos adquiridos minando la credibilidad de sus propios acuerdos y la del sistema de solución de controversias arbitral. Será entonces más importante recurrir al consejo especializado sobre arbitraje a la hora de pactarlo que a la hora de someterse a sus consecuencia pues, del compromiso honesto que se asuma al inicio del acuerdo de voluntades, dependerá buena parte de la conducta procesal durante las actuaciones arbitrales y de la eficiencia con la que se transmita la defensa de intereses ante el tribunal arbitral.

El desafío entonces es para todos y he opinado que no excluye a las partes contratantes en las que reposa todo el sistema arbitral. Pero no queda allí, alcanza especial a la comunidad arbitral, al Poder Judicial y la comunidad jurídica en general, con especial énfasis en la abogacía nacional. ¿En qué consiste el reto? En lograr que, sobre la base de excelencia y buena fe, se avance en materia arbitral a favor de la más eficaz forma de resolver conflictos de interés en el ámbito patrimonial, comercial, de la contratación en general con énfasis en inversiones nacionales y extranjeras que el Perú tanto necesita. ▲

 ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA (*)

Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano

*“(...) La eficacia del arbitraje requiere del Poder Judicial, resulta imprescindible que se establezca una relación armónica entre ambos mecanismos de solución de conflictos, de manera que recíprocamente respeten sus ámbitos de actuación, sin interferencia; pero sí con interacción, pues de ello depende que se garantice el derecho de acceso a la justicia de los justiciables(...) y se logren objetivos superiores y trascendentes para la vida en sociedad, los cuales el Estado debe proteger”(**).*

SUMARIO: 1. Ubicación en el tema. 1.1. Origen. 1.2. Interrelación. 1.3. Análisis. 2. ¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? Si así fuera, ¿Pueden las partes sustraer de la competencia del tribunal arbitral la potestad de dictar medidas cautelares? 2.1. ¿El trámite de las medidas cautelares en el arbitraje, tiene alguna particularidad? 2.2. ¿La autoridad arbitral puede ejecutar las medidas cautelares que dicte? 2.3 ¿Cuáles son los alcances de las medidas cautelares dictadas por el Poder Judicial, fuera del proceso arbitral? 3. Conclusiones.

1. UBICACIÓN EN EL TEMA

1.1. Origen

Inicialmente, consideramos pertinente hacer una precisión que determinará *el Norte* de nuestro análisis y nos servirá de pauta para en-

(*) Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Lima. Árbitro. Socia del Estudio Echeopar Abogados.

(**) ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “De la Interrelación a la Interferencia del Poder Judicial en los Procesos Arbitrales. Límites de su Actuación”, en: *THEMIS Revista de Derecho*, N° 53, Lima, 2007, p. 104.

tender lo referido a la relación entre el arbitraje y el proceso judicial, a propósito de la institución de las medidas cautelares.

Para ello debemos partir señalando que, en nuestra opinión, el origen del arbitraje –entendido como fuente que le otorga legitimidad– no es precisamente su reconocimiento Constitucional como *Jurisdicción Excepcional*⁽¹⁾ –estimamos que el arbitraje no es jurisdicción, más allá que la Constitución lo diga–; sino la autonomía de la voluntad, que también ha sido consagrada en la Carta Política del Estado, o excepcionalmente, en un mandato legal⁽²⁾.

Es, en principio, en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes pactaron, dentro del marco que les autoriza la propia Constitución y la Ley, que las controversias que surjan entre ellas no serían decididas por el Órgano Jurisdiccional –entiéndase, el Poder Judicial– sino por un juez privado a quien ellas –y no la Constitución– le atribuyeron la potestad de resolverlos.

(1) “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”.

(2) Finalmente, una tercera posición entiende que se trata de una institución de naturaleza mixta, porque la institución está permitida por ley, en algunos casos –reiteramos– impuesta por ella. Por consiguiente, si bien el sometimiento al proceso arbitral, en el voluntario, reconoce como fundamento el acuerdo de voluntades, las facultades de los árbitros para decidir la cuestión de fondo, no emergen del pacto sino de la ley. Para esta postura, puede afirmarse que los árbitros ejercen jurisdicción, aunque acortada porque –por tratarse de particulares y no funcionarios estatales– carecen de *coertio* y de *executio*, facultades que –se sostiene– son propias del Estado por lo que su ejercicio es indelegable. ZINNY, Jorge Horacio, “Medidas Cautelares en el Arbitraje”, en: *Revista de Derecho Procesal*, N° 01 Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni Editores, 1ª ed., Santa Fe, p. 254.

Así, en el caso peruano, por ejemplo, todo lo relativo a la contratación del Estado, debe ser sometido a un proceso arbitral, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53 inciso 2, del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. N° 083-2004-PCM) (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), así como en el artículo 52 del D. Leg. N° 1017 (Ley de Contrataciones del Estado), publicado el 4 de junio de 2008 y que entrará en vigencia a los 30 días calendarios desde la publicación de su Reglamento.

Entonces, mientras estemos dentro de los límites autorizados en el ejercicio del derecho a la autonomía de la voluntad, el Estado no puede intervenir para pronunciarse sobre una controversia que ha sido sometida a arbitraje –antes, durante, ni después del arbitraje–, pues carece de COMPETENCIA para ello, en tanto ésta ha sido sustraída de su potestad juzgadora⁽³⁾. (El resaltado es del autor)

1.2. Interrelación

Lo mencionado no quiere decir que cuando exista un proceso arbitral en trámite, el Poder Judicial, nunca podrá intervenir válidamente. En efecto, el Poder Judicial intervendrá; pero dentro de determinados límites; es más, como hemos señalado en anteriores oportunidades⁽⁴⁾, para la eficacia del arbitraje es imprescindible que exista una estrecha y

(3) En efecto, compartimos la posición de Gozáini cuando, refiriéndose a este tema, señala que: “La fuerza vinculatoria emerge en dos direcciones; por un lado permite asignar esa modalidad jurisdiccional a los árbitros elegidos o seleccionados judicialmente desde el momento mismo en que el conflicto se plantea, esto es, que ellos pueden actuar sin necesidad del requerimiento de partes y aún contra su voluntad (a excepción que las partes decidan mutuamente la extinción del compromiso); por otra vertiente, se suele hablar de una eficacia negativa, en el sentido de sustraer la controversia del conocimiento ordinario que le correspondería a los tribunales”. (GOZÁINI, Osvaldo, *Formas Alternativas para la Solución de Conflictos*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 147).

(4) Compartimos firmemente lo señalado por Caivano, en el sentido que: “El arbitraje debe convivir con la justicia. Para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecer una relación de cooperación entre ambos sistemas. Así como los árbitros deberán comprender las limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público, será necesario que los jueces compartan la filosofía y los objetivos del arbitraje como sistema que “coopera en la resolución de conflictos prestando su auxilio cuando deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo, aceptando también sus propias limitaciones en casos que legítimamente fueron sustraídos de su competencia”. (CAIVANO, Roque J, *El Arbitraje, Ad Hoc*, Buenos Aires, 2000, p. 35).

El tema de la interrelación entre el arbitraje y el proceso judicial ha sido desarrollado por nosotros en los siguientes artículos:

- ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “Apuntes sobre la necesaria relación entre el Arbitraje y el Proceso Judicial”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 82, Año 2, Lima, 2005, pp. 191-204.
- ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “De la Interrelación a la Interferencia del Poder Judicial en los Procesos Arbitrales: Límites de su Actuación”, en: *Themis*, N° 53, Revista de Derecho, Lima, 2007, pp. 91-104.

armónica relación entre ambas instituciones (proceso judicial y arbitraje), sin que ello implique, en ningún caso, la potestad de pronunciarse resolviendo la controversia.

Así, las formas en las que el arbitraje y el proceso judicial se interrelacionan válidamente son diversos⁽⁵⁾, siendo relevante para efectos del tema cautelar, de la intervención subsidiaria y de la intervención complementaria del Estado. En el primer caso (subsidiaria), el Poder Judicial participa emitiendo decisiones (contenidas en resoluciones) que no pueden ser adoptadas por un Tribunal Arbitral, en tanto éste no se ha constituido aún, por lo que no existe un órgano con

(5) Las podemos sintetizar en las siguientes:

- a. *Subsidiaria*: El Poder judicial actúa cuando los árbitros no están en aptitud –legal o material– de decidir o ejecutar determinados actos, siendo imprescindible que estos vacíos de tutela sean suplidos por el auxilio judicial. En este caso, podemos señalar los siguientes ejemplos: i) El *nombramiento de árbitro*, cuando para formalizar un arbitraje es necesario que cada parte designe a un árbitro, y alguna de ellas no lo hace. Esta regla se aplica para los arbitrajes que se rigen por la Ley General de Arbitral (Ley N° 26572), esto es, los que se iniciaron antes de septiembre de 2008. A partir de septiembre de 2008, entrará en vigencia el D. Leg. N° 1071, y de acuerdo a esta nueva normatividad, la intervención subsidiaria, en este supuesto, será asumida por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, más no así del Poder Judicial; y ii) el dictado de *medidas cautelares previas al arbitraje* que puede ocurrir válidamente, cuando aún no existe un Tribunal Arbitral instalado, y en consecuencia, no se cuenta con un órgano competente para dictarlas, esta necesidad de tutela urgente debe ser suplida por el Poder Judicial.
- b. *Complementaria*: Cuando la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la judicial. Así, es necesario que el Tribunal Arbitral haya dictado previamente una decisión, para que el Poder Judicial, en ejercicio de su potestad de *imperium* –de la que el primero carece–, preste el auxilio necesario para su ejecución; por ejemplo, a través de una ejecución forzada. Podemos citar los siguientes ejemplos: i) La *actuación de medios probatorios* que requiera hacer efectivo algún apercibimiento (conurrencia de testigos por grado o fuerza, etc.); ii) la *ejecución de medidas cautelares dictadas por el Tribunal Arbitral*, en la medida que ello requiera de una ejecución forzada (sería el caso del secuestro, etc.); iii) la *ejecución del propio laudo arbitral*, en la medida que, las partes no hayan pactado atribuir esta facultad a los árbitros, o que habiéndolo hecho, requiera la realización de actos que involucran el uso de la fuerza o el *ius imperium* del Estado.
- c. *Revisora*: Se presenta cuando el Poder Judicial tiene como función, revisar los laudos, a efectos de realizar el último control de determinados preceptos de validez. Así tenemos: i) La *anulación de laudos*; y ii) el control de la constitucionalidad del laudo, a través de un *proceso de amparo*, al invocarse la existencia de un proceso arbitral irregular.

potestad para dictarlas, o habiéndose constituido, carece de competencia para ello⁽⁶⁾. En el segundo (complementaria), la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la judicial; así es necesario que el Tribunal Arbitral haya dictado previamente una resolución, para que el Poder Judicial, en ejercicio de su potestad de *imperium* –de la que el primero carece–, preste el auxilio necesario para su ejecución.

1.3. Análisis

Para efectos de un desarrollo ordenado, sobre el tema materia de este ensayo, intentaremos dar respuesta a algunas preguntas que nos permitirán abarcar los temas que estimamos relevantes respecto de la actividad cautelar en un proceso arbitral.

2. ¿PUEDEN LOS ÁRBITROS DICTAR MEDIDAS CAUTELARES? SI ASÍ FUERA, ¿PUEDEN LAS PARTES SUSTRAR DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL LA POTESTAD DE DICTAR MEDIDAS CAUTELARES?

Es pertinente señalar que la competencia de los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares, es un tema que genera un gran debate, en países en los que no existe una ley de arbitraje que prevea expresamente esta posibilidad, y cuando las partes no han otorgado esta potestad a los árbitros en el convenio arbitral.

Así, una posición sostiene que siendo el proceso arbitral de origen convencional, ante la ausencia de una norma que expresamente otorgue esta potestad a los árbitros, y cuando las partes no se la han conferido expresamente, corresponde realizar una interpretación restrictiva que imposibilita toda injerencia en el sentido que puedan gozar de esta facultad⁽⁷⁾. La interpretación restrictiva tiene su origen en

⁽⁶⁾ Como lo veremos más adelante, este sería el caso, que las partes hayan acordado expresamente que los árbitros que resolverán la controversia, no podrán dictar medidas cautelares.

⁽⁷⁾ Este criterio es recogido en la legislación arbitral de Uruguay y Argentina. En esta línea, ZINNY, comentando el sistema arbitral en estos países, y comparándolo con el nuestro,

que el arbitraje es considerado una jurisdicción de excepción, por lo que sus alcances no deben ser interpretados extensivamente. Peyrano, sintetiza esta posición en los siguientes términos: “Si en el acuerdo arbitral no está previsto expresamente el poder cautelar arbitral; consecuentemente no cuentan con él los árbitros”⁽⁸⁾.

La otra posición sostiene que, por más que el convenio arbitral no lo establezca expresamente, si el árbitro tiene competencia para resolver sobre el fondo de la disputa, también la tendrá para adoptar medidas cautelares, destinadas a asegurar la eficacia de lo que se resuelva. Para ello se utiliza el razonamiento “*a fortiori*”, o su equivalente “*a mayor e ad minus*”. Reforzando esta tesis, Arazi y Rojas afirman que si bien los árbitros carecen de *imperium*, las partes le han asignado la facultad de juzgar determinadas situaciones (*iudicium*); al fin y al cabo la decisión

afirma: “El Estado moderno asume el monopolio del uso de la fuerza tanto desde el punto de vista jurídico como físico y es por eso que en la legislación vigente los árbitros carecen de *imperium*, que comprende la *coertio* y la *executio*, y por lo tanto, no tienen facultades ni para ordenar medidas cautelares ni para ejecutar su pronunciamiento definitivo, lo que en ambos casos son derivados al juez. No las tienen en la legislación argentina ni en la uruguayana. En cambio la Ley General de Arbitraje del Perú adopta un sistema que podríamos llamar mixto, porque en el artículo 81 establece que: “En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste”, pero la misma norma dispone que: “Para la ejecución de las medidas los árbitros pueden solicitar el auxilio del juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas”. Es un sistema mixto porque faculta a los árbitros a disponer medidas cautelares pero reserva para el juez estatal la ejecución de ellas”. (ZINNY, “Medidas cautelares en el Arbitraje”, cit., p. 260).

Similar esquema se tenía en los países europeos; sin embargo, a partir de la vigencia Ley Modelo de la UNCITRAL, la mayoría de ellos acabó incorporando en su legislación interna (este es el caso de la Ley 60/2003 española) la posibilidad que los árbitros, en uso de sus propias competencias, puedan dictar medidas cautelares que aseguren la eficacia del arbitraje.

MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José Ma., *Tratado de Derecho Arbitral*, Thomson Civitas, 3ª ed., Navarra, 2006, p. 570.

(8) PEYRANO, Jorge W., “Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales”, en: *Disertaciones y Conclusiones Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales: 24 y 25 de junio de 2004*, Bolsa de Comercio de Rosario, Rosario, 2005, p. 112.

cautelar es una resolución más⁽⁹⁾, por lo que concluyen que más allá que esta potestad haya sido atribuida de manera expresa por la norma o por el convenio, los árbitros sí gozan de ella.

En nuestra opinión, en el sistema arbitral peruano, la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares, está fuera de discusión, en tanto ella ha sido expresamente prevista en estos términos por la Ley N° 26572 (Ley General de Arbitraje, en adelante, LGA), vigente hasta agosto de 2008, y por el Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el arbitraje (en adelante, D. Leg. N° 1071) a partir de septiembre de 2008.

En efecto, el artículo 81 de la LGA, referido al arbitraje nacional, dispone: “En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este(...)”.

Asimismo, el artículo 47 del D. Leg. N° 1071, establece que: “Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime convenientes para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida”.

Similar disposición, está contenida en la mayoría de los reglamentos⁽¹⁰⁾ de los distintos centros de arbitraje que tenemos en el Perú, este

⁽⁹⁾ ARAZI, Ronald, y ROJAS, Jorge, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado y concordado con los códigos provinciales*, T. III, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 610.

⁽¹⁰⁾ El tema de las medidas cautelares, precautorias o provisionales dictadas por los árbitros es de suma importancia y ha dado lugar a complejos debates. Hoy en día la mayor parte de los reglamentos institucionales de arbitraje y de las fuentes internacionales prevén la atribución de los árbitros para disponer de estas medidas.

Pero lo cierto es que la ejecución de las medidas corresponde –al menos como regla general– a los jueces, cuya colaboración deberán requerir los árbitros o eventualmente las partes. RIVERA, Julio César, “Medidas Precautorias en los Procedimientos Arbitrales (Con

es el caso del Reglamento del Centro Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (CCL)⁽¹¹⁾, del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje (SNCA) del CONSUCODE⁽¹²⁾, del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú⁽¹³⁾, y del Reglamento de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima (CAL)⁽¹⁴⁾.

En consecuencia, en nuestro país, la potestad para dictar medidas cautelares válidamente, aún en los arbitrajes *ad-hoc*, no requiere de un convenio arbitral que así lo haya establecido expresamente, pues para ello están las disposiciones de la LGA y del D. Leg. N° 1071.

Habiendo definido que en el Perú los árbitros tienen competencia para dictar medidas cautelares; veamos la “otra cara de la moneda”, es decir, cómo afecta ello la competencia del Poder Judicial para dictar medidas cautelares, cuando el arbitraje está en trámite. En este sentido, podemos afirmar –como desarrollaremos más adelante– que en el Perú, es perfectamente aplicable lo sostenido por Rivera, quien refiriéndose a la legislación argentina, afirma: “El sometimiento del conflicto a árbitros supone la exclusión de la jurisdicción judicial, lo cual supone dos efectos: i) El primero, que los jueces son incompetentes para entender la cuestión y por ende deberían abstenerse de dictar medidas precautorias, a estar a la letra del artículo 196 del Código Procesal; ii) el segundo, que los árbitros son competentes para entender en el conflicto principal y en las cuestiones accesorias a ella, entre las que se encuentra el dictado de medidas cautelares”.

El punto que, en nuestra opinión, sí podría suscitar mayor discusión es si las partes pueden suprimir a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares.

Particularmente consideramos que si la potestad jurisdiccional de los árbitros proviene de la voluntad de las partes, es claro que –a

especial referencia al Derecho Argentino)”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, Lima, 2006, p. 330.

(11) Artículo 52 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la CCL.

(12) Artículo 53 del Reglamento del SNCA del CONSUCODE.

(13) Artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de AMCHAM.

(14) Artículo 29 del Reglamento de Arbitraje del CAL.

diferencia de lo que ocurre en un proceso judicial– pueden hacer aquello que la ley y las partes les permiten⁽¹⁵⁾. En este sentido, no existiendo ninguna disposición legal que limite esta posibilidad, consideramos que la respuesta es que las partes sí podrían acordar que, para determinada controversia, los árbitros no gozan de esta posibilidad.

Así, compartimos la posición de Rivera, quien al comentar el sistema arbitral argentino, señala: “Desde nuestro punto de vista si las partes han pactado la renuncia a la posible acción cautelar ante la justicia estatal, ella es plenamente válida pues no se afecta ningún principio de orden público; las mismas razones que abonan la eficacia de la renuncia a la jurisdicción estatal para juzgar sobre el fondo y la validez de la renuncia a algunos (o todos) los recursos, justifican la eficacia de esta renuncia”⁽¹⁶⁾ ⁽¹⁷⁾.

Una posición más constitucionalista pasa por sostener que el derecho a la tutela cautelar, forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva, y que como tal, constituye un derecho fundamental del cual las partes no pueden renunciar, pues tiene su origen en la esencia misma del ser humano⁽¹⁸⁾.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional señaló: “Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo,

(15) RIVERA, Julio César, citando a CAIVANO, Roque J., *cit.*, p. 336.

(16) RIVERA, “Medida, Medidas Precautorias en los Procedimientos Arbitrales (Con especial referencia al Derecho Argentino)”, *cit.*, pp. 345-346.

(17) En esta misma línea, MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, comentando la legislación española señalan: “La potestad arbitral para adoptar medidas cautelares, sólo puede ser excluida por convenio entre las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en caso de silencio se entiende que las partes aceptan el poder implícito del árbitro para poder adoptar esas medidas”. MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, *cit.*, pp. 570-571.

(18) “¿Existe, pues, un derecho fundamental a la tutela cautelar? La respuesta debe ser afirmativa. Ciertamente no existe un precepto ni constitucional ni legislativo que así lo establezca, pero hoy se ha abierto paso, gracias a la jurisprudencia europea, en especial la constitucional y comunitaria, esta visión necesariamente garantista de la tutela cautelar, rescatándose un viejo principio chiovendiano: La necesidad de obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”. (ARIANO DEHO, Eugenia, *Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, Lima, 2003, pp. 597-598).

dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, *se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta*⁽¹⁹⁾. (El resaltado es del autor)

Nosotros consideramos que, específicamente en materia arbitral, el hecho que las partes sustraigan de la potestad de los árbitros esta posibilidad, no implica que estén vulnerando un derecho fundamental, pues ello no conlleva que estén renunciando a solicitar tutela cautelar. En efecto, nada obsta a que la parte que ha planteado una pretensión en un proceso arbitral, pueda recurrir al Poder Judicial a solicitar una medida que asegure la eficacia del fallo. Recordemos que en este supuesto, regirá el rol subsidiario del Poder Judicial, según el cual podrá hacer todo aquello que el Tribunal Arbitral no está en aptitud de realizar válidamente, pues a diferencia de lo que ocurre en la vía arbitral, el ámbito de su competencia no lo fija la voluntad de las partes sino la ley.

No estaremos entonces ante un supuesto de ausencia de tutela, sino que ésta será otorgada por el Poder Judicial, ante la imposibilidad que la autoridad arbitral lo haga válidamente.

2.1. ¿El trámite de las medidas cautelares en el arbitraje, tiene alguna particularidad?

Para la concesión de una medida cautelar en sede arbitral, consideramos que no es exigible algún requisito especial que las diferencie de cualquier otra medida de esta naturaleza, así los árbitros deberán verificar: i) *La verosimilitud* o apariencia del derecho invocado en la demanda; ii) *el peligro en la demora*, esto es, que el tiempo que tome el trámite del proceso puede poner en riesgo el derecho en discusión, y con ello, la eficacia de la decisión final que se emita; iii) *la adecuación*, que implica

(19) Sentencia de fecha 27 de octubre de 2006, expedida en el Expediente N° 0023-2005-PI.

que las medidas cautelares sean congruentes y proporcionales con el objeto que es materia de tutela, es decir con las pretensiones planteadas en la demanda⁽²⁰⁾; y iv) *la contracautela*, cuyo propósito es garantizar la reparación de los daños ocasionados por la ejecución de la medida cautelar, por quien la ha soportado; evidentemente, esto sólo opera en el escenario que la decisión final, garantizada por la medida cautelar, sea adversa al demandante, solicitante de la medida. Respecto de este punto, consideramos que no existe alguna particularidad especial en lo que respecta a las medidas cautelares en el arbitraje.

Asimismo, en relación con las características de las medidas cautelares arbitrales, éstas son básicamente las mismas que aquellas que se solicitan en el fuero judicial: i) Instrumental, ii) variable, iii) accesoria, e iv) implica un prejuzgamiento; sin embargo, un extremo en el que resulta relevante hacer énfasis es que, en principio, las medidas cautelares en la vía arbitral, no son *in audita pars*; es decir, para su dictado, sí se requiere oír a la otra parte, salvo que se demuestre que ello volverá ineficaz la medida.

Si bien lo mencionado no está establecido en la LGA, en nuestra opinión, se desprende claramente del *carácter inimpugnable* previsto para el auto que concede la medida cautelar en sede arbitral. En efecto, el artículo 81 de la referida Ley dispone: “Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno”.

Ahora bien, afirmamos que las medidas cautelares en sede arbitral –en tanto se rijan por la LGA–, no deben ser *in audita pars* (es decir, no deben dictarse sin previo traslado a la otra parte), porque no puede existir una decisión –sea judicial o arbitral– válida sin contradictorio, es decir, sin que la parte afectada tenga la oportunidad de hacer valer su derecho de defensa, en algún momento. En efecto, dado el carácter inimpugnable atribuido por la LGA, tampoco podría sostenerse que el

⁽²⁰⁾ “El hecho que la medida cautelar sea congruente con la pretensión planteada, supone que exista una *correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela*. Proporcional quiere decir que el sacrificio que supone la concesión de una medida cautelar sea el necesario para lograr la garantía de efectividad que se requiere con la medida cautelar obtenida”. (PRIORI POSADA, Giovanni, citando a MONROY PALACIOS, Juan, *La Tutela Cautelar. Su Configuración como Derecho Fundamental*, ARA Editores, Lima, 2006, p. 87).

contradictorio *se suspende* para el momento de la impugnación, simplemente en este caso no habría ninguna posibilidad de hacer valer este derecho en ningún momento, lo cual es violatorio del derecho fundamental al debido proceso, y contrario a un principio elemental en todo Estado de Derecho, como es que no pueden existir actos jurídicos –con prescindencia de la autoridad que los emita– que estén exentos de todo tipo de control⁽²¹⁾.

Cabe señalar que si bien en sede judicial, la regla es que las medidas cautelares se dicten sin escuchar a la parte que será afectada, el sustento de la validez de dicho acto es que, en estos casos, el contradictorio no es eliminado, pero sí suspendido o postergado al momento de la impugnación ante una segunda instancia, a través del recurso de apelación⁽²²⁾; no obstante, debemos indicar que existe una corriente muy fuerte que cuestiona la constitucionalidad de este trámite, incluso en sede judicial, y propone su inmediata modificación⁽²³⁾.

(21) En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia N° 06648-2006-HC de fecha 14 de marzo de 2007, lo siguiente respecto al *derecho de defensa (manifestación del derecho a la contradicción)*: “4 (...) en virtud de dicho derecho se garantiza que los justiciables, en la protección de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), *no queden en estado de indefensión. El contenido esencial del derecho de defensa queda afectado cuando, en el seno de un proceso judicial, cualquiera de las partes resulta impedida, por actos concretos de los órganos judiciales, de ejercer los medios necesarios, suficientes y eficaces para defender sus derechos e intereses legítimos*”. (El resaltado es del autor).

(22) Respecto del carácter reservado de la medida cautelar, MONROY GÁLVEZ afirma: “Resulta pertinente precisar que la reserva en el conocimiento de la otra parte antes de conceder la medida cautelar, no significa en modo alguno que se han quebrado los principios de bilateralidad y contradicción. Lo que ocurre es que estos quedan suspendidos en atención a la peculiar naturaleza de la ejecución de la medida cautelar. La mejor prueba de lo expresado se encuentra en el derecho a oponerse o impugnar la validez de la medida cautelar concedido al que la soporta, apenas se termina de ejecutar esta”. (MONROY GÁLVEZ, Juan, *Temas de Proceso Civil*, Studium, Lima, 1987, p. 23).

(23) MONTERO AROCA, explica cómo operan las modalidades de contradicción en el tema cautelar, y sostiene: “Presentada la solicitud de tutela cautelar, hay que cumplir con el principio de contradicción, pudiendo cubrirse a través de dos fórmulas: La contradicción previa o la llamada contradicción diferida”. El principio de contradicción, además de instrumento técnico eficaz para garantizar la exacta aplicación de la ley y la imparcialidad del juzgador, es derecho fundamental de todo ciudadano que interviene en el proceso, manifestación del artículo 24 CE. Por ello, también cuando se trata de adoptar una

Por lo indicado, si en la vía arbitral no existe la posibilidad de impugnar una decisión cautelar, es claro –en nuestra opinión– que sólo se podrá dictar válidamente una medida de esta naturaleza, si previamente se otorga a la otra parte la posibilidad de ejercer el contradictorio, lo opuesto implicaría una vulneración al derecho fundamental a un debido proceso, lo cual invalidaría la decisión.

Ahora bien, en los casos en los que el traslado vuelve ineficaz la medida, debe aplicarse criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que determina que si bien puede no concederse el contradictorio previo, sí es imprescindible que se autorice algún tipo de impugnación, como sería el recurso de reconsideración en materia arbitral.

Es pertinente señalar que el D. Leg. N° 1071, ha despejado toda duda al respecto, al establecer en el inciso 3 del artículo 47: “El tribunal arbitral, antes de resolver, *pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte*. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo, para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida *podrá formularse reconsideración* contra la decisión”. (El resaltado es del autor)

Como se advierte, dos (02) son los rasgos característicos de la medida cautelar en la nueva legislación arbitral: i) como regla general, la

medida cautelar, que va a suponer un gravamen o una limitación en la persona o bienes de una de las partes, es necesaria la contradicción. Pero, aún siendo necesaria, se cuestiona si la audiencia ha de realizarse antes de la adopción de las medidas, o con posterioridad. En este sentido el factor *sorpresa* queda mejor salvaguardado si la contradicción es diferida, de modo que se impide que el sujeto pasivo de la medida pueda actuar de manera tal que haga ineficaz la misma. Sobre la contradicción diferida se ha pronunciado el TC, quien no la considera contraria a la prohibición de indefensión, en cuanto se justifica por la función de garantía de la efectividad de la tutela judicial que cumple la tutela cautelar.

Ambas fórmulas –la contradicción previa y la diferida– han sido acogidas por el legislador, pues si bien proclama como regla general la exigencia de la contradicción previa, cierto es que también asume la posibilidad de excepcionar la misma, cuando concurren circunstancias que permitan, e incluso exijan, acordar la medida sin oír previamente al demandado, pero atribuyéndole la posibilidad diferida de ser oído, mediante la interposición de una oposición, regulada en los artículos 739 a 742 LEO”. MONTERO AROCA, Juan y otros, *El Nuevo Proceso Civil*, Tirant le Blanch, Valencia, 2000, p. 757.

medida cautelar se dicta, previo traslado a la otra parte, a efectos de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa, salvo que el solicitante demuestre que el contradictorio podría determinar la ineficacia de la medida; ii) la resolución cautelar, ahora además es impugnabile, vía recurso de reconsideración, ante el mismo Tribunal Arbitral, ello, sin perjuicio de que la parte afectada con la medida pueda solicitar su levantamiento o variación en el momento que lo considere apropiado, y demuestre que la situación de hecho o derecho que determinó la concesión de la medida por la autoridad arbitral, ha variado. Por otro lado, respecto de este punto específico es pertinente señalar que, de manera similar a de lo que ocurre con las decisiones cautelares que emite el Poder Judicial⁽²⁴⁾, la posibilidad de impugnación en la vía arbitral, está condicionada a que la medida haya sido previamente ejecutada.

Cabe señalar que de los reglamentos arbitrales que hemos revisado, el único que resulta acorde con la garantía del traslado previo a la otra parte, aun cuando no dispone la posibilidad de impugnar, es el Reglamento del SNCA-CONSUCODE⁽²⁵⁾, todos los demás, específicamente

(24) Así, el Código Procesal Civil dispone: “Artículo 637.- **Trámite de la medida.** La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión.

Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirles intervención alguna”.

(25) “Artículo 53.- (...) El Tribunal Arbitral antes de resolver deberá poner la solicitud en conocimiento de la otra parte, para que en un plazo de cinco (05) días, pueda manifestar lo conveniente a su derecho. Sin embargo podrá adoptar una medida cautelar, sin notificar a la parte afectada con la misma, cuando la parte solicitante demuestre la necesidad de proceder de esa forma para garantizar que la citada medida no se frustre. No obstante, en estos casos, podrá modificar o dejar sin efecto la medida cautelar una vez que la parte afectada haya sido notificada y dentro de los cinco (05) días siguientes haya manifestado lo conveniente a su derecho”.

mente, el de AMCHAM⁽²⁶⁾, el del CAL⁽²⁷⁾, y el de la CCL⁽²⁸⁾, no sólo no establecen que las medidas cautelares deben ser dictadas previo traslado a la otra parte, sino que además, tampoco permiten que su decisión sea impugnada. La conjunción de estos dos (02) temas, determina –en nuestra opinión–, una abierta inconstitucionalidad, además de vulnerar lo dispuesto por el D. Leg. N° 1071, lo que evidencia la necesidad urgente de adecuar sus disposiciones a dicha norma.

- (26) “Artículo 18.- **Medidas cautelares y provisionales.** (...) En cualquier estado del proceso, inclusive durante la etapa de ejecución privada, a pedido de parte por cuenta y costo del arbitraje, el Tribunal podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para asegurar el resultado de éste. El Tribunal podrá solicitar contracautela a quien solicita tal medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de la misma y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada o improcedente en el laudo.

Contra lo resuelto por el Tribunal no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario que se adopte las medidas”.

- (27) “Artículo 29.- **Medidas provisionales de protección.** A petición de una de las partes, los árbitros podrán adoptar toda clase de medidas provisionales que estimen necesarias respecto del objeto del litigio, incluyendo, las medidas destinadas a conservar bienes o a enajenarlos, cuando se trate de bienes perecederos.

Los árbitros podrán solicitar una contracautela, a los beneficiarios para asegurar el costo de la medida y la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, en caso su pretensión fuese declarada infundada en el laudo definitivo.

La medida podrá estipularse en un laudo provisional. Contra esta decisión no procede recurso alguno”.

- (28) “Artículo 52.- En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, el Tribunal Arbitral podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste, siendo en este caso de aplicación excepcional, el Código Procesal Civil en las disposiciones sobre proceso cautelar.

Contra lo resuelto por el Tribunal Arbitral no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas, puede solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil de Lima o del lugar donde sea necesario adoptar estas medidas. El Juez, por el solo mérito de la copia certificada del convenio arbitral y de la resolución del Tribunal Arbitral, sin más trámite, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna”.

2.2. ¿La autoridad arbitral puede ejecutar las medidas cautelares que dicte?

En doctrina, existen posiciones divididas respecto de si los árbitros pueden ejecutar las medidas cautelares que dictan. Así, más allá que está fuera de discusión que los árbitros carecen de *imperium* para hacer cumplir sus decisiones mediando *cohercio*, un sector considera que, un órgano arbitral podrá ejecutar sus decisiones si para ello no es necesario el uso de la fuerza. En esta línea, Rivera afirma: “(...) no puede sino concluirse que los árbitros pueden decidir sobre la procedencia de medidas cautelares y disponerlas, aunque en principio para su ejecución deben requerir el auxilio judicial. Anticipamos que decimos *en principio*, porque, como explicamos más adelante, algunos autores sostienen que ciertas medidas que no requieren compulsión podrían ser ejecutadas directamente por los árbitros (por ejemplo, las medidas que se satisfacen con una mera notificación o una inscripción en un registro)”⁽²⁹⁾.

Sin embargo, tenemos otro sector de la doctrina que considera que, en ningún caso los árbitros pueden hacer cumplir las decisiones cautelares que puedan emitir, pues la *executio*, en cualquiera que fuera sus modalidades, no ha sido conferida a los árbitros, por tratarse de un atributo propio del *imperium* del Estado. Así por ejemplo, Peyrano señala: “Preferimos el criterio tradicional y ello no sólo para evitar cualquier incoherencia dentro del esquema clásico construido sobre el principio, ya recordado, *el árbitro decide y el juez ejecuta*. Es que por añadidura, creemos que es irrelevante examinar si es o no menester el auxilio de la fuerza pública para habilitar (o no) a un árbitro para que ejecute una decisión cautelar. Sucede que, aún cuando fuere con ribetes singulares, en los ejemplos sugeridos por la doctrina autora permisiva en la materia, tenemos ejercicio de la *executio*, facultad ésta indelegable de la jurisdicción oficial y de la que se encuentra privada la jurisdicción arbitral”. Y concluye señalando: “En suma, somos partidarios de la idea que en ningún caso los árbitros pueden ejecutar sus propias resoluciones arbitrales”⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ RIVERA, “Medidas Precautorias en los Procedimientos Arbitrales (Con especial referencia al Derecho Argentino)”, cit., p. 346.

⁽³⁰⁾ PERYRANO, “Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales”, cit., p. 115.

Nosotros compartimos la primera de las tesis, y además la consideramos más acorde con el sistema arbitral peruano. Para desarrollar esta idea, debemos reiterar un concepto: La potestad arbitral proviene del ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, son ellas quienes determinan lo que los árbitros pueden hacer, teniendo los límites que fija la Ley y la Constitución.

Ahora bien, ni la Ley ni la Constitución, prohíben a los árbitros realizar actos de ejecución de sus propias decisiones, la limitación establecida está referida a realizar actos de ejecución que impliquen el uso de la fuerza, pues sin duda esto es un atributo exclusivo y excluyente del Estado.

Así podemos advertir que existen una serie de medidas cautelares cuya ejecución no requiere del ejercicio de la fuerza, y se limita a la notificación del afectado, parte del proceso arbitral. En estos casos, postulamos que, no existiría impedimento alguno para que puedan ser ejecutadas por los árbitros.

Por ejemplo, una medida cautelar conservativa o de no innovar (mantener el estado de cosas existente al momento de la interposición de la demanda), como sería el caso de la orden de no ejecución de una carta fianza de fiel cumplimiento otorgada para garantizar la ejecución de un contrato de obra, cuando lo que se discute en un proceso arbitral es si la resolución del mismo, es válida o no.

Lo mismo ocurriría con una medida cautelar innovativa (la modificación del estado de cosas que existen al momento que se solicita la medida), como sería que se suspendan los efectos de un contrato celebrado en contravención con las reglas de orden público. Para la ejecución de este mandato, no sería necesario el uso de la fuerza, para ello bastando la notificación al afectado, que es parte en el proceso arbitral.

En nuestra legislación arbitral, podemos encontrar sustento para lo afirmado anteriormente, en lo dispuesto en el artículo 9 de la LGA –vigente hasta septiembre de 2008 y para los procesos iniciados con anterioridad a ese momento–, que contiene la siguiente definición del convenio arbitral:

“Artículo 9 (...) El convenio arbitral *obliga a las partes* y a sus sucesores a la realización de *cuantos actos sean necesarios*

para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral (...)". (El resaltado es del autor)

Si tenemos en cuenta que la *razón de ser* de las medidas cautelares es asegurar la eficacia de la decisión arbitral, y de los derechos en discusión, consideramos que bajo la regulación de la LGA, los árbitros no sólo pueden dictar medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de sus decisiones, sino que además, las mismas deben ser obligatoriamente ejecutadas por las partes que celebraron el convenio arbitral.

El D. Leg. N° 1071, vigente a partir de septiembre de 2008 (y para los procesos que se inicien desde ese momento), establece claramente la regla referida a la ejecución de las medidas cautelares, en el sentido que los árbitros sí tienen competencia para ello, sin que se requiera algún tipo de pacto expreso. La norma pertinente dispone:

“Artículo 48.- Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El Tribunal Arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna (...)

Con lo cual, bajo la vigencia del D. Leg. N° 1071, la competencia de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares que dicte, está fuera de toda discusión.

Ahora bien, consideramos que bajo la vigencia de la LGA, se presenta una situación distinta, en lo que respecta a las medidas cautelares

cuya ejecución depende de la realización de algún acto por parte de un tercero –y como tal, ajeno al proceso–, como sería: i) la anotación de una demanda o la inscripción de un embargo en Registros Públicos –que no deberían requerir siquiera de partes *judiciales*, siendo suficiente que éstos sean expedidos por el propio Tribunal Arbitral que dictó la medida⁽³¹⁾; o ii) la ejecución de embargos en forma de retención, en la cual un acreedor del deudor –como por ejemplo, un Banco–, recibe el mandato de no pagar hasta que esta controversia sea resuelta y el demandado cumpla con honrar la obligación determinada en la decisión final.

En efecto, si bien todas estas medidas requieren ejecución, sin que para ello sea necesario el uso de la fuerza pública, sí implican la realización de actos por parte de sujetos que no celebraron el convenio arbitral, por lo que –ante la ausencia de una norma expresa que establezca algo distinto– no se encuentran obligados a dar cumplimiento a un mandato arbitral que proviene de una autoridad a la que no se sometieron.

Así, podemos afirmar, que si bien los terceros pueden ejecutar medidas cautelares arbitrales, bajo la vigencia de la LGA, no están obligados a ello, por lo que en estos casos será necesario recurrir al Poder Judicial a fin que preste el auxilio necesario para estos efectos.

Compartimos la posición de Martín sobre este punto, quien sostiene: “Situación distinta es cuando el encargado de realizar la conducta es un tercero, no alcanzado por la jurisdicción arbitral y por tanto no obligado a cumplir la medida dispuesta por el árbitro. Como tampoco está obligado a no cumplirla, si le da cumplimiento espontáneo, no incurre en responsabilidad alguna por no haber ilegitimidad o ilicitud en la acción. Si el destinatario no da cumplimiento a lo resuelto por el árbitro deberá requiere la ejecución forzada al juez”⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ En efecto, el Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución N° 195-2001-SUNARP/SN), en su artículo 65, dispone que cabe la anotación preventiva de las demandas y medidas cautelares, así como las resoluciones judiciales, es decir, no exige que las primeras deben ser judiciales para lograr la anotación, con lo cual nada obsta a que deban inscribirse, de manera directa, una medida cautelar dictada arbitralmente.

⁽³²⁾ MARTÍN MARCHESINI, Gualtiero, “Las Medidas Cautelares en el Proceso Comercial Arbitral”, en: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, 2006, p. 4.

Cabe señalar que bajo la vigencia del D. Leg. N° 1071, esta distinción ya no se presenta, pues el mandato legal dispone, en términos generales, que los árbitros sí cuentan con facultades de ejecución de sus mandatos cautelares, por lo que sólo recurrirán al Poder Judicial si fuese necesario el uso de potestades de *imperium*.

De lo expuesto, podemos llegar a la siguiente conclusión en materia de ejecución arbitral de medidas cautelares:

- i) Cuando la ejecución de una medida cautelar implique sólo la notificación al demandado, los árbitros tienen competencia para hacerlo válidamente, aun cuando el convenio arbitral no contenga una disposición expresa al respecto⁽³³⁾.
- ii) Cuando el proceso arbitral se rija por la LGA y la ejecución de una medida cautelar requiera de algún acto distinto a la notificación del propio demandado, trascendiendo a terceros que no se encuentran vinculados por el convenio arbitral, consideramos que no es posible sostener la obligatoriedad del mandato de ejecución respecto de ellos, en tanto no se sometieron a la autoridad arbitral.

Bajo la vigencia del D. Leg. N° 1071, los árbitros cuentan con facultades de ejecución, aún respecto de terceros ajenos al proceso. Evidentemente, aún en este caso, el límite será el uso de la fuerza.

- iii) Tratándose de medidas cautelares que para su ejecución sí requieren de la realización de actos de *imperium*, esto es, del uso de la fuerza, como sería el caso de un secuestro (que implica desposesión física de los bienes sobre los que recae la medida), etc. Es claro que no cabe siquiera la posibilidad de otorgar facultades de ejecución a los árbitros, pues el ejercicio de la fuerza compete al Estado de manera exclusiva y excluyente, por lo que será el Poder Judicial, quien debe intervenir de manera complementaria y prestar el auxilio necesario para *ejecutar* la medida.

⁽³³⁾ MARTIN refiriéndose a esta posibilidad de ejecución afirma: “No siempre es necesaria la compulsión, ya que si se cumple voluntariamente la medida cautelar no es necesario ejecutarla forzosamente. Estas medidas tienen como destinatarios a quienes son parte en el proceso donde se dictan. El afectado por las consecuencias de la medida está sometido a la jurisdicción del árbitro que la dispuso” (El resaltado es del autor). (MARTIN MARCHESINI, *cit.*, p. 4).

Cabe señalar que lo mencionado anteriormente, es aplicable en la misma manera a los arbitrajes que se siguen con la LGA, como aquellos que se tramitarán bajo el D. Leg. N° 1071, pues es consustancial al arbitraje su limitación en cuanto a las facultades de *imperium*, reservadas al Estado.

Finalmente, debemos indicar que el límite de la actividad judicial en los casos de ejecución de medidas cautelares, está determinado por el rol complementario que asume, en estos casos, el Poder Judicial, según el cual su intervención únicamente tendrá como propósito, prestar el auxilio del *imperium* necesario para *ejecutar* la decisión arbitral; no se requiere, por ende, el traslado previo a la otra parte, debiéndose proceder directamente a la ejecución, sin que quepa la posibilidad de pronunciarse sobre el contenido –lo que implica: la legalidad o justicia– de la medida, ni mucho menos, de conceder algún tipo de impugnación.

Continuando nuestro análisis de los reglamentos arbitrales vigentes, podemos afirmar que sólo el del SNCA-CONSUCODE (artículo 53)⁽³⁴⁾ establece que en los procesos que se siguen bajo sus normas, los árbitros sí tendrán facultades de ejecución. Por otro lado tanto, tanto el del CAL⁽³⁵⁾ como el de la CCL⁽³⁶⁾ y el de AMCHAM⁽³⁷⁾, disponen que

(34) “Artículo 53.- **Medidas cautelares.** (...) El Tribunal Arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares firmes dictadas por la autoridad judicial antes del inicio del proceso arbitral y cuenta con facultades para ejecutar sus propias medidas cautelares, salvo en los casos que fuera necesario el auxilio de la fuerza pública”. (El resaltado es del autor)

(35) El artículo 29 del Reglamento de Arbitraje del CAL, no establece nada específico en materia de ejecución de medidas cautelares, con lo cual sería de aplicación supletoria la LGA, para los procesos iniciados hasta agosto de 2008, y el D. Leg. N° 1017 para aquellos que se inicien a partir de septiembre del presente.

(36) “Artículo 52.- (...) *Para la ejecución de medidas puede solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil de Lima o del lugar donde sea necesario adoptar estas medidas. El Juez, por el sólo mérito de la copia certificada del convenio arbitral y de la resolución del Tribunal Arbitral, sin más trámite, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna*”. (El resaltado es del autor)

(37) “Artículo 18.- **Medidas cautelares y provisionales.** (...) Para la ejecución de las medidas cautelares, *los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario se adopte las medidas*”. (El resaltado es del autor)

para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros *pueden* solicitar el auxilio del Poder Judicial, con lo cual estimamos que deja abierta la posibilidad de que se proceda a la ejecución directa, en los términos antes mencionados.

2.3. ¿Cuáles son los alcances de las medidas cautelares dictadas por el Poder Judicial, fuera del proceso arbitral?

2.3.1 *¿Desde cuándo y hasta cuándo tiene competencia el Tribunal Arbitral para dictar medidas cautelares? ¿Pueden los jueces dictar medidas cautelares mientras está en trámite un proceso arbitral?*

En nuestra opinión, es claro que un Tribunal Arbitral podrá dictar medidas cautelares, *en tanto tenga competencia para ello*; es decir, desde su instalación, hasta el momento en el que las partes le hayan otorgado potestades en el convenio arbitral o en el Acta de Instalación. Esto es, tendrá competencia para dictar medidas cautelares hasta el momento de la ejecución del laudo, supuesto en el cual estaríamos frente a medidas de ejecución.

Nuestra posición al respecto es la siguiente: El Poder Judicial podrá dictar medidas cautelares, únicamente en aquellos casos en los que el Tribunal Arbitral no cuente con esa potestad, porque de lo contrario, *carecerá de competencia* para realizar actos procesales válidos (entre ellos, para dictar medidas cautelares)⁽³⁸⁾.

⁽³⁸⁾ Compartimos la posición de MARTIN, quien al pronunciarse sobre este tema señala: “El juez estadual que no tiene competencia para conocer el proceso principal porque las partes le han quitado la jurisdicción para dicho proceso y se la entregaron al árbitro (...) deberá abstenerse de decretar medida precautoria alguna por no ser la causa de su competencia. No obstante, que la ley procesal a renglón seguido admite la validez de las que fueron decretadas en violación a esta regla, el principio sigue incólume, que si carece de competencia para resolver el fondo debe abstenerse de conocer y decidir sobre la cautelar(...)”.

Con lo dicho hasta aquí podemos sacar una primera conclusión, que los árbitros tienen la potestad de evaluar la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares solicitadas por las partes en el proceso. Es atribución exclusiva de los árbitros examinar la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora, determinar la extensión de la medida y de la contracautela que se requiere del solicitante, resolver sobre el levantamiento

Esto quiere decir que el Poder Judicial sólo tendrá competencia para dictar medidas cautelares, en tanto el Tribunal Arbitral no se haya instalado, y una vez que el proceso arbitral haya concluido, esto es, cuando los árbitros no tengan facultades de ejecución o teniéndolas, se requiera de una ejecución forzada.

Cabe indicar que si bien la LGA ni el D. Leg. N° 1071 establecen expresamente la prohibición de que la autoridad judicial dicte medidas cautelares cuando el proceso arbitral está en trámite, consideramos que ello es consustancial a la naturaleza misma del arbitraje, y que se desprende de la siguiente interpretación:

- i) Tratándose de la LGA, el artículo 79 señala: “Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial *antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles* con el arbitraje (...)”. Haciendo una interpretación *contrario sensu* podemos sostener que la regla es la incompatibilidad, y que sólo por excepción podrá permitirse a la autoridad judicial realizar actos válidos vinculados a un proceso arbitral, entonces, sí resultan incompatibles con el arbitraje, el dictado de medidas cautelares judiciales cuando el arbitraje ya se ha iniciado.
- ii) El D. Leg. N° 1071, tiene una disposición similar a la de la LGA, así el numeral 4 del artículo 47 establece: “Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial *antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles* con el arbitraje (...)”. Como se advierte, esta norma no sólo sigue la misma lógica de la anterior, sino que además precisa que no es necesario que el arbitraje se haya iniciado, sino que el tribunal se haya instalado, es decir que exista una autoridad arbitral con competencia para dictarlas.

o sustitución y los eventuales pedidos de ampliación o mejora. Está dentro de las facultades de los árbitros disponer una medida distinta de la solicitada o limitarla teniendo en cuenta la importancia y la naturaleza del derecho que se intenta proteger.

MARTIN MARCHESINI, Gualtiero, “Las Medidas Cautelares en el Proceso Comercial Arbitral”, en: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, Ed. del 10 de mayo de 2006, publicación electrónica, consulta: 11 de julio de 2008. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/medidascautelares.php>.

Ahora bien, esta disposición *encaja* en el carácter restrictivo de la intervención judicial que se encuentra claramente marcada en el Decreto Legislativo en mención; así por ejemplo, el numeral 5 del mismo artículo 47 dispone: “Constituido el Tribunal Arbitral, cualquier de las partes puede informar a la autoridad judicial y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso causal. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre (...)”, más aún, incluso para efectos de una medida impugnada, la norma en mención señala: “El Tribunal Arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar”.

A efectos de aclarar este aspecto, es pertinente hacer mención a la Exposición de Motivos del Proyecto Modificatorio elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, cuya finalidad era precisamente la revisión de la Ley General de Arbitral, y cuyos aportes, en líneas generales, se habrían plasmado en el D. Leg. N° 1071. En este texto se señala:

“El artículo 80 (refiriéndose a la norma del Proyecto) establece la instalación del Tribunal Arbitral como el punto de quiebre *para pedir y decidir en vía judicial o arbitral* (...).

Por último la norma *confiere a los árbitros competencia absoluta y exclusiva sobre cualquier otra medida cautelar solicitada, dictada o impugnada en la vía judicial una vez instalado el Tribunal Arbitral* y también para disponer de sus propias medidas cautelares. Deja así claro que sea que estemos ante una solicitud de medida cautelar no resuelta o ante la apelación de una solicitud cautelar ya decidida por el Poder Judicial, corresponde a los árbitros resolver la concesión o rechazo de la medida o la apelación que esté pendiente. Así desde su instalación, el Tribunal Arbitral asume competencia plena sobre todo el caso, incluyendo los procesos cautelares que estuviesen en trámite ante el Poder Judicial”.
(El resaltado es del autor)

Por lo indicado, consideramos que en lo que respecta al arbitraje nacional, los jueces no estarán en aptitud de dictar medidas cautelares,

mientras exista un Tribunal Arbitral instalado, salvo disposición permisiva expresa de las partes en el convenio arbitral o en el Acta de Instalación respectiva. Esto es coherente con el *efecto negativo* de la celebración del convenio arbitral, por el cual *se sustrae* de la competencia del Poder Judicial la competencia para la realización válida de determinados actos, vinculados a una controversia que las partes sometieron a la autoridad arbitral.

En lo que respecta al arbitraje internacional, es pertinente dejar establecido que en la legislación existente sobre la materia (como es el caso del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional –ICC⁽³⁹⁾, así como el Reglamento UNCITRAL y la Ley Modelo de UNCITRAL⁽⁴⁰⁾), se contempla lo que se denomina *jurisdicción concurrente* en materia cautelar, esto es, que los jueces tienen competencia

(39) El Reglamento de la CCI establece:

“Artículo 23.- **Medidas cautelares y provisionales**

1. Salvo acuerdo de las partes en contrario, el Tribunal Arbitral podrá, desde el momento en que se le haya entregado el expediente, ordenar, a solicitud de parte, cualesquiera medidas cautelares o provisionales que considere apropiadas. El Tribunal Arbitral podrá subordinar dichas medidas al otorgamiento de una garantía adecuada por la parte que las solicite. Las medidas mencionadas deberán ser adoptadas mediante auto motivado o Laudo.
2. 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 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”.

(40) El Reglamento UNCITRAL señala:

“Artículo 26.- **Medidas Provisionales de Protección**

1. A petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral podrá tomar todas las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto en litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes que constituyen el objeto en litigio, como ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se vendan los bienes percederos.
2. Dichas medidas provisionales podrán estipularse en un laudo provisional. El tribunal arbitral podrá exigir una garantía para asegurar el costo de esas medidas.

para disponer este tipo de medidas, sea, antes de la instalación del Tribunal Arbitral, como durante el trámite del arbitraje.

Evidentemente, antes de la instalación del órgano arbitral, el tema no amerita mayor discusión, el punto discutible, es la posibilidad de que el Poder Judicial dicte medidas cautelares, cuando el arbitraje está en curso. La justificación otorgada para ésta última posición es que, teniendo en cuenta que aún en el supuesto que los árbitros puedan dictar medidas cautelares, serán los jueces los encargados de ejecutarlas, resulta más eficiente recurrir directamente a ellos a fin de solicitar y ejecutar las medidas, más aún, en aquellos casos que éstas deban hacerse efectivas fuera del lugar de la sede del Tribunal Arbitral⁽⁴¹⁾.

Ahora bien, respecto de este tema, la LGA, ha previsto (artículo 100) que: “No será incompatible con un convenio arbitral que una parte ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales *o durante su transcurso*, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares

-
3. La solicitud de adopción de medidas provisionales dirigida a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerará incompatible con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo”.

La Ley Modelo de la UNCITRAL dispone lo siguiente:

“Artículo 17.- Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”.

- (41) “Es obvia la razón por la cual las partes pueden recurrir a los tribunales estatales antes de la constitución del tribunal arbitral; es que en ese momento simplemente no existe otra autoridad a la cual pedir la protección que no sea arbitral sólo comienza con la integración del tribunal.

Y durante el proceso arbitral también puede recurrirse a los tribunales estatales porque:

- i) algunas leyes estatales sólo reconocen la potestad de dictar estas medidas a esos jueces estatales,
- ii) aun cuando la ley de la sede o del lugar donde deba ser eficaz la medida reconozca en los árbitros la atribución de decidir y ordenar estas medidas, ellas habrían de ser ejecutadas por los jueces, con lo cual puede resultar más eficiente recurrir directamente a ellos”. (RIVERA, “Medidas Precautorias en los procedimientos arbitrales”, cit., p. 336).

provisionales ni que el tribunal conceda las medidas”⁽⁴²⁾. (El resaltado es del autor).

Asimismo, si bien en el D. Leg. N° 1071 no se prevé un rubro específico referido al arbitraje internacional, el artículo 47 señala: “9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes”.

Con lo cual el parámetro de la *jurisdicción concurrente* se presenta en nuestro país para los arbitrajes internacionales que se rigen por la LGA, y los que se regirán por el D. Leg. N° 1071, con la salvedad de que en este último caso, la competencia judicial requerirá además la autorización previa del Tribunal, lo que confirma su carácter excepcional y extraordinario.

En este caso entonces, la regla del *efecto negativo* del convenio arbitral, al que hemos hecho referencia anteriormente, es variada por una disposición legal expresa que regula el arbitraje internacional.

2.3.2 Veamos el punto más crítico: ¿Cuáles son los parámetros de actuación de un juez, ante un pedido cautelar previo al arbitraje?

Competencia territorial del Juez. *¿Puede el juez de cualquier lugar del país dictar una medida cautelar fuera del proceso arbitral, con prescindencia del lugar donde éste se llevará a cabo?*

Sobre este punto, no existía en la LGA, una normatividad específica en materia de competencia judicial para dictar medidas cautelares previas al arbitraje, vacío que en muchos casos viene siendo utilizado maliciosamente los litigantes y abogados –lamentablemente con la

⁽⁴²⁾ Si bien la norma transcrita no define a qué se refiere con *Tribunal*, esto es, si es judicial o arbitral, del texto de la norma se advierte que es lo primero. Entendemos que en el ánimo de aclarar este punto, el Reglamento de la CCL dispuso en su artículo 73 que: “No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite al órgano judicial o al Tribunal Arbitral, respectivamente, la adopción de medidas cautelares”. (El resaltado es del autor)

anuencia o complicidad de algunos jueces—, quienes solicitan y obtienen este tipo de medidas, con prescindencia de si el juez al que se dirigen para estos efectos, cuenta o no con competencia territorial para ello. El razonamiento utilizado, es el siguiente:

El territorio, es un elemento relativo de la competencia. Ello quiere decir que admite ser prorrogado, a través de un acuerdo entre las partes. Así, en los procesos judiciales, un juez no puede pronunciarse, de oficio, respecto de un vicio en el aspecto territorial de la competencia; sino que resulta imprescindible que éste sea cuestionado por la parte demandada, ya que de lo contrario, se entenderá que optó por someterse a este juez que territorialmente no era competente, pero al que le atribuyó esta potestad con su falta de cuestionamiento, a esto se le denomina prórroga tácita de la competencia.⁽⁴³⁾ ⁽⁴⁴⁾

Al respecto, debemos indicar que este razonamiento es técnicamente correcto, en la lógica de un proceso judicial; pero(...) ¿puede aplicarse a un arbitraje? En nuestra opinión, la respuesta es un contundente *no*, por lo siguiente:

Porque la prórroga tácita de la competencia sólo puede ocurrir si existe la posibilidad de que el demandado se someta a un juez, al que territorialmente no le correspondería resolver dicha controversia.

Ahora bien, en materia arbitral, *las partes han renunciado a la competencia del Poder Judicial*, para someterse a la de un Tribunal Arbitral, esto quiere decir que han pactado que *ningún* juez puede resolver sus controversias, salvo que renuncien a este pacto. Por lo indicado, no existe la posibilidad de que se pueda considerar válidamente, que al haber solicitado una medida cautelar judicial previa al arbitraje, se haya renunciado

(43) El Código Procesal Civil regula este tema de la siguiente manera: Artículo 26.- Prórroga tácita de la competencia territorial.- “Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia”.

(44) Cabe señalar que esta situación se agrava cuando la parte demandada es una entidad estatal, cuyo ámbito de competencia es Nacional, pues es frecuente que se soliciten medidas cautelares en cualquier lugar del territorio del país, bajo el argumento de que, con prescindencia de la competencia territorial del juez, sus decisiones siempre alcanzarán al lugar de ejercicio de las funciones del demandado.

al convenio arbitral, sometiéndose a la competencia del Poder Judicial, pues el artículo 79 de la LGA dispone: “Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él”. En la misma línea, el artículo 47 del D. Leg. N° 1071 establece: “4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él (...)”.

En consecuencia, cuando se trata de medidas cautelares previas a un proceso arbitral *no cabe la posibilidad de una prórroga tácita* de la competencia territorial de los jueces que la dictaron, por lo que este argumento cae por su propio peso.

Entonces podemos concluir que, en materia de medidas cautelares previas al proceso arbitral, el territorio no es un elemento de la competencia judicial que el solicitante pueda no respetar, en espera de una posible *prórroga tácita* por parte del demandado. Los jueces entonces no podrán conocer válidamente de este pedido, salvo que exista un pacto expreso previo entre las partes, que así lo faculte. Como se advierte, la lógica en materia arbitral es inversa a aquella que opera en el ámbito judicial, esto es, *se presume la incompetencia judicial*, salvo disposición autoritativa de la norma o pacto expreso de las partes en este sentido. Lo contrario significaría que cualquier juez, de cualquier lugar del país, podría dictar válidamente medidas cautelares fuera del lugar del arbitraje, lo que resulta un absurdo y vulnera el derecho a un juez natural.

Ahora bien, ante la inexistencia de una disposición expresa en la LGA que determine la competencia territorial para el dictado de medidas cautelares previas al arbitraje, es pertinente precisar cuál sería el órgano jurisdiccional con aptitud para emitirlos válidamente. En nuestra opinión, debemos hacer un análisis sistemático e integral de las normas que regulan la interrelación con el Poder Judicial, como es el caso de la intervención complementaria⁽⁴⁵⁾. Así, el artículo 82 de la LGA ha

(45) “Artículo 82.- Medida cautelar estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación: “(...) la parte interesada podrá solicitar *al Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas*, que dicte las medidas conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo”. (El resaltado es del autor)

establecido una regla de competencia territorial para el caso específico en que se solicitan medidas cautelares judiciales, habiéndose dictado el laudo arbitral y éste está siendo materia de revisión judicial a través del recurso de anulación, determinando que serán competentes: i) los jueces de la sede del Tribunal Arbitral, o ii) los jueces del lugar donde la medida cautelar debe ejecutarse.

Ahora bien, no existe ninguna razón –distinta a un mero vacío normativo– para que esta regla no pueda ser aplicada a las medidas cautelares previas al inicio del proceso arbitral, por lo que consideramos que, en este supuesto también, el solicitante tendrá sólo dichas dos (02) opciones de competencia territorial, entre las cuales podrá elegir válidamente.

Cabe señalar que a efectos de evitar esta situación de indefinición sobre qué juez es territorialmente competente para dictar medidas cautelares previas al arbitraje, el D. Leg. N° 1071, ha determinado: “Artículo 8. - (...) 2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil *del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir eficacia*. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable”.

Con lo cual, se ha eliminado el supuesto de competencia territorial, de acuerdo a la sede del Tribunal Arbitral, manteniendo aquél referido a la ejecución y eficacia de la medida.

Impugnación: *¿Corresponde interponer apelación contra una medida cautelar judicial dictada previa al arbitraje?*

Al respecto debemos tener en cuenta un aspecto clave que distingue una medida cautelar judicial, de una arbitral. Mientras la primera se dicta *in audita pars*, la segunda requiere –en principio– que se otorgue al posible afectado el derecho de contradictorio. Por otro lado, mientras la primera (judicial) es apelable, la segunda (arbitral) en la regulación de la LGA es inimpugnable, mientras que bajo la vigencia del D. Leg. N° 1071, sería recurrible en reconsideración, sin que se exija la ejecución previa por el afectado. Entonces, surgen las preguntas: ¿Una vez dictada la medida cautelar por el Poder Judicial, debe ser

apelada ante el órgano jurisdiccional? y ¿esta impugnación requiere ejecución previa?

En nuestra opinión, en tanto el Tribunal Arbitral no esté instalado, corresponde que la resolución judicial que ordena la medida cautelar, sea apelada, esto en el ánimo de poder obtener su revocación antes que exista un órgano arbitral competente para pronunciarse al respecto. Ahora bien, atendiendo a que la actuación del Poder Judicial en este caso, se rige por las disposiciones del Código Procesal Civil, la procedencia de la impugnación exigirá que el mandato arbitral haya sido cumplido por el futuro demandado y afectado con la medida.

No obstante, si para el momento de impugnar el mandato cautelar, o mientras se encuentra en trámite el procedimiento de impugnación, ya existe un Tribunal Arbitral instalado, lo que correspondería lógicamente sería que éste asuma competencia para pronunciarse al respecto, toda vez que la competencia del Poder Judicial habría quedado sustraída, una vez instalado el órgano arbitral.

En la práctica han habido pronunciamientos jurisdiccionales que determinan que para que el Tribunal Arbitral se pronuncie, es necesario que no se encuentre pendiente de resolver la apelación ante el Poder Judicial, por ello lo que ocurre en la práctica, es que la parte interesada se desiste de su recurso, y luego recurre al Tribunal Arbitral a solicitar el levantamiento de la medida, invocando su carácter variable e instrumental.

Debe quedar claramente establecido, que nada obsta a que los árbitros puedan dejar sin efecto decisiones cautelares dictadas por el Poder Judicial, una vez que ellos adquirieron competencia para pronunciarse sobre la controversia sometida a su decisión⁽⁴⁶⁾.

Así, el inciso 5 del artículo 47 del D. Leg. N° 1071, ha señalado: “Constituido el Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir al tribunal la remisión del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada,

⁽⁴⁶⁾ Así lo dispone, por ejemplo, el artículo 53 del SNCA-CONSUCODE: “El Tribunal Arbitral está autorizado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que hayan sido dictadas, así como las medidas cautelares que hayan sido dictadas por la autoridad judicial antes del inicio del proceso arbitral (...)”.

bajo responsabilidad a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, *no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada*. En este último caso, el tribunal tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar”. (El resaltado es del autor)

Con lo cual, a partir de septiembre de 2008 y para todos los procesos arbitrales que se inicien bajo la vigencia del referido Decreto Legislativo, es claro que la autoridad judicial, dejará de tener competencia para pronunciarse, incluso respecto de la impugnación de las medidas cautelares dictadas por ella, de manera previa a la instalación del Tribunal Arbitral, pues esta aptitud para pronunciarse válidamente ha sido adquirida por el órgano arbitral.

3. CONCLUSIONES

Nuestra posición respecto de las medidas cautelares en materia arbitral, se podría sintetizar en lo siguiente:

1. En el Perú, la procedencia de las medidas cautelares arbitrales, no requiere de un convenio arbitral que así lo establezca.

Las partes pueden acordar expresamente, recortar a los árbitros la potestad de dictar medidas cautelares, lo que no implica la afectación a un derecho fundamental, pues tienen abierta la posibilidad de solicitar esta tutela urgente en la vía judicial.

2. Las medidas cautelares arbitrales, tienen los mismos requisitos y básicamente las mismas características de aquellas dictadas en un proceso judicial, salvo por el carácter *in audita pars*.

De acuerdo a la LGA, y habiéndose establecido el carácter inimpugnable de las resoluciones que conceden las medidas cautelares, es indispensable –para que estemos frente a un acto válido– que se respete el derecho al contradictorio del demandado que a de soportar la medida cautelar, por lo que –salvo situaciones

de excepción que el solicitante de la medida deberá acreditar– es necesario que se confiera previo traslado.

Si excepcionalmente se concediera una medida cautelar sin contradictorio, será imprescindible que se admita la posibilidad de impugnarla.

El D. Leg. N° 1071, ha dispuesto tanto el traslado previo a la parte que soportará la medida cautelar, como su derecho a impugnarla, mediante recurso de reconsideración, sin que para ello sea necesario la ejecución previa de la medida.

3. Los árbitros están en aptitud de dictar medidas cautelares; sin embargo, para efectos de su ejecución, se deberán tener en consideración los siguientes supuestos:
 - 3.1. Cuando la ejecución de una medida cautelar implica sólo la notificación al demandado, los árbitros tienen competencia para ello, aun cuando el convenio arbitral no lo autorice expresamente. Lo mencionado es aplicable, tanto bajo las disposiciones de la LGA, como del D. Leg. N° 1071.
 - 3.2. Cuando la ejecución de una medida cautelar requiera de algún acto distinto a la notificación del propio demandado, pero no conlleve el uso de la fuerza, se debe tener en cuenta:
 - a) bajo la vigencia de la LGA, no existe una norma que autorice la ejecución, cuando ello implica actos que trascienden a las partes que celebraron el convenio arbitral, esto es, que deban ser realizados por terceros. En este caso, los terceros podrán ejecutar las medidas, pero se tratará de un acto voluntario, debiéndose recurrir a la intervención complementaria de la autoridad judicial, en caso de negativa; y b) bajo la vigencia del D. Leg. N° 1071, los árbitros sí tienen facultades de ejecución, por lo que podrán exigir la ejecución incluso a terceros, teniendo como límite el ejercicio de la fuerza, reservado al Estado.
 - 3.3. Cuando la ejecución de una medida cautelar requiera actos de *imperium*, no cabe la posibilidad de otorgar facultades

de ejecución a los árbitros; en este caso, el ejercicio de la fuerza pública compete exclusiva y excluyentemente al Poder Judicial, y será éste quien debe ejecutar la medida.

4. Al ejecutar una medida cautelar dictada por un Tribunal Arbitral, el Poder Judicial interviene de manera complementaria, y únicamente para prestar el auxilio del *imperium* necesario para ejecutar la decisión arbitral. En consecuencia, no requiere, conferir traslado previo a la otra parte, ni cabe la posibilidad de que aclare, interprete, o de trámite a algún tipo de impugnación al mandato cautelar.
5. En materia de medidas cautelares previas al proceso arbitral, el elemento territorial de la competencia judicial, no puede ser materia de prórroga tácita, por lo que deberán respetarse los criterios de competencia determinados –expresa o implícitamente– en las normas arbitrales.

Las reglas que regirán la competencia judicial en estos casos, serán las siguientes:

- 5.1. Para los arbitrajes regidos por la LGA, serán competentes:
a) el juez de la sede del Tribunal Arbitral; o b) el juez del lugar donde la medida cautelar debe ejecutarse.
- 5.2. Para los arbitrajes que se rijan por el D. Leg. N° 1071, serán competentes: a) el juez del lugar donde la medida cautelar deba ser ejecutada, o b) el juez del lugar donde las medidas deben producir eficacia.
6. Poder Judicial tendrá competencia para pronunciarse sobre la impugnación (vía recurso de apelación) de una medida cautelar, en tanto no exista un Tribunal Arbitral. Una vez que el órgano arbitral se haya instalado, lo que corresponde es que éste asuma competencia para resolver la impugnación formulada, ya que aquella que tuvo el Poder Judicial, habría sido sustraída del ámbito jurisdiccional.
7. El Poder Judicial no tiene competencia para dictar medidas cautelares, en tanto exista un Tribunal Arbitral instalado, y por ende, competente para ello, esto es, en tanto exista un proceso arbitral en trámite. La única excepción prevista al respecto, se encuentra referida al arbitraje internacional. ▲

Doctrina

Doctrina



 FAUSTINO CORDÓN MORENO (*)

Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la ley española (1)

SUMARIO: *1. Introducción: La función del árbitro. 2. La trascendencia de la imparcialidad. 3. La regulación de la imparcialidad del árbitro en la Ley española. 4. El control de la imparcialidad.*

1. INTRODUCCIÓN: LA FUNCIÓN DEL ÁRBITRO

En España la naturaleza de la función del árbitro ha sido claramente delimitada por el Tribunal Constitucional: “la función del árbitro no puede confundirse con la que es propia de un negociador; su cometido es el de dirimir los conflictos surgidos entre las partes, y dirimirlos, además, bien con arreglo a Derecho, bien en equidad, según los casos (...). Los árbitros “no defienden los intereses de cada parte, sino que, designados por éstas, sólo buscan la solución que –en Derecho o en equidad– mejor proceda al asunto litigioso, todo ello, claro está, desde la obligada imparcialidad que de todo sujeto dirimente ha de

(*) Socio fundador del Bufete Prof. Dr. Faustino Cordon. Doctorado en Derecho por la Universidad de Navarra, España.

(1) Abreviaturas: ATC (Auto del Tribunal Constitucional); AAP (auto de Audiencia Provincial); CE (Constitución española); LA (Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003); LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000); LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985); SAP (Sentencia de Audiencia Provincial); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); TC (Tribunal Constitucional); TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos).

predicarse y con la que entraría inevitablemente en pugna la concepción que del arbitraje se defiende en la demanda como una institución más próxima a la negociación de intereses encontrados que a la solución dirimente de conflictos” (ATC 41/1993, de 29 enero).

E insiste el ATC 326/1993, del 28 octubre: “A tenor de la Ley de 1988 (ahora de 2003), el árbitro que zanja una controversia mediante un laudo de derecho actúa en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*, pues el arbitraje es un *equivalente jurisdiccional*, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (SSTC 62/1991 y 288/1993). Su declaración de los derechos y obligaciones recíprocas de las partes de la controversia se encuentra revestida de *auctoritas*, por imperativo de la ley; y sólo carece del *imperium* necesario para ejecutar forzosamente su decisión, que la Ley vigente reserva a los Tribunales Civiles. Los órganos del Poder Judicial limitan su intervención a despachar la ejecución por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias firmes, salvo que anulen el laudo. Y dicha anulación sólo puede tener lugar en un recurso (ahora acción de anulación) específico, competencia de las Audiencias Provinciales, que se encuentra limitado a las causas tasadas que enumera la Ley. Simultáneamente, el artículo 10 de la Ley de 1988 impide a los Juzgados y Tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje. No es casual que las STC 231/1991 y 288/1993 hayan preservado la vertiente del artículo 24.1 CE, que asegura la inmutabilidad y ejecución de las resoluciones judiciales firmes, al conocer de la ejecución judicial forzosa de un laudo arbitral en el primer caso, y de su anulación en el segundo. Y la STC 43/1988, por su parte, sentó que el artículo 24. 1 CE, impide al tribunal judicial que controla la regularidad de un laudo en sede de recurso de nulidad interferir en el proceso arbitral”(2).

(2) Por todo ello, continúa el mismo autor, “el árbitro como tal no puede apersonarse y actuar como una parte más en los procesos que puedan desencadenarse con ocasión de su laudo. Es a los titulares de los derechos e intereses legítimos que se encuentran en litigio a quienes corresponde su defensa en los correspondientes cauces procesales, incluido en su caso el recurso de amparo en sede constitucional, si se viera afectado alguno de sus derechos fundamentales susceptibles de protecciones artículo 53.2 CE”.

2. LA TRASCENDENCIA DE LA IMPARCIALIDAD

De esta naturaleza cuasi jurisdiccional de la función que ejercen los árbitros⁽³⁾ deriva que les sea exigible la nota de imparcialidad, consustancial a la idea misma de juicio y desarrollada, a nivel jurisprudencial y doctrinal, sobre todo, en el ámbito de la función jurisdiccional.

En este ámbito, la imparcialidad se considera una garantía esencial. El TC, en abundantes sentencias (cfr., a título de ejemplo, la STC 38/2003, de 27 de febrero), ha dicho que “el art. 24.2 CE, acorde con lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente y alejado de los intereses de las partes en litigio”, de tal modo que la imparcialidad judicial constituye una garantía procesal que condiciona la existencia misma de la función jurisdiccional (por todas, STC 151/2000, de 12 de junio). Los Jueces, desde la posición de terceros que ocupan, deben ser ajenos tanto a los sujetos que intervienen en el litigio, sin inclinarse por ninguno de ellos, como al mismo objeto litigioso y, por tanto, deben carecer de interés alguno en que el litigio se resuelva a favor de cualquiera de los contendientes o de una u otra manera. La jurisprudencia del TEDH, que ha sido asumida por nuestro TC, ha precisado los contornos de la imparcialidad judicial. La imparcialidad, ha dicho en abundantes sentencias (cfr., por ejemplo, la STEDH de 28 de octubre de 1998, *Castillo*

⁽³⁾ El ATC (Sala 1) 259/1993, de 20 de junio, después de resaltar que los árbitros “no pueden ser calificados como Jueces en la acepción que a tal figura se adscribe en nuestra Ley Suprema y en las demás del ramo”, por “la diferente configuración del Juez titular de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que emana del pueblo (art. 117 CE), revestido por tanto de *imperium*, y del árbitro desprovisto de tal carisma o cualidad, cuyo mandato tiene su origen en la voluntad de los interesados, dentro de una concreta contienda o controversia”, dice: “La función que ejerce el árbitro es parajurisdiccional o cuasi jurisdiccional y en ese ‘casi’ está el quid de la cuestión. Efectivamente, la inexistencia de jurisdicción en sentido propio se traduce en la carencia de potestad o poder. El árbitro, que no nos puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad por estar reservada a los órganos judiciales (art. 163 CE), ni tampoco está legitimado para formular cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por no ser órgano jurisdiccional (art. 177 del Tratado; STJC 23 marzo 1982, caso Nordsee), necesita además del brazo secular del Juez para dotar de eficacia al laudo (...) porque sólo a los Jueces corresponde hacer ejecutar lo juzgado”.

de Algar contra España), consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del Juez, ciertos hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. En esta materia –continúa la sentencia– incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ello depende la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar a los justiciables. En esta línea la jurisprudencia ha distinguido dos perspectivas –subjetiva y objetiva–, desde las que se valorará si el Juez de un caso concreto puede ser considerado imparcial: “La perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquel que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva; sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan” (STC 162/1999, de 27 septiembre). Como dice la STC 154/2001, de 2 julio, mediante la exigencia de imparcialidad objetiva “se asegura que el Juez o Tribunal no ha tenido un contacto previo con el *thema decidendi* y, por tanto, que se acerca al objeto del mismo sin prevenciones en su ánimo”, en la medida en que ni ha sido instructor de la causa ni ha ejercitado en algún momento anterior la acusación, ni ha intervenido en otra instancia del proceso (cfr. STC 188/2001, de 10 julio)⁽⁴⁾.

(4) Con esta doctrina la imparcialidad adquiere una nueva dimensión. No se trata sólo que el Juez sea ajeno a los intereses de las partes en litigio y esté desinteresado del mismo, sino también que lo parezca, que su posición y su actuación no ofrezcan una apariencia razonable de parcialidad. Y ello es así porque “esta garantía de imparcialidad no está únicamente concebida a favor de las partes procesales, sino fundamentalmente a favor del interés público, por lo que también han de tomarse en cuenta los supuestos en que pueda existir una sospecha razonable de parcialidad” (STS, Sala 2ª, de 27 febrero 2001, antes citada). La imparcialidad judicial, así entendida, “trasciende el límite meramente subjetivo de las partes para erigirse en una auténtica garantía previa del proceso y, por ello, puede poner en juego nada menos que la *auctoritas* o prestigio de los Tribunales

También quienes someten sus controversias a un arbitraje “tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (...) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (...), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos” (STC 9/2005, de 7 de enero), siquiera su trascendencia sea diferente, como veremos, porque –dice la misma sentencia–: “Esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados– concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados”; dicho con otras palabras, no se protegen a través del recurso de amparo constitucional, como sucede cuando se trata de la imparcialidad judicial⁽⁵⁾.

Con claridad fundamenta la traslación de esta exigencia de la imparcialidad al ámbito del arbitraje el AAP Madrid, Sección 14, de 29 julio 2005 (JUR 2005/210775): “Somos conscientes que las exigencias del derecho al Juez imparcial predeterminado por la Ley no pueden imponerse exacta y milimétricamente a los árbitros y a las instituciones arbitrales; en el derecho al Juez imparcial predeterminado por la ley existe una serie de connotaciones derivadas de los límites del poder político y del mantenimiento de las garantías esenciales del ciudadano,

que, en una sociedad democrática, descansa sobre la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia (sentencias del TEDH de 1 octubre 1982 –caso Piersack– y 26 de octubre 1984 –caso De Cubber–). Esa fe no es sino el reflejo de la imagen institucional en el pueblo a la cual sirve y, también por ello, incluso las apariencias pueden revestir importancia (sentencia del TEDH de 26 octubre 1984 –caso De Cubber–), en virtud del adagio anglosajón según el cual “no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace” (sentencia del TEDH de 17 enero 1970 –caso Delcourt–). En definitiva, ha de quedar descalificado como Juez todo aquél de quien pueda dudarse de su imparcialidad, debiendo abstenerse y pudiendo ser recusado (sentencias del TEDH de 26 octubre 1984 –asunto De Cubber– y 24 mayo 1989 –asunto Hauschildt–)” (STC 142/1997, de 15 septiembre).

⁽⁵⁾ La jurisprudencia constitucional española, a partir de la STC 145/1988, de 12 de julio, viene considerando, no obstante algunas vacilaciones, que el derecho a un juez imparcial forma parte del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE (cfr. STC 138/1991, de 20 de junio); siendo, por tanto, susceptible de amparo constitucional.

que no concurren en los sucedáneos de la justicia pública. No obstante, si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es la exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes en el conflicto. En los diversos sistemas de designación de árbitros siempre hay un componente importantísimo de imparcialidad: se buscan árbitros de común acuerdo, se encomienda a un extraño el nombramiento del tercer árbitro que equilibre la composición del colegio arbitral cuando cada parte haya elegido uno, se confía el arbitraje a institución ajena al interés de las partes en la confianza de su imparcialidad, se fuerza la intervención de la autoridad judicial que los insacula, o se toma otra medida para preservar al órgano decisorio del conflicto de las influencias de uno de los intereses en juego⁽⁶⁾.

(6) La misma sentencia resuelve un supuesto de vulneración de la imparcialidad objetiva en el ámbito del arbitraje: “(...) conocemos que los contratos están redactados, siguiendo un mismo modelo, por AEADE, que incluso llegó a incluir su anagrama en los mismos y, tras visitar la página Web de la citada asociación, hemos comprobado que en el apartado reservado a la actividad de telefonía móvil se dice: “AEADE a petición de las empresas del sector, ha diseñado unos bloques de contratos entre distribuidor y cliente, que vinculan a ambas partes (...)”. La consecuencia de esa afirmación es clara; no existe la imparcialidad objetiva necesaria para la buena llevanza del proceso arbitral. La asociación prepara los contratos para las empresas del sector a instancia de esas mismas empresas; lo hace bajo la fórmula de contratos de adhesión con efecto obligatorio para todos los contratantes, sin posibilidad alguna de discusión, ni siquiera de proposición de otro modelo distinto de contrato y de cláusula arbitral; se erige como única institución competente para arbitrar el conflicto, sin dar lugar a que pueda existir otra; elige y nombra a los árbitros, y ejecuta el laudo. Dicho de otro modo; la asociación administradora del arbitraje juzga a través de sus árbitros contratos que ella misma ha confeccionado a instancia de sus clientes mas poderosos (...). Es fácilmente adivinable la crítica que merecería el Poder Judicial si asesorase previamente a un litigante en materia que luego se sometiera al conocimiento de los jueces, preparase los modelos de contratos y demás actos jurídicos que se hubieran de someter a litigio, y pudiese nombrar libremente para cada caso los Jueces que hubieran de decidir sobre aquellas materias y sobre esos actos; habíamos retrocedido muchos siglos en la defensa de las garantías ciudadanas. Es mas, llegados a este punto la duda aumenta geoméricamente: nos preguntamos quien ha sido el autor de los modelos de contrato, y si esa persona se encuentra en el círculo de los posibles árbitros designables por la institución arbitral. En definitiva, creemos que la asociación a la que se sometieron las partes no goza de la imparcialidad objetiva suficiente como para administrarlo”.

3. LA REGULACIÓN DE LA IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO EN LA LEY ESPAÑOLA

De esta trascendencia que tiene la imparcialidad también en el arbitraje se ha hecho eco el legislador y, en el momento actual, prácticamente todas las regulaciones positivas contienen normas dirigidas a asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros, como garantía de una solución justa del conflicto ante ellos planteado.

En el ordenamiento jurídico español el artículo 17.1 LA, establece el deber del árbitro de “(...) permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial (...)”; no pudiendo “(...) mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”. Para garantizar este deber, el artículo 17.2 LA, requiere a la persona que se proponga como árbitro “(...) revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia (...)”; y “(...) en cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes (...)”. Y en el caso de que concurren en ellos esas “circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia (...)”, deberán abstenerse y, si no lo hacen, podrán ser recusados (artículo 17.3).

Esta regulación del deber de imparcialidad y de sus garantías innova la contenida en la Ley de Arbitraje anterior (de 1988)⁽⁷⁾ se inspira

(7) Disponía su art. 12.3 que “no podrán actuar como árbitros quienes tengan con las partes o con la controversia que se les somete alguna de las relaciones que establecen la posibilidad de abstención y recusación de un Juez”. Las personas designadas como tales estaban obligadas a poner de manifiesto las circunstancias que podían determinar su recusación tan pronto como las conocieran (art. 17.1) y, si no lo hacían, podrán ser recusados *por las mismas causas que los Jueces* (artículo 17.1, que contenía una remisión al artículo 219 LOPJ), siempre que las mismas fueran aplicables objetivamente (era imposible la aplicación; por ejemplo, de la causa décima: “haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”); aunque sólo “por causas que hayan sobrevenido después de su designación” o por causas anteriores cuando no hubiesen sido nombrados directamente por las partes o cuando tales causas fuesen conocidas con posterioridad (art. 17.2). Disponía la Ley (artículo 18) que si el árbitro recusado aceptaba la recusación será apartado de sus funciones, procediéndose al nombramiento de otro en la forma prevista para las sustituciones; si no la aceptaba, el interesado podía, en su caso, hacer valer la recusación al solicitar la anulación del laudo.

(o copia; por ejemplo, lo que al deber de revelación se refiere) en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (artículo 12) y sigue los pasos de los países más avanzados de nuestro entorno⁽⁸⁾. La misma orientación siguen también los reglamentos de las instituciones arbitrales más prestigiosas, algunos de los cuales van más allá en la adopción de medidas para reforzar esta garantía de la imparcialidad; por ejemplo, imponiendo al árbitro no sólo el deber de revelar las circunstancias que puedan menoscabar su imparcialidad, sino también el compromiso por escrito, agravando de esta forma su responsabilidad que, en mi opinión, será exigible directamente al árbitro y a la institución en el caso de ser posteriormente recusado. En tal sentido: el Reglamento de la Corte Arbitral de la CCI⁽⁹⁾, en cuyo seno habrá que cuestionar la aplicación de la exclusión de responsabilidad prevista en su artículo 34 al árbitro recusado; el Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI)⁽¹⁰⁾; o el Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (*London Court of International Arbitration*)⁽¹¹⁾. Y, en fin, a

(8) Así, los ordenamientos franceses (artículo 1452 del Código de Procedimiento Civil), suizo (artículo 180 de la Ley de Derecho Internacional Privado) o inglés (*Arbitration Act* de 1996), consignan la obligación de los árbitros de actuar con imparcialidad.

(9) Artículo 7: “1. Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje. 2. Antes de su nombramiento o confirmación, la persona propuesta como árbitro debe suscribir una declaración de independencia y dar a conocer por escrito a la Secretaría cualesquiera hechos o circunstancias susceptibles, desde el punto de vista de las partes, de poner en duda su independencia. La Secretaría deberá comunicar por escrito dicha información a las partes y fijar un plazo para que éstas manifiesten sus comentarios”.

(10) Artículo 14: “Las personas designadas para figurar en las listas deben gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas, e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en las listas de árbitros”. Con el objeto de que se dé cumplimiento a esta norma, las reglas de arbitraje del CIADI exigen que los árbitros firmen una declaración en la cual se establece que no existe “razón alguna para que no deba servir en el Tribunal de Arbitraje”.

(11) Señala en su artículo 5.2 que: “Todos los árbitros que instruyan un arbitraje al amparo de este Reglamento serán y se mantendrán en todo momento imparciales e independientes de las partes, absteniéndose de actuar como abogados de éstas. Ningún árbitro, antes o

esta sensibilidad que existe sobre estos principios responden los Códigos de Ética tanto de la *International Bar Association* (IBA) como de la *American Arbitration Association* (AAA), que recogen un conjunto de normas que no tienen eficacia normativa vinculante, pero que han sido incorporados por algunas instituciones arbitrales⁽¹²⁾.

4. EL CONTROL DE LA IMPARCIALIDAD

Expuesta brevemente la trascendencia de la imparcialidad del árbitro y su regulación en la Ley de Arbitraje española, resta analizar su tratamiento procesal o, si se prefiere, los cauces previstos para su control. Con la necesaria brevedad paso a exponer algunas cuestiones que suscitan la regulación legal:

A) En la Ley de Arbitraje vigente, como dice su Exposición de Motivos, “se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados (contenido en la Ley de 1988), por considerar que no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general”⁽¹³⁾. El legislador,

después de su nombramiento, informará a las partes del fondo de la controversia o de su eventual resultado”; por su parte, el artículo 5.3. agrega: “Antes del nombramiento por la Corte de la LCIA, cada árbitro remitirá al secretario un resumen escrito de su actividad profesional pasada y presente; aceptará por escrito los honorarios previstos en el arancel; y firmará una declaración en el sentido que no existen a su conocimiento circunstancias susceptibles de producir dudas razonables sobre su imparcialidad o independencia, distintas a las ya reveladas por el árbitro en su declaración. Asimismo, cada árbitro asumirá el compromiso permanente de revelar a la Corte de la LCIA, a los demás miembros del Tribunal Arbitral y a todas las partes cualquiera otras circunstancias similares sobrevenidas con posterioridad ya efectuada y antes de la conclusión del arbitraje”.

(12) Por ejemplo, el Código de Ética del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio (CEMARC), cuyo artículo 9 dispone: “Será de aplicación subsidiaria a lo aquí dispuesto la Guía de Conflictos de Interés de la *International Bar Association* (*IBA Guidelines on Conflict of Interest*). Toda cuestión indecisa se resolverá en favor del conocimiento por las partes y por el CEMARC de cualquier circunstancia que pudiera suscitar razonables dudas sobre la imparcialidad de los árbitros”.

(13) En el ámbito judicial la trascendencia de la imparcialidad se garantiza con la previsión legal de un elenco de causas de abstención o recusación, previstas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), que incluyen situaciones de diversa índole que tienen en común la capacidad para generar, conforme a las reglas de la experiencia,

pues, se aparta de un sistema que, velando sin duda por la seguridad jurídica, perseguía evitar arbitrarias o precipitadas abstenciones y abusivas o interesadas recusaciones, y ha optado por encomendar al buen criterio del árbitro la determinación de los motivos por lo que debe abstenerse de conocer a la discreción del justiciable la facultad de apreciar las causas por las que puede ser recusado.

La modificación del sistema es, conforme con la tendencia, cada vez más acusada, a separar el arbitraje de la jurisdicción y responde al criterio prácticamente generalizado en el Derecho comparado. Pero me parece que no se puede desconocer que la imparcialidad y la independencia tienen una dimensión objetiva consustancial a la idea de juzgar y decidir, por lo que no es fácil imaginar un contenido de ambos principios que sea diferente en el arbitraje.

Si ello es así, los reglamentos de las instituciones arbitrales (y los propios convenios arbitrales en los arbitrajes *ad hoc*) podrán introducir medidas eficaces de carácter preventivo (por ejemplo, incorporando los Códigos Éticos o las circunstancias atentatorias contra la imparcialidad recogidas en las guías de conflictos de intereses a que antes hacía referencia), pero no se podrá evitar que las causas de recusación legalmente previstas para jueces y magistrados (siempre que sean objetivamente aplicables, porque no todas lo son), y su interpretación jurisprudencial, por ofrecer criterios seguros, sirvan como fuente inspiradora a los propios árbitros y a los tribunales cuando deban decidir los casos dudosos. Dicho con otras palabras, me parece que con el sistema anterior de remisión a las causas de recusación previstas para jueces y magistrados en

influencia sobre el sentido de una decisión en el ánimo de un hombre normal, por lo que ha de colegirse que también incidirán en el ánimo de un Juez, generando una relevante dificultad para resolver con serenidad, objetividad, ponderación y total desapasionamiento, así como desinterés por cualquiera de las partes, la cuestión litigiosa que se le somete. Estas causas legales se fundamentan en “parámetros objetivos que determinan al legislador a considerar que en estos supuestos concurre razonablemente una apariencia de parcialidad. Lo relevante es que objetivamente concurra una causa legal de pérdida de imparcialidad, aunque subjetivamente el Juez estuviese plenamente capacitado para resolver imparcialmente. Dado que esa condición subjetiva no puede conocerse con certeza, el legislador, la objetiva, estimando que la concurrencia de la causa legal debe provocar, como consecuencia necesaria, la abstención o, en su defecto, recusación”.

la LOPJ (y a su interpretación jurisprudencial), se habrían podido alcanzar los mismos resultados que con el que ahora prevé la Ley de cláusula general y abierta y, además, con una mayor seguridad; porque la interpretación que ha realizado la jurisprudencia española de las causas de abstención y recusación es flexible y abierta, de forma que, mediante su utilización, sea posible alcanzar las finalidades que les son propias en orden a la consecución de un juez realmente imparcial por una parte, y a la ausencia de motivos razonables para desconfiar de su imparcialidad por otra. Por lo que, además, no se puede desconocer que la razonabilidad de los motivos en los que pueda fundarse una sospecha de imparcialidad debe ser siempre atentamente examinada, estén o no previstos legalmente tales motivos como causa de recusación, porque si bien es cierto que la confianza en la imparcialidad es un requisito imprescindible en la Administración de Justicia de toda sociedad democrática, no lo es menos que la posible desconfianza, para que sea capaz de apartar a un juez del conocimiento de un asunto que le esté legalmente atribuido, tiene que nacer de datos objetivos racionalmente interpretados y no ser fruto de conjeturas.

B) Como ocurre en el ámbito judicial, en el arbitraje el incidente de recusación es el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión. Las partes, dice el artículo 18.1, podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. En su defecto, la parte interesada expondrá por escrito los motivos de recusación y si el árbitro recusado no renuncia a su cargo o la otra parte no acepta la recusación, corresponderá a los propios árbitros decidir sobre ésta (artículo 18.2).

La ley no establece más normas sobre el procedimiento de la recusación. Sin embargo, la operatividad del sistema obliga a entender aplicable el artículo 223 de la LOPJ que obliga a proponer la recusación tan luego como se tenga noticia de la causa en que se funde y, si fuese anterior al pleito (en nuestro caso, al inicio del arbitraje) en el mismo momento de iniciarse éste (cfr. SAP Barcelona, Sección 14, de 9 diciembre 2003, JUR 2004/51304).

En cualquier caso, la consecuencia fundamental que ahora quiero resaltar es que, en los supuestos de árbitro único, o de recusación de

todos los integrantes de un colegio arbitral, son los propios recusados los que deben decidir. Este resultado (llamativo) se ha pretendido corregir, en los casos de arbitraje institucional, por los reglamentos de algunas Cortes arbitrales, que atribuyen a la propia institución la decisión de los incidentes de recusación, en todo caso o sólo en los supuestos de árbitro único. Así, el Reglamento del Tribunal Arbitral de Barcelona atribuye la decisión en todo caso a la propia institución⁽¹⁴⁾; y una norma semejante se contiene en el artículo 11.3 del Reglamento de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁽¹⁵⁾. En el caso de la Corte de Arbitraje de Madrid la decisión sobre la recusación se ha dejado a los árbitros si son varios y a la institución arbitral en caso de árbitro único⁽¹⁶⁾. Otras Cortes, en fin, han optado por seguir la norma legal y dejar la decisión siempre en manos de los árbitros⁽¹⁷⁾.

En mi opinión, la asunción de esta competencia por los Reglamentos de las instituciones arbitrales es más que discutible. Entiendo que la norma del artículo 18 LA es dispositiva sólo en lo que se refiere al

(14) Dice su artículo 13.3: “Una vez recibida por el TAB la aceptación del árbitro, el Tribunal la comunicará a las partes, quienes podrán hacer valer la recusación dentro de los seis días siguientes a la citada notificación. El TAB decidirá sobre la recusación, sin que esto interrumpa las actuaciones”.

(15) “La Corte se pronunciará sobre la admisión, y al propio tiempo, si ha lugar, sobre el buen fondo de la demanda de recusación, después que el Secretariado haya instado al árbitro respectivo, a las demás partes y a cualquier otro miembro del tribunal si existe, a presentar sus observaciones por escrito en el plazo conveniente. Estas observaciones se comunicarán a las partes y a los árbitros”. Previamente el artículo 7.4 había dispuesto: “La Corte proveerá sin recurso sobre el nombramiento, la confirmación, la recusación o la sustitución de un árbitro. No serán comunicados los motivos de esta decisión”.

(16) Artículo 25.1: “Cuando un árbitro haya sido recusado por una parte, la otra parte podrá aceptar la recusación. El árbitro también podrá después de la recusación renunciar al cargo. En ninguno de ambos casos se entenderá que esto implica aceptación de la validez de las razones en que se funda la recusación. En ambos casos el árbitro recusado será apartado de sus funciones procediéndose al nombramiento de otro en la forma prevista para las sustituciones.

2. Si la otra parte no acepta la recusación y el árbitro recusado no renuncia, la decisión respecto de la recusación será tomada por el Colegio Arbitral, o, en los casos de árbitro único, por la Corte de Arbitraje de Madrid”.

(17) Es el caso de la Corte Española de Arbitraje, que en el artículo 16.1 de su Reglamento se limita a copiar el artículo 18.2 de la Ley.

procedimiento de la recusación y, en este sentido, faculta a las partes –y a los Reglamentos de las instituciones arbitrales– a regular el que consideren más adecuado; pero es discutible que la naturaleza dispositiva (y, por lo tanto, la posibilidad de que sea sustituida por la voluntad de las partes) se extienda también a la persona que debe decidir sobre la recusación, de forma que la competencia pueda ser asumida por la propia institución arbitral. En cualquier caso, de admitirse, deberá prestarse audiencia al árbitro con el fin de darle la posibilidad de pronunciarse sobre la causa de recusación planteada, siendo vinculante su decisión para la institución en el caso de que reconsidere su decisión de no abstenerse.

Si no prosperase la recusación, la parte interesada podrá hacerla valer de nuevo al impugnar (ejercitar la acción de anulación) el laudo (artículo 18.3 LA), es decir, podrá someter la cuestión de la imparcialidad del árbitro a la decisión judicial⁽¹⁸⁾. La LA se aparta en este punto del criterio de la Ley Modelo (cfr. su artículo 13.3) y no prevé, como ésta, la posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión que desestima la recusación, que “tendría, sin duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad” (cfr. Exposición de Motivos de la Ley). El legislador se ha basado en el principio de normalidad porque no cabe duda de que serán menos frecuentes en la práctica los supuestos en que se estime la acción de nulidad por haber sido desestimada indebidamente una causa de recusación que aquellos otros en que el recurso directo ante la autoridad judicial tenga una finalidad exclusivamente dilatoria del procedimiento. Pero el obstáculo subrayado por la Exposición de Motivos (la utilización dilatoria de la facultad) se hubiera podido salvar estableciendo, como lo hace la Ley Modelo, que “mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo”⁽¹⁹⁾.

(18) Esta posibilidad, en cambio, está excluida en el Reglamento de la CCI: “La Corte proveerá *sin recurso* sobre el nombramiento, la confirmación, *la recusación* o la sustitución de un árbitro. No serán comunicados los motivos de esta decisión”.

(19) Por lo demás, esta técnica es utilizada por la Ley de Arbitraje al prever la acción de anulación contra la decisión desestimatoria de excepciones adoptada con carácter previo (cfr. su artículo 22 inciso 3).

La recusación se podrá hacer valer como motivo único de la acción de anulación o acumulado a cualquiera de los previstos en el artículo 41 de la LA. Es cierto que esta Ley (tampoco la Ley Modelo) no prevé específicamente como motivo de impugnación la concurrencia de causas que pueden hacer dudar de la imparcialidad de los árbitros. Sin embargo, el mismo puede considerarse incluido bien en el previsto en el artículo 41.1, d), consistente en que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes o, a falta de dicho acuerdo, a la Ley (cfr., por ejemplo, SAP Barcelona, Sección 14, 9 diciembre 2003, JUR 2004/51304), bien en ser el laudo contrario al orden público, por estar éste conformado por las garantías constitucionales del artículo 24 CE y ser la imparcialidad una de ellas (cfr. AAP Madrid, Sección 14, de 29 julio 2005, JUR 2005/210775). En cualquier caso, parece que el ejercicio de la acción de anulación exige haber intentado previamente el incidente de recusación (cfr. AAP Madrid, Sección 18, de 9 de abril de 2007, JUR 2007/212.739).

C) En el ámbito judicial la imparcialidad se considera una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma: “Sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional”, ha dicho la STC 60/1995, de 16 de marzo. Y, como ya he dicho, es abundante la jurisprudencia del TC que incluye el derecho a un juez imparcial dentro del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, por lo que su vulneración es susceptible de fundamentar un recurso de amparo constitucional⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ Previo agotamiento del incidente de recusación. Ha dicho la STC 231/2002, de 9 de diciembre, “la recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es normalmente un remedio procesal idóneo para evitar la consumación de la lesión del derecho fundamental a un Juez imparcial. Consecuentemente, cuando es posible formularla por conocerse la composición del órgano judicial y la concurrencia de la eventual causa de recusación con carácter previo al enjuiciamiento, es exigible plantearla para entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión antes de demandar el amparo constitucional. Siempre en línea de principio, ello no implica transformar el incidente de recusación en un requisito procesal insoslayable para la interposición del recurso de amparo, dotándolo de una relevancia constitucional de la que de suyo carece. Antes al contrario, lo que importa desde la perspectiva de la naturaleza subsidiaria del amparo, que se refleja en el artículo 44.1 a) en relación con el artículo 44.1 b) LOTC, es que se haya dado a los órganos judiciales la oportunidad de reparar la lesión cometida y restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho fundamental

No ocurre lo mismo en el arbitraje. Ciertamente el TC ha equiparado el arbitraje a “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada” (STC 288/1993, de 4 de octubre). Sin embargo, como ya vimos⁽²¹⁾, se ha preocupado de resaltar las diferencias entre el arbitraje y la actividad jurisdiccional, entre el laudo y la sentencia. Y en lo que ahora interesa considerar, ha resaltado; por ejemplo, en el ATC 701/1988, de 6 de junio: “Aunque pudiera admitirse con algún sector doctrinal que la actividad de los árbitros de derecho privado es una actividad propiamente jurisdiccional, en la medida en que produce efectos de cosa juzgada, de ello no deriva necesariamente su sumisión a preceptos constitucionales, especialmente en aquellos casos en que, por ser el arbitraje de equidad, las partes, en virtud del juego de la autonomía de la voluntad manifestada en el contrato de compromiso, se han autoexcluido no solamente de la actividad jurisdiccional de los órganos jurisdiccionales del Estado, sino de la vinculación al ordenamiento jurídico, sometiendo sus conflictos y litigios a decisiones de equidad”. En ella vuelve a insistir la STC 176/1996, de 11 de noviembre. Y con referencia expresa a esta última sentencia, recoge la misma doctrina la STC 13/1997, de 27 de enero: “Trasladar las garantías del artículo 24 CE con el mismo rango de derecho fundamental, al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del laudo es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción (...)”.

Ahora la STC 9/2005, de 17 de enero, viene a ratificar esta doctrina: se invocó en la demanda de amparo, entre otros motivos, el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de la Constitución y, en concreto, el derecho al juez imparcial que forma parte del contenido de aquél, que, a juicio de la recurrente, se habría vulnerado por la concurrencia de una causa de abstención y recusación en uno de los tres miembros del colegio arbitral. El Tribunal Constitucional dice: Sólo

que se dice vulnerado”. Aunque esta situación no se dará en el arbitraje, en el que siempre es conocida la composición del órgano arbitral.

(21) Ver la doctrina contenida en el ATC 259/1993, de 20 de junio, citado en la nota 2 de este trabajo.

pueden examinarse aquí (en sede constitucional) las vulneraciones alegadas en la demanda de amparo de diversas garantías del artículo 24 CE con respecto a la *sentencia de la Audiencia Provincial impugnada, pero no con respecto al laudo arbitral, que ha de quedar excluido del objeto de este proceso constitucional*". Y continúa: "Es indudable que quienes someten sus controversias a un arbitraje de equidad tienen un derecho subjetivo a la imparcialidad del árbitro (...) y a que no se les cause indefensión en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (...), derechos que derivan de la misma configuración legal del arbitraje como forma de heterocomposición de los conflictos entre ellos. Pero esos derechos tienen precisamente el carácter de derechos que se desenvuelven en el ámbito de la legalidad ordinaria y que se tutelan, en su caso, a través del recurso o acción de anulación que la regulación legal del arbitraje –por medio de motivos de impugnación tasados– concede a quienes consideren que aquéllos han sido vulnerados. Como ya se ha expuesto; sin embargo, la imparcialidad del árbitro y la prohibición de indefensión en el arbitraje no son garantías derivadas –con el carácter de derechos fundamentales– del artículo 24 CE, cuyas exigencias sólo rigen, en lo que atañe ahora a las concretas alegaciones que se están examinando, para el proceso –actuaciones jurisdiccionales– en el que se pretende la anulación del Laudo y para el órgano judicial que lo resuelve. Uno de los reproches relativos a la indefensión (...) y el que se refiere a la supuesta falta de imparcialidad de uno de los tres miembros del colegio arbitral se dirigen de forma directa a dicho colegio; pero no se proyectan, en absoluto, sobre el proceso judicial –con respecto al cual no se dice en la demanda de amparo que se limitara en forma alguna la posibilidad de alegar o probar–, ni sobre quienes integraban el órgano judicial que dictó la sentencia impugnada, cuya imparcialidad no se cuestiona. Por eso no puede aceptarse que la sentencia de la Audiencia Provincial haya vulnerado las dos garantías mencionadas del artículo 24 CE."

D) Cabe preguntarse, por último, si, a pesar de que no se haya solicitado la anulación del laudo por vulneración del principio de imparcialidad del árbitro, puede el juez competente para la ejecución, al amparo del artículo 551.1 LEC⁽²²⁾, analizar de oficio la validez o nulidad

(22) Dice este precepto: "Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el

del convenio arbitral y denegar el despacho de ejecución razonando que el convenio arbitral o el laudo puede ser nulo por falta de imparcialidad del árbitro designado.

Ha dicho la SAP Madrid (Sección 14^a) de 9 mayo 2005 (AC 2005/1233): “Tras realizar una primera aproximación a la materia, revisando las disposiciones específicas que contiene la Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003 y la Ley de Enjuiciamiento civil, entendemos que los tribunales, a pesar de no haber sido impugnado el laudo, no deben mostrar una actitud pasiva sino que existen cuestiones que no se pueden sustraer a su control, pues, en otro caso, no se explicaría que la Ley ordene que se deba acompañar a la demanda de ejecución el contrato arbitral (artículo 550 Ley de Enjuiciamiento civil), ni que el artículo 551 exija al juez antes de despachar la ejecución, sin excepción alguna en función de los títulos base de ejecución, examinar que concurren los presupuestos y requisitos procesales, que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título”.

La cuestión que se plantea es: si al amparo de tal doctrina, puede el juez denegar la ejecución, por considerar nulo el convenio arbitral o el laudo por falta de imparcialidad del árbitro. He dicho antes que, a mi juicio, tal circunstancia debe ser objeto del correspondiente motivo de anulación (AAP Madrid, Sección 18, de 9 de abril de 2007, JUR 2007/212.739) y previamente, del incidente de recusación. Sin embargo, en sentido contrario se pronuncia el AAP Madrid, Sección 14, de 29 julio 2005 (JUR 2005/210775): “Siendo nulo el laudo cuya ejecución se insta, por contrario al orden público (por falta de imparcialidad objetiva), procede confirmar el pronunciamiento que deniega la ejecución del laudo arbitral”. ▲

título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título”.

 JAMES A. GRAHAM (*)

La “falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México

SUMARIO: 1. *La firma no es un requisito de validez.* 1.1. *Derecho convencional.* 1.2. *Derecho común.* 2. *El no-firmante no es necesariamente un tercero al acuerdo arbitral.* 2.1. *Derecho francés.* 2.2. *Derecho americano.* 2.3. *Derecho mexicano.* 3. *Conclusión.*

Una de las problemáticas jurídicas complejas en materia de arbitraje es, la que unos llaman de manera errónea, la atracción de los terceros en los procedimientos arbitrales o de la extensión de la cláusula arbitral a partes terceras al contrato de base objeto de la controversia. Sin embargo, esa facilidad de lenguaje no refleja la esencia misma de la problemática, porque no cabe duda que un tercero a un acuerdo arbitral ¡Simplemente no puede ser atraído a un arbitraje! De lo que habla la doctrina es en realidad el problema de los no-firmantes de un acuerdo arbitral. En otras palabras, una parte que no ha firmado la cláusula compromisoria, ¿puede ser obligada a ir al arbitraje?

La pregunta general anterior a su vez implica dos otras preguntas especiales distintas. En primer lugar, ¿La firma es un requisito *ad validitem* en materia de acuerdos arbitrales? Si la respuesta es afirmativa, la ausencia de firma hace imposible demandar a un no-firmante. En

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de París I Pantheón-Sorbonne. Socio de *Lobo & Gram*. Presidente del Club de Arbitraje Internacional de Monterrey. Presidente de la Asociación Nacional de Abogados de Empresas, Capítulo Nuevo León.

segundo lugar, la ausencia de firma hace presumir que el no-firmante es tercero al contrato de base y consecuentemente al acuerdo arbitral. Y en este sentido, ¿aún es posible demandarle en la vía arbitral?

La que precede implica que si es posible demandar a un no-firmante en un procedimiento arbitral, tienen que verificarse dos condiciones: (1) que la firma del acuerdo arbitral no sea un requisito de fondo; (2) que el no-firmante no sea un tercero al acuerdo arbitral.

1. LA FIRMA NO ES UN REQUISITO DE VALIDEZ

No obstante que se pudiera opinar que la firma es una condición *sine que non* para el acuerdo arbitral, no cabe duda que en realidad ésta sólo constituye un medio probatorio. En efecto, debemos recordar que, en la materia, la regla es el consensualismo⁽¹⁾; el consentimiento puede expresarse sin ninguna formalidad, que sea bajo el amparo del derecho convencional, o en aplicación de las reglas del derecho común mexicano.

1.1. Derecho convencional

Según la interpretación predominante de la Convención de Nueva York, la firma sólo se requiere *ad probationem*. Como lo sostiene E. Gaillard, el artículo II del Convenio exige la firma sólo para los contratos escritos, mientras que la misma disposición prevé que el acuerdo arbitral puede también pactarse por telegrama o fax, medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una *copia* de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio, como testimonios por ejemplo⁽²⁾. Ahora bien, es verdad que un autor muy autorizado sostiene que el Convenio Neoyorkino se aplica únicamente a acuerdos firmados⁽³⁾. Sí es cierto que unos tribunales comparten

(1) Artículo 78 Ccom; LEÓN TOVAR, *Contratos mercantiles*, Oxford, 2004, p. 39.

(2) *Sphere Drake Insurance PLC v. Marine Towing Inc* (5th Cir. 1993), 9 *Int'l Arb. Rep.* 8 (1994); Suprema Corte de Hong Kong, *Jiangxi*, 6/4/1995, 10 *Int'l Arb. Rep.* 8 (1995).

(3) VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, p. 178.

tal punto de vista⁽⁴⁾; sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria establecen lo contrario⁽⁵⁾. En efecto, es menester recordar que es posible de anclar la validez del acuerdo arbitral en el derecho interno más favorable⁽⁶⁾ o en la ley aplicable más favorable determinada por la regla de conflicto del Estado de *exequatur*⁽⁷⁾ y pedir en el mismo tiempo la ejecución del laudo sobre las disposiciones convencionales. No hay que olvidar que la Convención de Nueva York no pretende establecer reglas uniformes, sino que tiene por objetivo liberalizar la circulación internacional de los laudos⁽⁸⁾. Las mismas observaciones se aplican *mutatis mutandis* a la Convención de Panamá cuyo contenido sustancial es una copia exacta de las disposiciones de la Convención de Nueva York.

1.2. Derecho común

Se sabe que las disposiciones mexicanas sobre arbitraje provienen de la incorporación de la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre Arbitraje internacional, cuyo artículo 7 en su versión original se refería a un acuerdo arbitral firmado. Sin embargo, la disposición había sido muy similar a la de la Convención de Nueva York, las mismas observaciones

(4) CA Halogaland, 16/8/99, *Stockholm Arbitration Report*, 1999.121; Tribunal de Primera Instancia de Dordrecht, *North American Soccer League Marketing, Inc. v. Admiral International Marketing and Trading BV & Frisol Eurosport BV*, 18/8/82, *Yearbook*, 1985, p. 490; Tribunal Supremo, *Delta Cereales España SL v. Barredo Hermanos S.A.*, 6/10/98, *Yearbook*, 2001, p. 854.

(5) Entre los numerosos casos que pudieran ser citados, es interesante mencionar el fallo *L'Aiglon SA v. Textil Uniao* de la Suprema Corte brasileña –en especial si uno recuerda la posición restrictiva que tuvo Brasil durante tantos años–, estableciendo que ni la Convención de Nueva York ni la ley brasileña requieren la firma del acuerdo arbitral como condición de validez (Nº Sec. 856, 18/5/05).

(6) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité d'arbitrage commercial international*, dans: *Económica*, Nº 271, 1996, París; Alemania: OLG Hamm, 2/11/1983, *Yearbook*, 1989, p. 629; BGH, 26/3/1987, *Yearbook*, 1988, p. 471; Francia: Civ¹, *Bomar Oil*, 11/10/1989, *JDI*, 1990, p. 633, Loquin; Suiza: TFS, *Denysiana SA c. Jassica SA*, 14/3/1984, *Bull. ASA*, 1984, p. 206.

(7) BGH, 21/9/05, *SchiedsVZ*, 2005, p. 306. GRAHAM, *Guía práctica para la ejecución*, p. 44.

(8) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité d'arbitrage commercial International*, cit., Nº 271.

pueden hacerse, a saber que el artículo 7 de la Ley Modelo exigió la firma sólo para los contratos escritos, mientras que la misma disposición previó que el acuerdo arbitral puede también pactarse por telegrama o fax, medios que obviamente no permiten que un acuerdo arbitral pueda ser firmado en el sentido legal, sino que únicamente pueden contener una *copia* de la firma. Consecuentemente, en ausencia de una firma, la existencia de la cláusula compromisoria puede ser comprobada por cualquier otro medio como testimonios, por ejemplo⁽⁹⁾. Y el hecho que la nueva versión del artículo 7 ya no se refiera a la firma del acuerdo arbitral refuerza nuestro punto de vista⁽¹⁰⁾.

La adopción de la Ley Modelo por México también implica que esa tiene que ser interpretada a la luz de la jurisprudencia internacional como lo estableció un tribunal colegiado⁽¹¹⁾. En este sentido, la interpretación predominante de la Ley modelo establece que lo que importa no es tanto la presencia de una firma, sino la prueba que la parte requerida al arbitraje emitió su consentimiento a la participación en tal procedimiento⁽¹²⁾. Y es así que lo entendió también el Primer Circuito que estableció lo que sigue:

“ARBITRAJE. DEBE CONSTAR DE MANERA EXPRESA E INDUBITABLE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CELEBRARLO. La interpretación sistemática de los artículos 78, 1416, fracción I y 1423 del Código de Comercio permite colegir que *la voluntad de las partes constituye la piedra angular de las convenciones mercanti-*

(9) GRAHAM, James A., *et. al. Guía práctica para el arbitraje internacional*, Ed. Lazcano Garza, México, 2005, p. 18.

(10) Artículo 7.3: “Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

(11) Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión. RC 14/2005. ADT Security Services. 19/5/2005.

(12) Por ejemplo: High Court of Hong Kong, *William Company v. Chu Kong Agency Co. Ltd. and Guangzhou Ocean Shipping Company*, 17/2/93, *Hong Kong Law Digest*, B7; High Court of Hong Kong, *Oonc Lines Limited v. Sino-American Trade Advancement Co. Ltd.*, 2/2/94, no publicado; Saskatchewan Court of Queen’s Bench, *Schiff Food Products Inc. v. Naber Seed & Grain Co. Ltd.*, 1/10/96, 149 *Sask. R.* 54.

les, entre las que se encuentra el acuerdo de arbitraje, el que se produce cuando las partes deciden, es decir, expresan su voluntad de someter todas o ciertas controversias al arbitraje, pero ese acuerdo debe constar por escrito, pudiendo hacerse referencias entre contratos en relación con una cláusula compromisoria aunque, en tal supuesto, además de la exigencia de la forma escrita, es menester que se comprenda, como parte integral del contrato, a la mencionada cláusula, ya que la manifestación clara y terminante de las partes de solucionar sus diferencias mediante arbitraje, es la que da sentido a todo el procedimiento posterior, llegando el arbitraje a donde las partes quisieron, nada más. Así, es factible que las partes sustituyan una cláusula jurisdiccional establecida en un acuerdo de voluntades inicial por una cláusula compromisoria, a través de un convenio posterior, ad hoc o general, y también es posible que incluyan en esa nueva cláusula de arbitraje a las cuestiones pactadas en el convenio primigenio, sin embargo, ello debe constar de manera expresa e indubitable, es decir, revelando la voluntad de las partes, ya que de no ser así, debe entenderse que el ánimo volitivo posterior no fue someter al arbitraje las diferencias relacionadas con ese convenio previo”⁽¹³⁾.

En resumen, no cabe duda que en el derecho mexicano la firma del acuerdo arbitral es *ad probationem* y no *ad validitem* y que consecuentemente, bajo este punto de vista, no existe obstáculo para atraer a un no-firmante de la cláusula compromisoria a un procedimiento arbitral.

Ahora bien, lo que queda es la verdadera pregunta que consiste en si un tercero, lo que se presume porque no ha firmado el acuerdo arbitral, puede ser atraído a un procedimiento arbitral. La base del tema que nos ocupa es la teoría civilista de la extensión de la responsabilidad contractual a los *penitus extranei*, en realidad *falsos* terceros, como lo veremos en el siguiente punto.

(13) Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo en revisión 442/2004. Conproca, S.A. de C.V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

2. EL NO-FIRMANTE NO ES NECESARIAMENTE UN TERCERO AL ACUERDO ARBITRAL

En este sentido es menester presentar la teoría y la jurisprudencia de los dos países predominantes en materia de arbitraje a saber: Francia (2.1) y Estados Unidos (2.2), para en final de cuenta ver cuáles pudieran ser las soluciones en el derecho mexicano (2.3).

2.1. Derecho francés

2.1.1. *La jurisprudencia francesa en materia de contratos*

En su tesis doctoral⁽¹⁴⁾, B. Teyssié presentó una nueva figura jurídica en el derecho de las obligaciones, a saber, el *grupo de contratos*. Se le puede definir como *una pluralidad de contratos que están relacionados con el mismo objeto o que concurren a la misma finalidad económica*.

En este grupo se encuentran *los contratantes extremos* que son aquellos que participan en el mismo grupo contractual pero que nunca han intercambiado directamente un consentimiento a ser vinculados entre ellos. Tal es el caso por ejemplo entre el vendedor y el subadquiridor, el adjudicador y el subcontratista, etc.

La jurisprudencia francesa distingue dos hipótesis distintas: Los contratos traslativos de bienes, y los contratos no traslativos de bienes.

En el primer caso, tanto en las cadenas homogéneas⁽¹⁵⁾ (venta-reventa) como en las cadenas heterogéneas⁽¹⁶⁾ (venta-servicio-venta) el subadquiridor y el subcontratista tienen una acción contractual en contra del fabricante o vendedor original porque la persona que adquirió el bien dispone como causahabiente de todos los derechos y acciones vinculados con el bien; en otras palabras, ellos son accesorios al bien. En este sentido, no existe ninguna problemática respecto al principio del

(14) TEYSSIÉ, B., *Les groupes de contrats*, París, LGDJ, 1975; véase también: BACACHE-GIBEILL, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, París, LGDJ, 1996.

(15) Civ, *Lamborghini*, 9/10/1979, RTDC, 1980, p. 354, Durry.

(16) AP, 7/2/86, RTDC, 1986, p. 605, Rémy.

efecto relativo de los contratos. ¡Los causahabientes no son *penitus extranei* al contrato!

En la segunda hipótesis, en donde no interviene ninguna transferencia de propiedad de un bien, la Suprema Corte francesa en un primer movimiento declaró que todos aquellos que han sufrido un daño por el vínculo que tuvieron con el contrato tienen una acción contractual en contra del responsable del daño⁽¹⁷⁾. Sin embargo, en 1991 el Pleno, en un segundo movimiento, cambió la jurisprudencia y condenó la teoría de los grupos de contratos sin traslado de propiedad⁽¹⁸⁾, porque sería derogar al principio del efecto relativo de los contratos. En estos casos, no hay causahabientes y estamos en presencia de ¡verdaderos terceros!

2.1.2. La jurisprudencia francesa en materia de arbitraje internacional

Ahora bien, en la materia que nos interesa, la pregunta es si el contratante extremo puede ser vinculado por un acuerdo arbitral que nunca firmó. Diversos casos tienen que ser distinguidos.

En primer lugar tenemos las cadenas homogéneas y heterogéneas en las cuales el acuerdo arbitral *circula* automáticamente, como lo ha pronunciado la Corte de Casación francesa: “En una cadena de contratos traslativos de propiedad, la cláusula compromisoria se transmite de manera automática como accesoria del derecho de acción que, a su vez, es accesorio del derecho substancial transmitido, y eso sin incidencia del carácter homogéneo o heterogenia de la cadena”⁽¹⁹⁾.

En segundo lugar, existe otra hipótesis en donde el no-firmante puede ser atraído al arbitraje aunque *a priori* fuera una violación del principio del efecto relativo de los contratos. Sin embargo, veremos que no es así, porque se trata de un *falso* tercero al acuerdo arbitral en la medida que ha expresado su consentimiento de otra manera que por la firma. Se trata de una parte que intervino en la negociación, celebración o ejecución del contrato y por su intervención consintió de manera implícita al acuerdo arbitral, no obstante que nunca lo ha firmado.

(17) Civ, *Clic Clac Photo*, 8/3/88.

(18) 12/7/1991, *Dalloz*, 1991, Ghestin.

(19) Civ, *ABS*, 27/3/2007, N° 04-20842, sentencia N° 513.

Es así que, por la decisión *Jaguar*, la Corte de Apelación de París enunció que: En el derecho del arbitraje internacional, los efectos del acuerdo arbitral se extienden a todas las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato desde el momento que su situación y sus actividades hacen presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y del contenido del acuerdo arbitral, y permitiendo así al árbitro conocer de todos los aspectos económicos del litigio⁽²⁰⁾. Como se escribió, esta jurisprudencia manifiesta la inquietud de una buena administración de justicia y su principal interés es de no subestimar una realidad económica al detrimento de una observación demasiado estricta de las formas prescritas por el sistema jurídico nacional⁽²¹⁾. No se trata de buscar un intercambio de consentimiento, sino de poner en evidencia un concurso implícito de consentimientos. En otras palabras, la jurisprudencia francesa adopta una concepción material y no psicológica de la obligación convencional⁽²²⁾.

Esta extensión del acuerdo arbitral a *falsos* terceros se encuentra frecuentemente en los litigios oponiendo los dirigentes de sociedades a la persona moral que encabezan. En el asunto *M. Jacques*, la sociedad miembro de una cooperativa renunció a su adhesión y consecuentemente su presidente vendió sus partes sociales. Sin embargo, la cooperativa consideró la cesión de las partes como ilícita e inició un procedimiento arbitral con fundamento en el artículo 24 del Reglamento interno de la cooperativa que prevé el arbitraje para las controversias entre la cooperativa y sus miembros. El señor Jacques rechazó el procedimiento argumentando que nunca firmó una cláusula compromisoria y que no es miembro de la cooperativa sino la empresa que él encabeza. Lógicamente, él tiene que ser considerado como tercero a este acuerdo arbitral. Sin embargo, la Corte de casación francesa consideró, por un *dictum* de una sola frase, que el reglamento interno, complementando

(20) París, 7 décembre 1994, *RTDCom.*, 1995, p. 401, Dubarry et Loquin; Civ¹, *ABS*, 27/3/2007, N° 04-20842, sentencia N° 513.

(21) CACHARD, *Les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements: consensualisme ou formalisme?*, Tesis maestría, Universidad de París II, 1997.

(22) OPPETIT, "Le consentement sans l'échange: le concours des consentements", en: *Rev. Jur. Com.*, 1995, p. 73.

los estatutos, está conocido por los miembros y sus dirigentes y consecuentemente es oponible a ellos⁽²³⁾.

Esa jurisprudencia también tiene una aplicación importante en lo que concierne a los grupos de sociedades⁽²⁴⁾, en donde el acuerdo arbitral es firmado materialmente por la filial, pero el contrato fue, por ejemplo, negociado por la matriz no-firmante del acuerdo arbitral. Conociendo la existencia del acuerdo, la matriz puede ser atraída al arbitraje, como lo decidieron los árbitros en la famosa decisión *Dow Chemical*⁽²⁵⁾, laudo confirmado por los tribunales judiciales francés⁽²⁶⁾.

También se aplica la extensión al beneficiario de una estipulación a favor de terceros porque el consentimiento que se requiere es del estipulante y el que tiene que ejecutar la promesa. No se necesita la aceptación del beneficiario, porque su consentimiento no es condición de la generación de los derechos y obligaciones, y tal cual no es tercero al contrato. Por lo tanto, es lógico que el beneficiario esté ligado por el acuerdo arbitral⁽²⁷⁾.

2.2. Derecho americano

La noción más o menos equivalente en el *Common law* es la de *Third party beneficiary*. Este *beneficiario* es en el derecho inglés expresamente

(23) Civ¹, *M. Jacques X. c. Société Système U*, 20/9/06, no publicado; véase también: Com, 8/11/05, N° 03-14.630, no publicado.

(24) SUÁREZ ANZORENA, "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional", en: *Revista Internacional de Arbitraje*, 2005, p. 55; DERAÏNS/SCHWARTZ, *El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI*, Oxford, 1998, p. 113 s.; JARVIN, "La validité de la clause arbitral vis-à-vis des tiers non signataires de la clause - Examen de la doctrine de Groupe de Société dans l'arbitrage CCI", dans: *RDAI*, 1995, p. 730; SANDROCK, *Arbitration Agreements and Groups of Companies*, *Mélanges Lalive*, Genibra, Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 625; FADLALLAH, "Clauses d'arbitrage et groupes de sociétés", dans: *TCFDIP*, 1985, p. 105.

(25) CCI N° 4131, *JDI*, 1983, p. 899, DERAÏNS.

(26) CA París, 21/10/83, *R.arb*, 1984, p. 98, Chapelle. Para otros ejemplos, véase FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *cit.*, N° 501 sq.

(27) Civ¹, *Banque populaire Loire et lyonnais*, 11/7/2006, *R.arb.*, 2006, p. 969, LARROUMET.

vinculado por la cláusula arbitral en relación con los derechos que está reclamando⁽²⁸⁾. Aunque inconsistente, parece que la jurisprudencia americana también considera al beneficiario como vinculado por la cláusula compromisoria del contrato de base⁽²⁹⁾.

En lo que concierne la teoría de los grupos de sociedades, está consagrada desde hace mucho tiempo bajo varias nociones como la del *Piercing the corporate veil*⁽³⁰⁾, la del *Alter ego*⁽³¹⁾ o la del *Estoppel*⁽³²⁾. Sin embargo, en tiempos recientes se ha perfilado una teoría general bajo el término de *Group of Companies Doctrine*⁽³³⁾. Al contrario de los países de derecho civil, el fundamento legal para los tribunales americanos para atraer al no-firmante al arbitraje es no solo un consentimiento implícito (subrogación, tercero beneficiario) sino también el principio de equidad (que sea vía el *estoppel* o vía el principio de la buena fe)⁽³⁴⁾.

La posición de los países enumerados refleja también la tendencia general de la doctrina⁽³⁵⁾, y para ciertos autores, son reglas integrales de la *Lex mercatoria*⁽³⁶⁾, considerando así que es posible atraer no-firman-tes a procedimientos arbitrales. La misma postura se verifica en el derecho mexicano como lo veremos ahora.

(28) *UK Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999*, Section 8.

(29) *Thomson-CSF S.A. v. AAA & Evans & Sutherland Computer Corp*, 64 E.3rd 773, 776 (2d Cir. 1995).

(30) *Smith/Enron Co-Generation Ltd Partnership, Inc v. Enron Devp't Corp*, 198 F.3d 88, 97 (2d Cir 1999).

(31) *ARW Exploration Corp v. Aguirre, AG*, N° 2:01CV049K (D. Utah 2001).

(32) *In re Currency Conversion Fee Antitrust Litigation*, N° MDL1409,M21-95 (SDNY 2003).

(33) *JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, SA*, 863 F.2d 315 (4th Cir 1988).

(34) HOSKING, "Non-Signatories and International Arbitration in the United States: the Quest for Consent", *Arbitration International*, 2004, pp. 289, 295 sq.

(35) Y de otros países como Alemania por ejemplo (véase: OLG Duesseldorf, 19/5/06, *SchiedsVZ*, 2006, p. 331).

(36) LORD JUSTICE MUSTILL, *The new Lex Mercatoria: The first twenty five years*, en: *Arbitration International*, 1988, p. 86 (Regla N° 8); BERGER, *The creeping codification of Lex Mercatoria*, Kluwer Law International, 1999, p. 300 (Regla N° 50).

2.3. Derecho mexicano

Como una forma de prólogo es interesante subrayar que el Código Civil Federal no establece *expresis verbis* el principio *res inter alios acta* como lo hace su *predecesor* intelectual el Código Civil francés en su artículo 1165. Ahora bien, de manera implícita se puede pretender descubrir el efecto relativo de los contratos en el artículo 1792 que establece que estos son *acuerdos de dos a más personas* y que *al contrario*, los que no han *acordado* no son parte al contrato – son *penitus extranei*.

Antes de ver más en detalle como se puede integrar la teoría de los grupos de contratos en el derecho mexicano, es menester reproducir *in extenso*, una tesis muy interesante del Primer Circuito que dice a la letra:

“ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. En términos de los artículos 1416, fracción I y 1424 del Código de Comercio, los efectos del convenio arbitral o acuerdo de arbitraje son positivos y negativos, consistiendo los primeros en la facultad y correlativa obligación de las partes de acudir al arbitraje como medio de arreglo de sus diferencias, cooperar en el nombramiento de los árbitros, participar en el procedimiento arbitral y aceptar de antemano el carácter obligatorio de la decisión que dicte el órgano arbitral designado por ellas; por el contrario, los efectos negativos consisten en la imposibilidad de plantear la diferencia ante un tribunal estatal y de que éste conozca del fondo del asunto. Conforme al primero de los preceptos invocados, el acuerdo de arbitraje se celebra entre las partes y obliga a las mismas, lo que significa que, en principio, *los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto, sin embargo, existen supuestos en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral*, como ocurre tratándose de su transmisión a terceros, situación que conduce, entonces, al análisis de esa transmisión para determinar si, efectivamente, la misma se produjo con todas sus consecuencias inherentes, ya que el problema

pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, *no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, inter partes*. Entre los supuestos en que pueden verse envueltos en el ámbito del convenio arbitral quienes no fueron partes originarias en el mismo, se encuentra la cesión de derechos que, como acto jurídico que implica la sustitución del acreedor en términos de los artículos 2029 y 2032 del Código Civil Federal, puede implicar la transmisión de la cláusula compromisoria, dado que el *causahabiente a título particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante* ni quedar exento del compromiso arbitral en perjuicio del deudor, ya que, de lo contrario, éste quedaría burlado en cuanto a la certeza de quien deba resolver el conflicto que llegue a suscitarse. Empero, el hecho de que se realice la transmisión mencionada no significa que, en todos los casos, el convenio arbitral resulte eficaz, por lo que corresponde a quien analice ese pacto arbitral y su transmisión, es decir, a las autoridades judiciales o a los árbitros, realizar una evaluación conjunta de las relaciones comerciales de las partes para *comprobar en cada ocasión si el convenio arbitral ha circulado por la cadena contractual* o, por el contrario, es sólo válido respecto a alguno o algunos de los contratos. De esta forma, el convenio arbitral no pierde su autonomía, simplemente ocurre que puede extender sus efectos a las relaciones comerciales conexas, posibilidad que será comprobada en cada caso concreto y únicamente respecto al convenio arbitral, *ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida*. La anterior es una exigencia mínima de certeza y de efectivo consentimiento en comprometer⁽³⁷⁾.

(37) Amparo en revisión 442/2004 – Tesis I.30.C.475 C. Conproca, S.A. de C.V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastasio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

La tesis reproducida pone en realce tanto la noción de causahabiente, que como en derecho francés tiene su origen en las reglas sobre sucesiones⁽³⁸⁾, como la de cadena contractual, subordinando la transmisión a un pacto expreso en este sentido.

Vimos que el acuerdo arbitral circula en la cadena contractual por el hecho que el cocontratante extremo final es causahabiente del contratante anterior. En este sentido, no cabe duda que el derecho mexicano puede admitir sin ninguna mayor dificultad la transmisión de la cláusula compromisoria en las cadenas homogéneas y heterogéneas. Sin embargo, la tesis mencionada subordina la transmisión al requisito que:

“Aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida”.

Aunque la formulación parece no equívoca, opinamos que hay una cierta confusión conceptual. Hay que distinguir entre la situación en donde estamos en presencia de un contrato marco y varios contratos sucesivos y la hipótesis que nos ocupa. No cabe duda que en el primer caso no se puede presumir tal cual la transmisión del acuerdo arbitral en el primer contrato a los demás contratos posteriores, salvo prueba de la voluntad contraria. Sin embargo, en el segundo caso, las circunstancias son distintas como lo hemos demostrado.

Ahora bien, no obstante que las jurisdicciones francesas han rechazado extender la cláusula arbitral en los grupos de contratos en donde no hay ninguna transferencia de un bien, puede interrogarse si no hubiera la posibilidad de adoptar otra solución en el derecho mexicano. En efecto, como lo ha escrito Durry en Francia lo que importa es la previsibilidad de las soluciones y no tanto el hecho de calificar tal o cual parte de tercero al contrato⁽³⁹⁾, porque a final de cuenta el contrato es

⁽³⁸⁾ Artículo 1281 CCF.

⁽³⁹⁾ *RTDC*, 1980, p. 355.

nada más, para tomar la fórmula histórica de Hauriou, la tentativa más extensa para establecer la dominación de la voluntad humana sobre los hechos, integrándoles por avanzar en un acta de previsión⁽⁴⁰⁾. Si hay un litigio en relación con el contrato de base que contiene el acuerdo arbitral, tiene que ser lógico que este litigio sea sometido al arbitraje, aunque él que lo inicia sea *a priori* un tercero.

En este contexto es menester señalar una tesis aislada que tiene una cierta importancia para nuestro propósito. Según el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito⁽⁴¹⁾, el acuerdo arbitral puede ser transmitido, y la operación se analiza como una cesión de derechos en los términos del Código Civil Federal⁽⁴²⁾, y no como un derecho procesal (un derecho al arbitraje), sino como un derecho de saber cómo se resolverán las controversias sobre los derechos cedidos. En otras palabras, el deudor tiene el derecho adquirido de ir al arbitraje porque así se pactó en el convenio inicial. La calificación de la transmisión del acuerdo arbitral como cesión de derecho también tiene por consecuencia que según el artículo 2030 del mismo Código no se necesita el consentimiento del deudor, a menos que se haya convenido en el contrato inicial que no opere ninguna cesión. Ahora bien, tal afirmación podría contradecir el principio de la autonomía del acuerdo arbitral en el sentido que si la cesión del contrato principal se hizo, no quiere decir que había también una cesión del acuerdo arbitral si este es un contrato independiente. Sin embargo, como lo hemos visto⁽⁴³⁾, la cláusula compromisoria representa para el deudor un derecho a la certeza jurídica y no puede ser dissociado de la economía general del contrato principal, salvo pacto en contrario que prevé expresamente la exclusión de la transmisión del acuerdo arbitral. En otras palabras, aunque el fallo no lo dice, se puede afirmar que el derecho a la certeza jurídica sigue como accesorio al principal tal como lo prevé el artículo 2032

(40) *Principes de droit public*, 1ª ed., París, 1910, p. 206.

(41) Amparo en revisión 442/2004 - Tesis I.30.C.475 C. Conproca, S.A. de C.V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

(42) Artículo 2029 s.

(43) *Supra*.

del Código Civil Federal en su enumeración no limitativa. El fallo antes citado subraya que, no obstante, la cesión automática del acuerdo arbitral con el derecho cedido, no pierde su autonomía con respecto al contrato principal, consagrando así, sin saberlo, el punto de vista defendido por Pierre Mayer⁽⁴⁴⁾.

3. CONCLUSIÓN

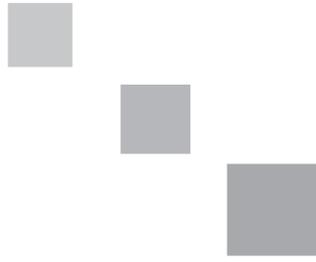
No cabe duda que si uno se aventura en el camino anteriormente descrito, es la definición misma del contrato la que se verá afectada, cambiada. La fuerza obligatoria del contrato ya no tendría su fuente en el intercambio de los consentimientos, sino en la ley que la aprehendería como un instrumento socialmente indispensable para organizar el futuro y facilitar el negocio de los bienes y servicios. Ahora bien, en este contexto el acento está puesto sobre la ley como fuente de los derechos y obligaciones y tal punto de vista se opone a lo que hemos sostenido al respecto del contrato sin ley⁽⁴⁵⁾, a saber que la fuente exclusiva del contrato es justamente el consentimiento, que actúa como *Groundnorm* fundamental para la validez de la creación de las obligaciones y derechos de los contratantes. Sin ninguna duda, existe ahí una contradicción que tiene que ser resuelta. Pero todo esto es otra historia(...). ▲

(44) "Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire", dans: *Rev. arb.*, 1998, p. 359, N° 5.

(45) "Breves observaciones sobre el contrato sin Ley en material internacional", en: *Revista Internacional de Derecho y Ciencias sociales*, N° 8, 2006, p. 74.

Laudo Arbitral Nacional

Laudo
Arbitral
Nacional



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO (*)

Demandante: CONSORCIO VIAL ICHU
Demandado: PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL - PROVIAS NACIONAL
Tribunal Arbitral: Doctor Sergio Alberto Tafúr Sánchez (Presidente)
Doctor Fernando Cantuarias Salaverry
Doctor Víctor Wenceslao Palomino Ramírez

RESOLUCIÓN N° 39

Lima, 21 de febrero de 2008

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 15 de marzo de 2007, el Tribunal Arbitral constituido por los doctores Sergio Alberto Tafúr Sánchez (Presidente), Fernando Cantuarias Salaverry y Víctor Wenceslao Palomino Ramírez, con la participación de los representantes legales de CONSORCIO VIAL ICHU (en adelante simplemente "CONSORCIO" o "el demandante") y del PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL -PROVIAS NACIONAL (en adelante simplemente "PROVIAS" o "el demandado"), proceden a suscribir, según convocatoria debidamente notificada a ambas partes, el Acta de Instalación de Tribunal Arbitral, en las oficinas del CONSUCODE.

Cabe aclarar que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido del Acta de Instalación, cuyas reglas aceptaron y dieron su conformidad expresa en todos sus extremos al suscribirla en señal de conformidad.

En este mismo acto, los miembros del Tribunal Arbitral ratificaron su aceptación al cargo e insistieron de que no estaban sujetos a incompatibilidad alguna ni a

(*) Cfr. [HTTP://WWW.CONSUCODE.GOB.PE/USERFILES/ARCHIVOS/LAUDO%202008%20PROVIAS%20NACIONAL%20-%20CONSORCIO%20VIAL%20ICHU.PDF](http://www.consucode.gob.pe/userfiles/archivos/LAUDO%202008%20PROVIAS%20NACIONAL%20-%20CONSORCIO%20VIAL%20ICHU.PDF)

hechos o circunstancias que les obligaran a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes y con sus respectivos abogados. Tanto el CONSORCIO como PROVÍAS declararon también en este acto su conformidad con las designaciones de árbitros realizadas, manifestando que al momento de la realización de dicha Audiencia no tenían conocimiento de alguna causa que pudiera motivar una recusación.

I.1 De la demanda

Mediante escrito de fecha 9 de abril de 2007, el CONSORCIO presenta su demanda dirigida contra PROVÍAS, pretendiendo esencialmente lo siguiente:

- a) Primera Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 15: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01.DIC.06, por carecer de fundamentos técnicos y legales.
- b) Primera Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 16: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 del 01.DIC.06, por carecer de fundamentos técnicos y legales.
- c) Primera Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 17: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 del 01.DIC.06, por carecer de fundamentos técnicos y legales.
- d) Primera Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 18: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 del 01.DIC.06, por carecer de fundamentos técnicos y legales.
- e) Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 15: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 15 consistente en ciento siete (107) días calendario, con reconocimiento de gastos generales ascendentes a S/. 2'334,937.81 (Dos millones trescientos treinta y cuatro mil novecientos treinta y siete con 81/100 Nuevos Soles), más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, correspondiente al mayor costo del transporte interno del material granular necesario para la elaboración de la mezcla asfáltica generado por el cambio de cantera.
- f) Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 16: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 16 consistente en ciento treinta y siete (137) días calendario, con reconocimiento de gastos generales ascendentes a S/. 2'988,665.93 (Dos millones novecientos ochenta y ocho mil seiscientos sesenta y cinco con 93/100 Nuevos Soles), más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06, corres-

pondiente al incremento del costo de la pavimentación por el mayor espacio de la sección vial, entre el borde de la berma lateral y los bordes de las cunetas, así como por la protección del talud de conformación del pavimento.

- g) Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 17: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 17, por 122 días calendario, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional correspondiente a las actividades de lavado de los agregados de la Base Granular, lavado de los agregados para la elaboración de la Mezcla Asfáltica y presecado de la arena natural necesaria para la producción de Mezcla Asfáltica, no contemplados en el Expediente Técnico de Obra; con reconocimiento de gastos generales, ascendente a S/. 2'291,584.77 (Dos millones doscientos noventa y un mil quinientos ochenta y cuatro con 77/100 Nuevos Soles), más los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago efectivo.
- h) Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 18: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada nuestra solicitud de Ampliación de Plazo N° 18, por 12 días calendario, por impedimento de ejecución como consecuencia del periodo de lluvias y sus secuelas; con reconocimiento de gastos generales, ascendente a S/. 261,313.49 (Doscientos sesenta y un mil trescientos trece con 49/100 Nuevos Soles), más los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago efectivo.
- i) Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 15: En caso de ser denegada la pretensión precedente, solicitados que LA ENTIDAD nos pague la suma de S/. 2'334,937.81 (Dos millones trescientos treinta y cuatro mil novecientos treinta y siete con 81/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa de la Demandada en detrimento de la Demandante, por haberse beneficiado indebidamente, al no habernos pagado los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 15, generada por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, correspondiente al mayor costo del transporte interno del material granular necesario para la elaboración de la mezcla asfáltica generado por el cambio de cantera.
- j) Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 16: En caso de ser denegada la pretensión precedente, solicitados que LA ENTIDAD nos pague la suma de S/. 2'988,665.93 (Dos millones novecientos ochenta y ocho mil seiscientos sesenta y cinco con 93/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa de la Demandada en detrimento de la Demandante, por haberse beneficiado indebidamente, al no habernos pagado los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 16, generada por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06, correspondiente al incre-

mento del costo de la pavimentación por el mayor espacio de la sección vial, entre el borde de la berma lateral y los bordes de las cunetas, así como por la protección del talud de conformación del pavimento.

- k) Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 17: En caso de ser denegada la pretensión precedente, solicitados que la Demandada pague a la Demandante la suma de S/. 2'291,584.77 (Dos millones doscientos noventa y un mil quinientos ochenta y cuatro con 77/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa de la Demandada en detrimento de la Demandante, por haberse aquélla beneficiado indebidamente al no haber pagado a la Demandante los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 17, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional correspondiente a las actividades de lavado de los agregados de la Base Granular, lavado de los agregados para la elaboración de la Mezcla Asfáltica y presecado de la arena natural necesaria para la producción de Mezcla Asfáltica, no contemplados en el Expediente Técnico de Obra.
- l) Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Ampliación de Plazo N° 18: En caso de ser denegada la pretensión precedente, solicitados que la Demandada pague a la Demandante la suma de S/. 261,313.49 (Doscientos sesenta y un mil trescientos trece con 49/100 Nuevos Soles), por concepto de resarcimiento por enriquecimiento sin causa de la Demandada en detrimento de la Demandante, por haberse aquélla beneficiado indebidamente al no haber pagado a la Demandante los gastos generales correspondientes a la Ampliación de Plazo N° 18, por impedimento de ejecución como consecuencia del período de lluvias y sus secuelas.
- m) Tercera Pretensión Principal de todas las Ampliaciones de Plazo: Que, LA ENTIDAD asuma los gastos que demande la realización del arbitraje solicitado, incluyendo honorarios arbitrales, honorarios del secretario arbitral, así como los costos de la asesoría técnica y legal que hemos contratado para resolver la presente controversia.

El CONSORCIO ampara su demanda esencialmente en lo siguiente:

Con fecha 28 de octubre de 2005, las partes suscribieron el Contrato de Ejecución de Obra N° 339-2005-MTC/20 para la "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Izcuchaca-Huancavelica, Tramo III: Palca-Sachapite-Huancavelica del Km. 60+000 al Km. 75+566", ubicado en el departamento de Huancavelica (en adelante EL CONTRATO).

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 15, identifica que en el Asiento N° 937 del Cuaderno de Obra del 14 de noviembre de 2006, se dejó constancia que en esa fecha no se contaba con la aprobación del Presupuesto Adicional de Obra N° 05, formulado para subsanar omisiones y/o deficiencias del Expediente Técnico, en partidas cuya ejecución involucra la totalidad de la longitud del tramo, agregándose que la demora del

trámite administrativo estaba alterando el calendario de avance. Esto fue afirmado nuevamente en el Asiento N° 942 del Cuaderno de Obra de 16 de noviembre de 2006.

Ante esta situación, es que el 16 de noviembre de 2006 mediante Carta N° 375-2006-CVI se presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 15. Esta se sustenta en el hecho de que al cambiar la cantera señalada en el Expediente Técnico (para la elaboración de mezcla asfáltica) considerada en la progresiva 42+900, por una nueva cantera ordenada por PROVÍAS ubicada en la progresiva 70+630 que tiene un acceso de 2300 metros, mientras no se apruebe el presupuesto adicional correspondiente al mayor costo del transporte de la mezcla asfáltica, el CONSORCIO se ve imposibilitado de explotar la nueva cantera y de producir agregados necesarios para la elaboración de la mezcla asfáltica y su colocación. Esta falta de aprobación según el CONSORCIO ha modificado y afectado el calendario de ejecución de una serie de partidas, conformantes de la ruta crítica, como son la Carpeta Asfáltica, la que a su vez impide el inicio de las partidas de Cunetas triangulares tipo I, Tachas delineadoras bidireccionales, Marcas en el pavimento, etc.

El CONSORCIO aclara que la solicitud de ampliación de plazo es una parcial, en razón de que la causal aun no concluía, debido a que hasta ese momento no se había probado aún el Presupuesto Adicional N° 05.

El CONSORCIO refiere además a la Opinión 114-2003 GTN del CONSUCODE.

Seguidamente, el CONSORCIO identifica que PROVÍAS mediante Cédula de Notificación N° 3204-2006-MTC-20.3 de 4 de diciembre de 2006, remitió la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 de 1 de diciembre de 2006, mediante la cual declara improcedente esta pretensión.

El CONSORCIO no está de acuerdo con los argumentos de PROVÍAS, ya que, en primer lugar, cumplió con justificar documentadamente la causal (en la Carta N° 375-2006-CVI se adjuntaron los asientos 937 y 942 del Cuaderno de Obra). Además, el CONSORCIO cumplió con determinar la fecha de ocurrencia de la causal, ya que indicó que la Partida 410.C Carpeta Asfáltica debía iniciarse el 1 de agosto de 2006, pero que hasta la fecha de presentación de la solicitud de ampliación de plazo, el presupuesto adicional N° 05 no había sido aprobado; es decir, se cumplió con indicar que la causal iniciaba el 1 de agosto de 2006 (fecha programada para el inicio de la Partida 410.C) y concluía parcialmente el 16 de noviembre de 2006 (fecha en que se presentó la solicitud de ampliación de plazo). Por último, el CONSORCIO entiende que según la Norma Técnica de Control 600-08 aprobada por la Resolución de Contraloría N° 072-98-CG, los presupuestos adicionales deben ser aprobados con celeridad y que corresponde al inspector formular el Expediente Técnico pertinente, no siendo pues de responsabilidad de el CONSORCIO cualquier potencial demora.

En cuanto a los argumentos contenidos en el Informe N° 284-2006-MTC/20.5-JUD del Especialista de Obra que fue considerado por PROVÍAS en su resolución denegatoria, el CONSORCIO confirma que fue ella la que mediante Carta ICHU 218-26895-06 de 30 de mayo 2006 solicitó a PROVÍAS autorización para modificar la cantera y de que renunciaría a cualquier ampliación de plazo derivada de dicha solicitud (esto fue

ratificado mediante Carta ICHU 218-27324-06 de 12 de julio de 2006), pero que dicha renuncia no puede alcanzar los 170 días (92% del plazo original de la obra) sin que PROVÍAS tomara la decisión a este respecto, más aún considerando la Norma Técnica de Control 600-08 aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 072-98-CG, que establece en su numeral 2 que el procesamiento y aprobación de los presupuestos adicionales debe efectuarse en un plazo razonable, de manera que no incida en mayores costos. Además, aclara que si bien es cierto el Presupuesto Adicional N° 05 comprende varias partidas y que el grueso del costo corresponde a la partida del contrato principal, la sola existencia de obras adicionales, cuya ejecución sea predecesora de partidas críticas, generarán retraso en la ejecución de dichas partidas, sin importar la incidencia económica. Adicionalmente, el CONSORCIO observa la afirmación del Especialista de Obra, en el sentido de que el CONSORCIO no se encontraba listo para ejecutar la Partida 410.C (Carpeta Asfáltica) debido a que no se tenía aprobado el diseño de la mezcla, la base granular imprimada y el equipo dispuesto, debido a que se confunde la ejecución física de la obra con la ejecución contractual, remitiéndose al respecto al artículo 42 de la LCAE y al artículo 259 del RELCAE, que hacen referencia a la modificación del calendario contractual (calendario de avance vigente).

En base a todos estos argumentos, el CONSORCIO entiende que la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 carece de sustento técnico y legal, deviniendo en nulo.

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 16, en el Asiento N° 845 del Cuaderno de Obra de 20 de octubre de 2006, el CONSORCIO solicitó al Supervisor que agilizará las gestiones para la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06 y en el Asiento de Obra N° 945 de 16 de noviembre de 2006, se hizo saber que la no aprobación de este presupuesto adicional alteraba el calendario de avance.

Ante esta situación, mediante Carta 377-2006-CVI de 17 de noviembre de 2006, se presentó la solicitud de Ampliación de Plazo N° 16, debido a que el Presupuesto Adicional N° 6 modifica las soluciones técnicas establecidas en el Expediente Técnico, al considerar un mayor ancho de ejecución de la plataforma de la carretera, con la finalidad de adecuarse a las obras de arte existentes, como cunetas, muros de contención, cabezales de alcantarilla, etc., lo que a su vez ha generado la ejecución de mayores metrados no previstos en el Expediente Técnico, específicamente en las partidas de Excavación de Explanaciones sin Clasificar, Base Granular, Escarificado y Corte, Reconformación de Base Granular, Imprimación, Carpeta Asfáltica, etc. y una modificación del calendario de ejecución al afectar la ruta crítica.

De acuerdo al Diagrama Gantt vigente, como consecuencia de la no aprobación del Presupuesto Adicional N° 06, las fechas de término de las partidas de excavación de explanaciones, base granular, imprimación y carpeta asfáltica han sufrido un desplazamiento que afecta el Calendario de Avance de Obra en 137 días, considerándose que la partida de ruta crítica más afectada es la 205.A Excavación en Explanaciones (137 días).

Sin embargo, mediante Cédula de Notificación N° 3203-2006-MTC-20.3 de 4 de diciembre de 2006, PROVÍAS remitió la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 de 1 de diciembre de 2006, mediante la cual se declara improcedente la solicitud

de Ampliación de Plazo N° 16, cuyos considerandos el CONSORCIO observa, en base a lo siguiente: En primer lugar, hace saber que los trabajos que conforman el Presupuesto Adicional N° 06 modifican las soluciones técnicas establecidas en el Expediente Técnico, al considerar un mayor ancho para la plataforma de la carretera, lo que genera la necesidad de ejecutar mayores metrados; debiéndose ejecutar la plataforma en la totalidad de su ancho y el forma masiva, de acuerdo al procedimiento establecido en las especificaciones técnicas, resultando antitécnico que se construya el pavimento asfáltico con dos juntas longitudinales (una junta central y otra al borde) como pretende PROVÍAS. Además, en este último caso, los costos y plazos de ejecución de las partidas serían absolutamente diferentes, ya que habrían de ejecutarse con equipo menor y rendimientos diminutos.

Además, el Presupuesto Adicional N° 06 comprende trabajos dentro de los límites de la sección de la vía considerada en EL CONTRATO, por cuanto la aprobación de ese adicional es indispensable para la ejecución de la totalidad de la plataforma de la carretera. En más, el solo hecho que PROVÍAS haya posteriormente aprobado dicho adicional confirma esta posición.

Adicionalmente, se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 259 del RELCAE, al haberse explicado que debido al proceso constructivo, resulta indispensable la aprobación de este adicional; la demora ha afectado la ruta crítica y, además, se ha afectado el calendario de avance vigente.

En cuanto a la Ampliación de Plazo N° 17, el CONSORCIO afirma que durante la ejecución de la obra se presentó la necesidad de lavar los agregados para base granular y mezcla asfáltica.

Para esos efectos, mediante Carta N° 818-2006/SACH-HVCA/JS de 14 de octubre de 2006, la Supervisión hace llegar al CONSORCIO una copia del Informe relacionado al material de Base Granular extraído de las canteras del Río Ichu, el cual registraba un bajo contenido de equivalente de arena. Con Carta N° 328-2006-CVI de 16 de octubre de 2006, se hace saber al Supervisor que se requiere lavar el material a ser utilizado en la base granular, por lo que solicitan les sea reconocido este concepto como actividad adicional no contemplado en el procedimiento constructivo establecido en el Expediente Técnico.

Según el CONSORCIO, esta actividad nueva y necesaria para cumplir con las Especificaciones Técnicas, es previa a la ejecución de la Partida 305.D Base Granular. Consecuentemente, la demora en la aprobación del presupuesto adicional constituye impedimento para ejecutar la referida Partida, la que a su vez constituye un impedimento para ejecutar las partidas de ruta crítica 401.A Imprimación, 410.C Carpeta Asfáltica, etc.

El mismo tratamiento se da con el lavado de los agregados necesarios que deben de emplearse en la elaboración de la mezcla asfáltica, que resulta previa a la ejecución de la Partida 410.C Carpeta Asfáltica.

Asimismo, el Expediente Técnico no ha previsto ninguna actividad de presecado de algún componente de la mezcla asfáltica que se requiere para cumplir con las

Especificaciones Técnicas, razón por la cual el CONSORCIO mediante Carta N° 269-2006-CVI de 13 de setiembre de 2006, alcanzó al Supervisor el Informe N° 051-06/LAB.CC, ELA, en el cual se demuestra la necesidad de desarrollar esta actividad. Ante la solicitud del Supervisor (Carta N° 892-2006/SACH-HVCA/JS de 11 de noviembre de 2006) de que se sustentara técnicamente esta actividad, el CONSORCIO cumplió con hacerlo mediante Carta N° 376-2006-CVI de 16 de noviembre de 2006, por lo que se requería necesario aprobar un presupuesto adicional, de una actividad que es previa a la Partida 410.C Carpeta Asfáltica.

En el Asiento N° 948 del Cuaderno de Obra de 16 de noviembre de 2006, se dejó constancia del tiempo transcurrido sin que se aprobara el presupuesto adicional, ante lo cual mediante Carta N° 378-2006-CVP de 17 de noviembre de 2006, se solicitó la Ampliación de Plazo Parcial N° 17 por 122 días calendario, sustentado en que afecta la ruta crítica.

Sin embargo, PROVÍAS mediante cédula de notificación N° 3205-2006-MTC-20.3 de 4 de diciembre de 2006, notificó la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 de 1 de diciembre de 2006 que declaró improcedente la ampliación de plazo solicitada.

El CONSORCIO observa los considerandos de esta decisión, por cuanto se dio pleno cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 259 del RELCAE, se afectó el calendario de avance de obra, el Expediente Técnico no exigía que fuera necesario lavar los agregados (EL CONTRATO es uno a precios unitarios), la solicitud fue planteada el 19 de setiembre de 2006 (Carta N° 269-2006-CVI) y era de responsabilidad del Supervisor procesar esa solicitud.

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 18, el CONSORCIO identifica que durante la ejecución de las obras se presentaron lluvias que impidieron el normal avance de los trabajos programados en el calendario contractual, según consta de los Asientos Nos. 889, 896, 914, 916 y 921 del Cuaderno de Obra.

Ante esta situación, mediante Carta N° 380-2006-CVP de 17 de noviembre de 2006, se solicitó, sustentó y cuantificó la Ampliación de Plazo N° 18 por 12 días calendario, ya que las lluvias y sus secuelas impidieron la ejecución de las Partidas 410.C Carpeta Asfáltica, 635.B Cunetas Triangulares Tipo I, 805.B Tachas Delineadoras Bidireccionales y 810.A Marcas sobre el Pavimento. Para estos efectos, adjunta como prueba una Constancia emitida por el SENAMHI.

Seguidamente, el CONSORCIO hace referencia a las Especificaciones Técnicas referidas a las Partidas afectadas y cuantifica el número de días afectados según el Calendario de Avance de Obra vigente.

Sin embargo, se afirma que PROVÍAS mediante Cédula de Notificación N° 3206-2006-MTC-203 de 4 de diciembre de 2006, notificó la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 de 1 de diciembre de 2006, que declara improcedente la ampliación de plazo, decisión que el CONSORCIO no comparte, aunque reconoce que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 18 no se presentó el 17 de noviembre de 2006 (fecha de vencimiento del plazo contractual ampliado) debido a que no existía personal en las oficinas

de la Supervisión, ya que se habrían desplazado a sus respectivas ciudades con motivo de las Elecciones Regionales y Municipales del 19 de noviembre de 2006, habiéndolo hecho recién el 21 de noviembre de 2006 por la vía notarial.

Seguidamente afirma que ha considerado el Calendario de Ejecución vigente a la fecha de la solicitud de ampliación (que consignada como fecha de término contractual el 17 de noviembre de 2006) y que las lluvias constituyen causales de ampliación de plazo (hace referencia a los Pronunciamientos Nos. 124-2003-GTN, 151-2003-GTN y 014-2004-GTN del CONSUCODE) ya que las lluvias no son programables. Además, PROVÍAS mediante Resolución Directoral N° 898-2006-MTC/20 de 7 de abril de 2005 ya había declarado procedente la Ampliación de Plazo N° 01 por esta causal.

En cuanto a la sustentación jurídica de las Primeras Pretensiones Principales de las Ampliaciones de Plazo 15, 16, 17 y 18, el CONSORCIO entiende que las Resoluciones Directorales que las declararon improcedentes son nulas al incumplir lo establecido en el artículo 42 de la LCAE y los artículos 258 y 259 del RELCAE, dado que cada una de las ampliaciones de plazo solicitadas ha ocasionado atrasos y/o paralizaciones en la ejecución de la obra ajenas a su voluntad, correspondiendo conforme al artículo 260 del RELCAE el reconocimiento adicional de los gastos generales.

Tratándose de las Segundas Pretensiones Principales de las Ampliaciones de Plazo 15, 16, 17 y 18, el CONSORCIO entiende que se ha configurado las condiciones establecidas en el penúltimo párrafo del artículo 42 de la LCAE y el artículo 258 del RELCAE, habiendo el CONSORCIO solicitado, sustentado y cuantificado cada una de las peticiones de ampliación de plazo con arreglo al artículo 259 del RELCAE, razón por la cual resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 261 del RELCAE.

En lo referente a las Pretensiones Subordinadas a las Segundas Pretensiones Principales, el CONSORCIO entiende que PROVÍAS no ha pagado el valor real de los servicios ejecutados por ella, por lo que resulta de aplicación el artículo 1954 del Código Civil.

Por último, el CONSORCIO aclara que las solicitudes de Ampliación de Plazo Nos. 15, 16, 17 y 18 se superponen, por lo que le corresponde como máximo una ampliación de plazo de 138 días calendario con reconocimiento de gastos generales por S/. 3'010,442.05.

El CONSORCIO ofrece en calidad de medios probatorios diversa prueba documental.

Mediante Resolución N° 1 de 10 de abril de 2007, el Tribunal Arbitral admite a trámite la demanda del CONSORCIO, por ofrecidos los medios probatorios y corre traslado de la misma a PROVÍAS, por el plazo de quince (15) días.

I.2. De la impugnación a la competencia del Tribunal Arbitral

En el escrito 01 de contestación a la demanda de 7 de mayo de 2007, PROVÍAS interpone Excepción de Incompetencia del Tribunal Arbitral, respecto de las Pretensiones Subordinadas a las Segundas Pretensiones Principales del CONSORCIO,

ya que considera que las pretensiones de enriquecimiento sin causa no resultan ser pretensiones arbitrables por ser ajenas a la ejecución contractual, conforme a lo pactado en el convenio arbitral, la LCAE y la Ley General de Arbitraje.

Mediante Resolución N° 2 de 10 de mayo de 2007, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la excepción y corrió traslado al CONSORCIO.

Mediante escrito N° 2 de fecha 18 de mayo de 2007, el CONSORCIO absuelve el traslado de la excepción planteada, considerando que el enriquecimiento sin causa es una consecuencia o efecto directo de una controversia generada en una relación jurídica contractual.

En tal sentido, el CONSORCIO solicita que se atienda a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la LCAE concordado con los artículos 273 y 274 del RELCAE, que señalan que las controversias que surjan entre las partes desde la suscripción del contrato, sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de éste se resolverán mediante conciliación o arbitraje.

Además, el CONSORCIO observa que en la Cláusula Décimo Tercera de EL CONTRATO, las partes han acordado de manera expresa que "cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante el procedimiento de arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23° de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control... y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley".

Mediante Resolución N° 3 de 21 de mayo de 2007, el Tribunal Arbitral tiene presente el escrito de absolución a la competencia de este colegiado y cita a las partes a la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

En la mencionada Audiencia, el Tribunal Arbitral dispuso citar a las partes a una Audiencia Especial, con la finalidad de que ellas expusieran sus respectivas posiciones, reservándose este colegiado la facultad de decidir luego de dicha Audiencia si resolvía este tema como cuestión previa o hasta el momento de emitir el laudo arbitral.

Por último, en la Audiencia Especial de fecha 20 de junio de 2007 y luego de escuchar los informes orales de ambas partes, el Tribunal Arbitral dispuso reservar la decisión acerca de esta excepción para el momento de laudar.

1.3. De la contestación a la demanda

Mediante escrito 1 de fecha 7 de mayo de 2007, PROVÍAS contesta la demanda y la niega y contradice esencialmente bajo los siguientes argumentos:

Respecto a todas las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 15, PROVÍAS entiende que el CONSORCIO no invoca con claridad la causal o causales de entre las tres causales legales establecidas en el artículo 248 del RELCAE. Es más, entiende que el CONSORCIO ha inventado una nueva causal, ya que entiende que ampara su pretensión en un calendario de ejecución de obra interno. Además, PROVÍAS entiende que el contratista no ha tenido en cuenta al formular su demanda los argumentos del Supervisor contenidos en el Informe N° 041-2006/SO/CS –folio 19.

Seguidamente entiende que el CONSORCIO no ha desvirtuado la afirmación del Supervisor, en el sentido de que aquél no ha determinado la fecha de ocurrencia de la causal, ya que no consta en el Cuaderno de Obra el inicio real de la afectación del Calendario de Obra, ya que el propio demandante admite que recién el 14 de noviembre de 2006 (Asiento N° 937 del Cuaderno de Obra) evidencia que estaría siendo afectado, mientras que el 1 de agosto de 2006 no existe anotación alguna.

Tampoco ha desvirtuado el CONSORCIO la afirmación del Supervisor, en el sentido de que el Expediente del Presupuesto Adicional N° 05 ha sido elaborado y tramitado con posterioridad a la fecha programada para la partida 410.C Carpeta Asfáltica. En efecto, según los antecedentes del expediente de dicho Presupuesto Adicional, antes del 20 de octubre de 2006 no se encuentra en el Cuaderno de Obra registro alguno sobre la necesidad de procesar el Presupuesto Adicional N° 05.

Es más, recién el 18 de octubre de 2006 (al finalizar el plazo para ejecutar la partida 410.C Carpeta Asfáltica), tal como se consigna en la carta N° 826-2006/SACH-HVCA/JS se acordó con el contratista dicho presupuesto adicional N° 05, por lo que con carta N° 333-006-CVI de 19 de octubre de 2006, el contratista devuelve a la Supervisión el expediente debidamente suscrito y aceptando que éste respaldaba el mayor costo solicitado por el contratista a partidas que de acuerdo con el C.A.O. N° 05 vigente ya se habían ejecutado (Ítem 700.A Transp. Material granular hasta 1 Km. 28.09.06; Ítem 700.B Transp. Material granular después de 1 Km 28.09.06; Ítem 700.E Transp. Mezcla asfáltica hasta 1 Km 20.10.06; Ítem 700.F Transp. Mezcla asfáltica después 1 Km 20.10.06).

Seguidamente aclara que mediante carta ICHU 218-26895-06 de 30 de mayo de 2006, el CONSORCIO solicitó autorización para explotar una nueva cantera porque así podían beneficiarse de explotar la misma cantera junto con el Consorcio Palca. Fue debido a ello que renunciaron a cualquier ampliación de plazo que pudiera generar lo solicitado. PROVÍAS mediante carta N° 630-2006-MTC/20.5 de 7 de julio de 2006 consideró procedente lo solicitado si ello no implicaba gasto ni costo alguno, ante lo cual el CONSORCIO mediante carta ICHU 218.27324-06 de 12 de julio de 2006, ratificó su anterior comunicación. PROVÍAS, ante esta situación, mediante carta N° 687-2006-MTC/20.5 aceptó los términos del CONSORCIO, quién comenzó a ejecutar las partidas relacionadas con la carpeta asfáltica como consta en la Valorización N° 12 correspondiente al mes de octubre de 2006.

Seguidamente, PROVÍAS niega que el cambio de cantera haya sido en su beneficio, porque finalmente tuvo que reconocer el mayor costo de la nueva distancia de transporte.

PROVÍAS recalca que esta pretensión por una supuesta demora en la aprobación de la nueva cantera es falsa, porque el CONSORCIO la solicitó el 30 de mayo de 2006 y el 7 de julio de 2006 PROVÍAS la aprobó.

Por otro lado, PROVÍAS considera que el contratista no tenía un diseño de mezcla aprobado, base granular imprimida y el equipo dispuesto, por lo que la supuesta demora no lo afectó para el inicio de la partida 410.C Carpeta Asfáltica. En ese

sentido, identifica que la partida 101.A Movilización de Equipo (que debía culminar el 19 de abril de 2006) al 30 de setiembre de 2006 no se había movilizado el equipo necesario para ejecutar la partida 410.C Carpeta Asfáltica.

Además, afirma que conforme a los artículos 258 y 259 del RELCAE, el CONSORCIO debió anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que en su opinión ameritaban una ampliación de plazo si afectaba al C.A.O. vigente, pero el CONSORCIO recién lo hizo el 14 de noviembre de 2006.

Adicionalmente, entiendo PROVÍAS que según el C.A.O N° 05 vigente, la partida 410.C tenía una holgura de 50 días, por lo que no era crítica.

Identifica seguidamente que el CONSORCIO no ha tenido en cuenta los argumentos del Supervisor efectuado en su Informe N° 041-2006/SO/CS.

Por último, PROVÍAS afirma que en base al Presupuesto Adicional N° 04 aprobado mediante R.D. N° 2752-2006-MTC/20 se aprueba la ampliación de plazo N° 13 en 17 días naturales, lo que implica que recién después del 30 de setiembre de 2006 se podía ejecutar la partida 306.C Escarificado y Corte (0.05m), la que culminaría el 16.11.06, quedando recién habilitado el contratista para culminar las partidas 305.D Base Granular y 410.C Carpeta Asfáltica después de dicha fecha, que coincide con la fecha de solicitud de esta ampliación.

Respecto a todas las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 16, PROVÍAS afirma que de acuerdo al C.A.O N° 05 Vigente (con plazo final el 31.10.06) y de acuerdo al C.A.O. N° 06 (con plazo final el 17.11.06), era imposible que el CONSORCIO pudiera ejecutar simultáneamente los metrados considerados en el presupuesto principal y los considerados en el presupuesto adicional N° 06, ya que las partidas 205.A Exc. En explanaciones sin clasificar ya había culminado tres meses y medio antes (CAO N° 5) y tres meses antes (CAO N° 6) de que el contratista revise y suscriba todo el contenido del presupuesto adicional N° 06 (ver carta N° 334-006-CVI de 19.10.06). Lo propio sucede con las partidas 305.D y 410.C.

De esta manera, el CONSORCIO era conciente que los mayores metrados del presupuesto adicional N° 06 se ejecutarían independientemente a los metrados del presupuesto principal, habiendo aceptado las especificaciones técnicas y condiciones estipuladas en el expediente técnico de dicho presupuesto adicional. Por tanto, no ha sido afectado por demora alguna.

Adicionalmente, la incidencia de los metrados considerados en el presupuesto adicional N° 06 es de aproximadamente 2% de los metrados considerados en el presupuesto principal, que además se efectúa fuera del área comprometida para la superficie de rodadura, por lo que en forma alguna puede impedir la ejecución de los trabajos relacionados a dicha superficie de rodadura. Además, los metrados de este adicional no están en el Calendario de Avance de Obra vigente.

En ese sentido, afirma que el Supervisor lo que ha afirmado es que el presupuesto adicional no está referido a la sección típica del pavimento considerada en el presupuesto principal (que incluye solo a la superficie de rodadura y bermas laterales) y que

solo el mayor espacio entre la berma y los muros o cunetas y la protección del talud forman parte del presupuesto adicional N° 06.

Además, al 31 de octubre de 2006, el CONSORCIO ya había ejecutado un porcentaje de las partidas que afirma fueron afectadas con la demora, pretendiendo soslayar sus propias falencias y defectos con el presupuesto adicional N° 06.

Además, el CONSORCIO no ha tomado en cuenta los argumentos del Supervisor efectuado mediante Informe N° 042-2006/SO/CS, que afirma que la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 06 no puede afectar el Calendario de Avance de Obra, porque la fecha de programación y culminación de las partidas 205.A y 410.C son anteriores a la fecha en que se entrega a PROVÍAS el presupuesto adicional N° 06 para aprobación, que fue el 23 de octubre de 2006.

Es más, en momento alguno el CONSORCIO manifestó que la secuencia constructiva de dicho adicional era antitécnico.

Además, el CONSORCIO no ha justificado documentadamente las causales de ampliación de plazo.

Por otro lado, PROVÍAS afirma que el C.A.O. N° 6 que el CONSORCIO utiliza en su sustento no se encontraba vigente.

Adicionalmente, PROVÍAS entiende que el CONSORCIO no se encontraba en posición de ejecutar los trabajos supuestamente afectados, porque no se contaba con el diseño de la mezcla asfáltica, no se había cumplido con movilizar el tren de asfalto.

Por último, PROVÍAS identifica que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 16 fue entregado físicamente al Supervisor el 21 de noviembre de 2006 con carta N° 383-2006-CVI, cuando el plazo contractual ampliado venció el 17 de noviembre de 2006, no siendo válida la certificación realizada por una Notaria de que habría intentado entregar la carta el 17 de noviembre de 2006, porque no se identifica la hora en que se habría acercado a entregarlas y, además, la dirección de la oficina de la Supervisión no es la correcta.

Respecto a todas las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 17, PROVÍAS entiende que no se ha cumplido con efectuar la anotación en el cuaderno de obra durante la ocurrencia de la causal como lo exige el artículo 259 del RELCAE, ya que recién hizo la anotación en el Asiento N° 948 de 16 de noviembre de 2006. Además, el fin de esta causal es indeterminada. Todo esto además viola la Cláusula 3.5 de EL CONTRATO.

Además, no se ha demostrado fehacientemente la causal del supuesto atraso en la ejecución de la obra, ya que se carece de documentación que sustente el supuesto impedimento y tampoco comprueba y justifica documentadamente las causales.

Adicionalmente, el CONSORCIO no se encontraba apto y expedito para ejecutar los trabajos supuestamente afectados, ya que faltaba el diseño y aprobación del diseño de mezcla asfáltica, la imprimación de la base granular, la movilización del tren de asfalto y la movilización de equipo.

Además, el CAO N° 06 que sirve de sustento, no se encontraba vigente.

Por otro lado, entiende que no corresponde reconocer pago alguno por el lavado de agregados para la mezcla asfáltica, porque se trata de una omisión del CONSORCIO al momento de elaborar su propuesta económica, ya que en las especificaciones técnicas se consideró el lavado. Tratándose del lavado de agregados para Base Granular en el Informe N° 061-2006/SACH-HVCA/SP se demuestra que no es necesario efectuar el lavado.

En lo que se refiere al presecado de la arena natural, PROVÍAS afirma que este pedido ha partido del contratista, razón por la cual a éste le corresponde sustentar tal necesidad, lo que recién se dio mediante carta N° 376-2006-CVI decepcionada el 17 de noviembre de 2006.

Por último, PROVÍAS observa que la solicitud de Ampliación de Plazo N° 17 fue entregada físicamente al Supervisor el 21 de noviembre de 2006, resultando de aplicación los hechos aludidos respecto a la Ampliación de Plazo N° 16.

Respecto a todas las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 18, PROVÍAS argumenta al igual de las pretensiones anteriores, de que la solicitud fue presentada fuera de plazo. Además, de que el C.A.O. N° 06 no estaba vigente

Por otro lado, la sola ocurrencia de lluvias no es causal de ampliación de plazo, no habiendo cumplido el CONSORCIO con demostrar debidamente en qué los afectó. En efecto, en los asientos del Cuaderno de Obra solo se consignan generalidades que no demuestran la imposibilidad de trabajar determinadas partidas, no existiendo anotación precisa alguna.

Además, según el C.A.O. N° 05, las lluvias ocurrieron cuando las actividades alegadas ya estaban vencidas.

PROVÍAS ampara su contestación en lo dispuesto en EL CONTRATO, el Convenio de préstamo N° 1328-OC-PE.BID, el Convenio de Préstamo N° 4614-PE.BIRF, la Directiva de Supervisión N° 003-2005-MTC/21, la LCAE y el RELCAE.

PROVÍAS ofrece en calidad de medios probatorios diversa prueba documental.

Mediante Resolución N° 4 de 10 de abril de 2007, el Tribunal Arbitral admite a trámite la contestación a la demanda formulada por PROVÍAS y tiene por ofrecidos los medios probatorios indicados en el referido escrito.

1.4. Del proceso arbitral

En la fecha programada y con la asistencia de ambas partes, el 6 de junio de 2007 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, Audiencia en la cual, conforme se desprende del acta correspondiente y dada la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio, se procedió de la siguiente manera:

En primer lugar, el Tribunal Arbitral, como ya se indicó precedentemente, resolvió acerca de la excepción de incompetencia deducida por PROVÍAS.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral considerando los escritos presentados y las posiciones expuestas por las partes, fijó los siguientes puntos controvertidos:

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 15:

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

1. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 1.1. En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15, consistente en 107 días calendario por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, correspondiente al mayor costo del transporte interno del material granular necesario para la elaboración de la mezcla asfáltica generado por el cambio de cantera.
 - 1.2 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 334 937,81 o alguna otra suma por este concepto.
 - 1.3 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
 - 1.4 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/2 334 937,81 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 334 937,81 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 15; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal de-

berá analizar previamente o al momento de laudarse, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 16

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 16.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

2. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 2.1 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 16, consistente en 137 días calendario, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06, correspondiente al incremento del costo de la pavimentación por el mayor espacio de la sección vial entre el borde de la berma lateral y los bordes de las cunetas, así como la protección del talud de conformación del pavimento.
 - 2.2 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 988 665,93 o alguna otra suma por este concepto.
 - 2.3 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
 - 2.4 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/. 2 988 665,93 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 988 665,93 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspon-

dientes a la ampliación de plazo N° 16; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudarse, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 17

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 17.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

3. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 3.1. En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 17, consistente en 122 días calendario, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional, correspondiente a las actividades de lavado de los agregados de la Base Granular, lavado de los agregados para la elaboración de la Mezcla Asfáltica y presecado de la arena natural necesaria para la producción de Mezcla Asfáltica, no contemplados en el Expediente Técnico de Obra.
 - 3.2. Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 291 584,77 o alguna otra suma por este concepto.
 - 3.3. En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
 - 3.4. En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/. 2 291 584,77 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que

PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 291 584,77 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 17; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudarse, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Respecto a la ampliación de plazo N° 18

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 18.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

4. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 4.1. En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 18, consistente en 12 días calendario, por impedimento de ejecución como consecuencia del período de lluvias y sus secuelas.
 - 4.2. Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 261 313,49 o alguna otra suma por este concepto.
 - 4.3. En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
 - 4.4. En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/ 261 313,49 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 261 313,49 por concepto de enriquecimiento sin causa, por haber-

se beneficiado indebidamente al no haber pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 18, por impedimento de ejecución como consecuencia del período de lluvias y sus secuelas; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudar, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Además, el Tribunal Arbitral dispuso que debía pronunciarse en el laudo acerca de la condena de costas y costos del presente proceso arbitral.

Ambas partes manifestaron su conformidad con los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral.

El Tribunal dejó claramente establecido que se reservaba el derecho a analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en el que se señalan en el Acta, y que si al pronunciarse sobre algún punto controvertido determina que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse respecto de ellos expresando las razones de dicha omisión. Asimismo, quedó establecido que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos eran meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal Arbitral podía omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

Acto seguido, el Tribunal Arbitral decidió admitir los medios probatorios siguientes:

Del CONSORCIO:

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos en la demanda.

De PROVÍAS:

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos en su escrito de contestación a la demanda.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral otorgó a ambas partes un plazo de diez (10) días para presentar los medios probatorios documentales que consideraran pertinentes.

A continuación, para mejor resolver, este colegiado dispuso el siguiente cronograma de Audiencias:

- 20 de junio de 2007, en la que se tratarían las pretensiones referidas a la ampliación de plazo N° 15.
- 27 de junio de 2007, en la que se tratarían las pretensiones referidas a la ampliación de plazo N° 16.

- 11 de julio de 2007, en la que se tratarían las pretensiones referidas a la ampliación de plazo N° 17.
- 13 de julio de 2007, en las que se tratarían las pretensiones referidas a la ampliación de plazo N° 18.

Por último, se fijó el plazo de la etapa probatoria hasta el 26 de julio de 2007, sin perjuicio de la facultad del Tribunal Arbitral de ampliarlo las veces que considerara pertinente.

Con fecha 20 de junio de 2007, el CONSORCIO ofreció el mérito de nueva prueba documental y solicitó la exhibición por parte de PROVÍAS de diversos documentos. Mediante Resolución N° 7 de 25 de junio de 2007, se dispuso tener por ofrecidos los medios probatorios y, previo a su admisión, se corrió traslado a la contraparte. Asimismo, se dispuso que PROVÍAS proceda con las exhibiciones solicitadas. PROVÍAS mediante escrito de 3 de julio de 2007, absolvió el traslado y procedió con las exhibiciones ordenadas. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 10 de 4 de julio de 2007, dispuso admitir los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO y tuvo por cumplido a PROVÍAS en la exhibición.

En la fecha programada, 11 de julio de 2007, se llevó adelante la Primera Audiencia Especial en la que las partes ilustraron al Tribunal Arbitral acerca de sus posiciones respecto de las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 15. Las partes presentaron sus respectivos power points que fueron incorporados al expediente arbitral.

Con fecha 13 de julio de 2007, se llevó adelante la Segunda Audiencia Especial, oportunidad en la cual ambas partes ilustraron al Tribunal Arbitral acerca de sus posiciones respecto de las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 16. Las partes presentaron sus respectivos power points que fueron incorporados al expediente arbitral. En este acto, mediante Resolución N° 13, el Tribunal Arbitral dispuso la realización de una Audiencia Especial adicional para profundizar en el análisis de estas pretensiones.

Mediante Resolución N° 14 de 16 de julio de 2007, se dispuso prorrogar la etapa probatoria hasta el 31 de agosto de 2007.

El 7 de agosto de 2007, se llevó adelante la Tercera Audiencia Especial, oportunidad en la que las partes expusieron sus posiciones acerca de las cuestiones técnicas relacionadas con las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 16. Las partes presentaron sus respectivos power points que fueron incorporados al expediente arbitral.

Mediante Resolución N° 16 de 15 de agosto de 2007, se dispuso prorrogar la etapa probatoria hasta el 14 de setiembre de 2007.

Con fecha 27 de agosto de 2007, se llevó adelante la Cuarta Audiencia Especial en la que las partes ilustraron al Tribunal Arbitral acerca de sus posiciones respecto de las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 17. Las partes presentaron sus

respectivos power points que fueron incorporados al expediente arbitral. En este mismo acto, el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de la contraparte el escrito del CONSORCIO ingresado el 27 de agosto de 2007 y admitió los medios probatorios ofrecidos.

El 6 de setiembre de 2007, se llevó adelante la Quinta Audiencia Especial en la que las partes ilustraron al Tribunal Arbitral acerca de sus posiciones respecto de las pretensiones referidas a la Ampliación de Plazo N° 18. Las partes presentaron sus respectivos power points que fueron incorporados al expediente arbitral. En este acto, el Tribunal Arbitral prorrogó el plazo de la etapa probatoria hasta el 5 de octubre de 2007.

El 28 de setiembre de 2007, se llevó adelante la Sexta Audiencia Especial en la que las partes ilustraron al Tribunal Arbitral acerca de la superposición de las ampliaciones de plazo solicitadas por el CONSORCIO. Las partes presentaron sus respectivos power points que fueron incorporados al expediente arbitral. En este acto, las partes y este colegiado acordaron un plazo final para que las partes presentaran diversa prueba documental, se fijó el término de la etapa probatoria el día 26 de octubre de 2007, se acordó la fecha máxima para la presentación de los alegatos escritos y se señaló la fecha de la audiencia de alegatos orales.

Mediante escrito ingresado el 5 de octubre de 2007, el CONSORCIO ofreció dentro del plazo dispuesto por el Tribunal Arbitral, el mérito de nueva prueba documental. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 19 de 11 de octubre de 2007, tuvo por ofrecidos estos documentos y, previo a su admisión, corrió traslado a la contraparte. Absuelto el traslado por parte de PROVÍAS mediante escrito de 17 de octubre de 2007, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 25 de 18 de octubre de 2007, dispuso admitir los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO.

PROVÍAS mediante escrito de fecha 11 de octubre de 2007, ofreció el mérito de los últimos tres calendarios de avance de obras. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 20 de 11 de octubre de 2007, tuvo por ofrecidos estos documentos y, previo a su admisión, corrió traslado a la contraparte. El CONSORCIO mediante escrito de 17 de octubre de 2007 absolvió el traslado, ante lo cual este colegiado mediante Resolución N° 26 de 18 de octubre de 2007, dispuso admitir los medios probatorios ofrecidos por PROVÍAS.

PROVÍAS mediante escrito de fecha 12 de octubre de 2007, cumplió con presentar copias suficientes de los Términos de Referencia correspondientes al Concurso Público para Supervisión CP N° 0005-2005-MTC/20, "Términos de Referencia Supervisión de Obras de Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera Izcuchaca-Huancavelica", cuya exhibición fuera ordenada por este colegiado en la Audiencia Especial de 28 de setiembre de 2007. Mediante Resolución N° 21 de 15 de octubre de 2007, se dispuso tener por cumplido el mandato y se corrió traslado a la contraparte. El CONSORCIO mediante escrito de 22 de octubre de 2007, absolvió el traslado respectivo. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 28 de 25 de octubre de 2007, dispuso tener por absuelto el traslado y por admitidos los medios probatorios ofrecidos por PROVÍAS.

PROVÍAS mediante sendos escritos ingresados el 15 de octubre de 2007, ofreció el mérito de nueva prueba documental. El Tribunal Arbitral mediante Resoluciones Nos. 23 y 24 de 16 de octubre de 2007, dispuso tener por ofrecidos los medios probatorios y previo a su admisión, se corrió traslado a la contraparte. El CONSORCIO mediante escritos de 22 de octubre de 2007, absolvió los respectivos traslados. Cabe destacar que en esta oportunidad el CONSORCIO ofreció el mérito de diversas resoluciones directorales emitidas por PROVÍAS en respuesta a nueva prueba que su contraparte ofreció en su momento. Mediante Resoluciones Nos. 27 y 29 de 25 de octubre de 2007, el Tribunal Arbitral dispuso tener por absuelto el traslado, admitir los medios probatorios ofrecidos por PROVÍAS y, además, los medios probatorios ofrecidos por el CONSORCIO.

Mediante Resolución N° 30 de 29 de octubre de 2007, el Tribunal Arbitral declaró concluida la etapa probatoria y ratificó el calendario de las audiencias finales.

Mediante escrito ingresado el 12 de noviembre de 2007, el CONSORCIO presentó en término oportuno sus alegatos escritos, ratificándose en los argumentos expresados en su demanda y a lo largo del proceso arbitral, solicitando que la demanda sea declarada fundada en todos sus extremos. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 32 de 14 de noviembre de 2007, tuvo presente los alegatos escritos de esta parte.

Mediante escrito ingresado el 12 de noviembre de 2007, PROVÍAS presentó en término oportuno sus alegatos escritos, ratificándose en los argumentos expresados en su contestación a la demanda y a lo largo del proceso arbitral, solicitando que la demanda sea declarada infundada en todos sus extremos. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 31 de 14 de noviembre de 2007, tuvo presente los alegatos escritos de esta parte.

Con fecha 3 de diciembre de 2007 y con la asistencia de ambas partes, se llevó adelante la Audiencia de Informe Oral, oportunidad en la que ambas partes se ratificaron en sus posiciones asumidas a lo largo del proceso arbitral. Luego de las preguntas realizadas por este colegiado, seguidamente y de

conformidad con lo dispuesto en el Acta de Instalación suscrito por las partes en señal de plena conformidad, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en cincuenta (50) días útiles, sin perjuicio del derecho del Tribunal Arbitral de ampliarlo discrecionalmente hasta por un máximo de quince (15) días útiles más.

Mediante Resolución N° 38 de 01 de febrero de 2008, el Tribunal Arbitral dispuso ampliar el plazo para laudar por quince (15) días útiles.

En consecuencia, estando cancelados los honorarios arbitrales, en este acto el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo legal y contractual.

Y CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES: Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral, o se impugnó o reclamó contra

las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral; (iii) que el CONSORCIO presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos; (iv) que PROVÍAS fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, éste Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.

II. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso corresponde al Tribunal Arbitral determinar lo siguiente en base a las pretensiones promovidas por el CONSORCIO:

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 15:

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

5. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 1.1 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15, consistente en 107 días calendario por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, correspondiente al mayor costo del transporte interno del material granular necesario para la elaboración de la mezcla asfáltica generado por el cambio de cantera.
 - 1.2 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 334 937,81 o alguna otra suma por este concepto.
 - 1.3 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma

que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.

- 1.4 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/2 334 937,81 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 334 937,81 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 15; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudo, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 16

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 16.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

6. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 2.1 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 16, consistente en 137 días calendario, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06, correspondiente al incremento del costo de la pavimentación por el mayor espacio de la sección vial entre el borde de la berma lateral y los bordes de las cunetas, así como la protección del talud de conformación del pavimento.
 - 2.2 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 988 665,93 o alguna otra suma por este concepto.

- 2.3 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
- 2.4 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/. 2 988 665,93 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 988 665,93 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 16; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudar, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Respecto a la Ampliación de Plazo N° 17

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 17.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

7. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 3.1. En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 17, consistente en 122 días calendario, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional, correspondiente a las actividades de lavado de los agregados de la Base Granular, lavado de los agregados para la elaboración de la Mezcla Asfáltica y presecado de la arena natural necesaria para la producción de Mezcla Asfáltica, no contemplados en el Expediente Técnico de Obra.
 - 3.2 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al recono-

cimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 291 584,77 o alguna otra suma por este concepto.

- 3.3 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
- 3.4 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/. 2 291 584,77 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 291 584,77 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 17; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudar, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Respecto a la ampliación de plazo N° 18

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 18.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

8. Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
 - 4.1 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 18, consistente en 12 días calendario, por impedimento de ejecución como consecuencia del período de lluvias y sus secuelas.
 - 4.2 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho con-

cepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 261 313,49 o alguna otra suma por este concepto.

- 4.3 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
- 4.4 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/ 261 313,49 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 261 313,49 por concepto de enriquecimiento sin causa, por haberse beneficiado indebidamente al no haber pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 18, por impedimento de ejecución como consecuencia del período de lluvias y sus secuelas; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudar, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Además, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse acerca de la condena de costas y costos del presente proceso arbitral.

III. ANÁLISIS

III.1. CUESTIÓN PREVIA: EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA PARCIAL DEDUCIDA POR PROVIAS RESPECTO DE LAS PRETENSIONES SUBORDINADAS A LAS SEGUNIDAS PRETENSIONES PRINCIPALES DEL CONSORCIO

Lo primero que este Tribunal Arbitral debe señalar, es que antes de analizar las pretensiones promovidas por el CONSORCIO, procederá a analizar y resolver la excepción de incompetencia parcial deducida por PROVIAS, que este colegiado dispuso oportunamente que fuera resuelta al momento de expedir el laudo arbitral, ya que estaba directa y estrechamente vinculada con el fondo de la controversia, razón por la cual requería agotar el análisis y discusión de los temas de fondo, a efectos de poder resolver debidamente dicha excepción.

PROVIAS ha sustentado esta excepción afirmando que las pretensiones de enriquecimiento sin causa no resultan ser pretensiones arbitrables por ser ajenas a la ejecución contractual, conforme a lo pactado en el convenio arbitral, la LCAE y la Ley General de Arbitraje. Esta entidad en la Audiencia Especial de 20 de junio de 2007, ha expresado que conforme a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la LCAE y el artículo 274 del RELCAE, el arbitraje únicamente se circunscribe al ámbito contractual, por lo que la acción de enriquecimiento sin causa se encuentra fuera del ámbito contractual (por ser extracontractual).

Por su parte, el CONSORCIO considera que el enriquecimiento sin causa es una consecuencia o efecto directo de una controversia generada en una relación jurídica contractual.

En tal sentido, el CONSORCIO solicita que se atienda a lo dispuesto en el artículo 53.2 de la LCAE concordado con los artículos 273 y 274 del RELCAE, que señalan que las controversias que surjan entre las partes desde la suscripción del contrato, sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de éste se resolverán mediante conciliación o arbitraje.

Además, el CONSORCIO observa que en la Cláusula Décimo Tercera de EL CONTRATO, las partes han acordado de manera expresa que “cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante el procedimiento de arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control... y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley”.

Por último, el CONSORCIO en la Audiencia Especial de 20 de junio de 2007, hizo referencia al Caso 825-06 resuelto el 15 de diciembre de 2006 por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en los seguidos por el Proyecto de Infraestructura de Transporte Departamental –Provías Departamental con el Consorcio Cosapi-TRANSLEI. El CONSORCIO presentó copia de esta decisión, mediante escrito de 6 de julio de 2007.

Sobre este particular, el artículo 53 de la LCAE (Texto Único Ordenado de la Ley Nº 26850, aprobado por Decreto Supremo Nº 083-2004-PCM) en su parte pertinente, dispone expresamente lo siguiente:

53.1. Durante el proceso de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los participantes y postores con arreglo a las normas de esta Ley y del Reglamento. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento obligatorio. Los precedentes de observancia obligatoria serán declarados expresamente, conforme lo disponga el Reglamento.

53.2. *Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato...* (el subrayado es nuestro)

En opinión de este Tribunal Arbitral, esta disposición legal no deja duda alguna acerca de que las controversias (todas) que surjan entre las partes desde la suscripción de EL CONTRATO, necesariamente tienen que resolverse en la vía arbitral, sin que en momento o en forma alguna se limite, como pretende PROVÍAS, materia alguna que surja de su ejecución, como claramente puede ser un supuesto de enriquecimiento sin causa, cuyo antecedente directo es la ejecución de un contrato.

Es más, el mencionado artículo 53.2 de la LCAE, remite al acuerdo de las partes la determinación de lo que se someterá a arbitraje, verificando que en este caso las partes de esta controversia han pactado expresamente lo siguiente:

Numeral 13.1 de la cláusula Décima Tercera de EL CONTRATO: "DÉCIMO TERCERA: CLÁUSULA ARBITRAL

13.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23º de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley". (el subrayado es nuestro)

Como se puede verificar, las partes de este proceso de manera expresa han acordado que CUALQUIER CONTROVERSIA QUE SURJA DESDE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO será necesariamente remitida a arbitraje, salvo las excepciones contenidas en la Ley N° 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley, no existiendo ley alguna que excluya de este arbitraje un supuesto reclamo por enriquecimiento sin causa derivado de una ejecución contractual.

Esto ha sido expresamente reconocido por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en los seguidos por el Proyecto de Infraestructura de Transporte Departamental –Provías Departamental con el Consorcio Cosapi-TRANSLEI, en su decisión de 15 de diciembre de 2006 (Caso 825-06), cuando en el numeral Octavo de la parte considerativa señaló expresamente 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 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 7º del artículo 73 y el inciso 4º del artículo 1 de la Ley 26572...". (el subrayado es nuestro)

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en la LCAE y en el pacto expreso de arbitraje de las partes, no resulta amparable la excepción de incompetencia parcial deducida por PROVÍAS.

III.2. CONSIDERACIONES COMUNES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

III.2.1 RESPECTO DE LAS PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS AMPLIACIONES DE PLAZO

De manera preliminar al análisis específico de cada uno de los puntos controvertidos, el Tribunal Arbitral advierte que existen aspectos comunes sobre los cuales resulta

necesario fijar su posición, por cuanto que esto afecta a tres de las cuatro ampliaciones de plazo que son materia de este proceso (ampliaciones de plazo N° 16,17 y 18).

Así pues en lo que respecta a las referidas ampliaciones de plazo se aprecia y además ha quedado advertido de manera muy clara en las diversas audiencias que se han realizado a lo largo del proceso que, éstas se han presentado cuando había vencido el plazo contractual vigente según el Calendario de Avance de Obra (CAO) aprobado al momento de la presentación de la respectiva solicitud de ampliación. No obstante, el CONSORCIO refiere que a la fecha de presentación de estas solicitudes ya se encontraban en trámite otras solicitudes de ampliación previamente presentadas por motivos distintos, siendo que incluso finalmente varias de ellas terminaron siendo aprobadas por PROVÍAS.

A efectos que el Tribunal Arbitral forme una posición respecto de la oportunidad en que conforme a la ley debe efectuarse la presentación de la solicitud de ampliación de plazo, es de tener en cuenta que será necesario analizar lo señalado en la norma aplicable y ello conlleva al análisis de los artículos 258° y especialmente del 259° del RELCAE, los cuales establecen textualmente lo siguiente:

“Artículo 258°.- Causales

De conformidad con el Artículo 42° de la Ley, el contratista podrá solicitar la ampliación de plazo pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen el calendario de avance de obra vigente:

- 1) Atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista;
- 2) Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad;
- 3) Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.”

“Artículo 259°.- Procedimiento

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el Artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista por medio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

Dentro de los siete (7) días siguientes, el inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro de los plazos señalados, se considerará ampliado el plazo bajo responsabilidad de la Entidad.

La ejecución de obras adicionales será causal de ampliación de plazo sólo si éstas conllevan la modificación del calendario de avance de obra.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución (las negrillas y el subrayado son nuestras)

Consecuentemente de la lectura del último de los artículos citados, se aprecia claramente que las partes conocían perfectamente desde el inicio de EL CONTRATO que: **(i)** era de aplicación al mismo las disposiciones contenidas en el RELCAE (cláusula 27.3 de EL CONTRATO) y, **(ii)** que las solicitudes de ampliación de plazo que se pudiesen presentar debían efectuarse conforme a las disposiciones fijadas en esa norma y que se han citado precedentemente.

En este contexto, surge la pregunta: ¿qué debe entenderse como plazo vigente de ejecución? Así, a criterio del Tribunal Arbitral dicho plazo no puede ser otro que aquél que se haya vigente al momento en el cual se debe presentar la causal, lo que no necesariamente es igual que el plazo de ejecución previsto inicialmente en el contrato, ya que éste puede ser ampliado; sino el que se encuentra aceptado por las partes al momento de la presentación de la solicitud.

De acuerdo con el Diccionario de Términos Jurídicos del Dr. Pedro Flores Polo, “vigente” significa: “lo que es de observancia obligatoria, especialmente con referencia a las leyes y demás normas de carácter legal”⁽¹⁾. A su vez, de acuerdo con el Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española Sopena⁽²⁾, el término “vigente” alude a aquello que se haya en vigor, es decir a aquello que tiene eficacia o que tiene fuerza de obligación.

De acuerdo con lo expresado, este Tribunal Arbitral considera que la oportunidad para la presentación de la solicitud de una ampliación de plazo conforme lo exige el artículo 259º del RELCAE está limitada por la fecha de culminación del contrato que esta vigente (en vigor) al momento en que se solicita, aún cuando posteriormente esa fecha pueda variar. Por tanto no puede considerarse que se cumple con el referido requisito objetivo si al momento en que se presenta la solicitud la vigencia del mismo ya culminó, aún cuando posteriormente se pueda aprobar una ampliación contractual en virtud de otros pedidos anteriores.

En este sentido, el Tribunal Arbitral aprecia que la oportunidad fijada en el artículo 259º es objetiva y como tal debe ser respetada por las partes, siendo que además encuentra plena justificación por que permite a los contratantes conocer siempre el momento hasta el cual se deben presentar sus solicitudes de ampliación de plazo, de lo contrario se generaría un desorden respecto de dicho momento u oportunidad, ya

(1) FLORES POLO, Pedro, Diccionario de Términos Jurídicos, 1era. Reimpresión, Editores Importadores S.A. Lima – Perú, 1984, p. 630.

(2) Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española Sopena, Tomo IV, Editorial Ramón Sopena S.A., Barcelona, 1968.

que en términos prácticos sería sumamente difícil fijar este límite temporal en caso se aceptase que éste es uno que pudiese variar en función de solicitudes de ampliaciones de plazo que aun cuando hayan sido solicitadas con anterioridad por otras causales resultasen siendo aprobadas posteriormente. En otros términos, ¿cómo se podría atender una solicitud de ampliación de plazo en el escenario planteado por el CONSORCIO si resulta que previamente se haya en discusión una solicitud de ampliación de plazo no atendida por otras causales?

Incluso es de advertir que la necesidad de contar con este parámetro temporal de manera objetiva y clara, ha sido reconocido por el propio CONSORCIO a lo largo del proceso, al sustentar que su derecho a ampliación de plazo debe ser meritudo conforme al artículo 42 de la LCAE y el artículo 259 del RELCAE sobre la base del Calendario de Avance de Obra Vigente a ese momento, y no así sobre otros parámetros como ha venido sosteniendo PROVÍAS.

De otro lado, es necesario también analizar qué debe entenderse por “presentación de la solicitud de ampliación”, toda vez que respecto de la ampliación de plazo N° 18 el CONSORCIO ha señalado que tramitó dicha solicitud de ampliación a través de la vía notarial con fecha 17 de noviembre del 2006 (la cual si estaría considerada dentro del plazo vigente de ejecución de la obra); empero también ha quedado acreditado que dicha comunicación notarial fue cursada a un domicilio distinto del fijado por PROVÍAS, por lo cual no puede considerarse que esta comunicación surtió efectos. No obstante adicionalmente es de mencionar que a criterio de este Tribunal Arbitral: (i) el CONSORCIO tenía 15 días para haber remitido su comunicación no debiendo esperar hasta el último día para ello y menos si era previsible, como sostiene, que podía tener problemas por ausencia por elecciones, problemas que en todo caso, salvo la mención hecha, no se han acreditado; y (ii) además por que ni siquiera se dejó constancia de este hecho al primer día hábil siguiente por algún otro medio (fax, correo electrónico, anotación en el cuaderno de obra u otro) sino que recién se entregó la referida carta después de 2 días hábiles (21 de noviembre de 2006).

Por tanto a criterio del este Tribunal, es claro que la solicitud de ampliación de plazo N° 18 fue presentada el día 21 de noviembre 2006.

III.2.2 RESPECTO A LA NATURALEZA DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA Y LA POSIBILIDAD DE INVOCAR ESTA FIGURA CUANDO SE PIERDE LA OPORTUNIDAD DE RECLAMAR UN DERECHO POR LA VÍA LEGALMENTE PREVISTA PARA ELLO

A continuación analizaremos brevemente la figura del enriquecimiento sin causa a fin de establecer su aplicabilidad a los hechos objeto de análisis.

Como es sabido, el fundamento de la institución del enriquecimiento indebido radica en la necesidad de equilibrar las relaciones entre particulares, a fin de evitar que un sujeto vea disminuido su patrimonio y otro lo vea aumentado sin que exista un título jurídico que lo justifique.

En este sentido, Díez-Picazo⁽³⁾ señala:

“Todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considere como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, a favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución.” (el subrayado es nuestro)

Así, el “enriquecimiento sin causa”, “enriquecimiento indebido”, “enriquecimiento injusto” o “enriquecimiento torticero”, se presenta cuando una persona recibe una ventaja, provecho o utilidad, sin fundamento jurídico, **de tal modo que el ordenamiento otorga al empobrecido este remedio jurídico para evitar que un sujeto vea disminuido su patrimonio y otro lo vea aumentado sin que exista un título jurídico que lo justifique.**

De acuerdo con la doctrina, los presupuestos para la existencia de un supuesto de enriquecimiento sin causa son tres⁽⁴⁾: **(i)** el enriquecimiento del beneficiario; **(ii)** el correlativo empobrecimiento del afectado, y; **(iii)** la falta de causa justificativa del enriquecimiento.

El primer requisito alude a la existencia de una ventaja, utilidad o provecho que el beneficiario haya recibido; es decir, un aumento patrimonial. **En tal sentido, el enriquecimiento será la diferencia favorable que exista entre el estado actual del patrimonio del beneficiado y el estado que éste tendría si el enriquecimiento ilegítimo no se hubiere dado.**

Respecto de este primer requisito, se afirma en la Exposición de Motivos del Código Civil que:

“Debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente -como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente- como el ahorro de un gasto inminente y de ‘otro modo inevitable’. No siempre es, pues, necesariamente, un aumento o incremento patrimonial sino que puede aparecer como ahorro de gastos o preservación de un patrimonio”⁽⁵⁾.

(3) DIEZ-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen Primero, Madrid, Editorial Civitas, 5ª Edición, 1996, pp. 89-99.

(4) En este sentido, DIEZ-PICAZO, Luis, cit., pp. 99-104.

(5) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, Enriquecimiento sin causa. En: Código Civil. Volumen VI, Exposición de Motivos y Comentarios. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, Compiladora Delia Revoredo de Debakey, Lima, 1985, p. 775.

Este razonamiento se encuentra en la base de la distinción que la doctrina ha efectuado al diferenciar dos clases de enriquecimiento sin causa: el enriquecimiento positivo y el enriquecimiento negativo.

El enriquecimiento positivo se traduce en un real incremento del patrimonio del enriquecido. Al respecto, sostiene Díez Picazo que:

“(...) se produce por un aumento efectivo del patrimonio del interesado. El aumento del patrimonio del interesado puede producirse, bien por un incremento del activo patrimonial o bien por una disminución del pasivo”⁽⁶⁾.

En cambio, el enriquecimiento negativo supone la existencia de determinados actos que han evitado que el patrimonio del enriquecido disminuya, a expensas del patrimonio del empobrecido. Así, tenemos que se sostiene que el enriquecimiento negativo se presenta:

“(...) en todos aquellos casos en que se evita en todo o en parte una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber sido producida necesariamente”⁽⁷⁾.

Debe tenerse en cuenta que el carácter patrimonial del enriquecimiento sin causa está directamente vinculado con el hecho que el patrimonio del enriquecido se ve beneficiado de alguna manera, ya sea positivamente o negativamente. Ahora bien, este beneficio no debe entenderse como un beneficio “en dinero”, sino como un beneficio patrimonial de cualquier índole susceptible de valoración pecuniaria.

Sin embargo, la sola existencia de un enriquecimiento no es suficiente para la existencia de un supuesto de enriquecimiento sin causa. Adicionalmente, es necesario que dicho enriquecimiento se produzca como consecuencia del detrimento patrimonial de otra persona (relación de causalidad). Esto quiere decir que será necesaria la existencia de una pérdida pecuniaria del afectado a fin que se configure un supuesto de enriquecimiento sin causa.

Dicha disminución o empobrecimiento del afectado podrá darse ya sea por la salida de un valor del patrimonio del afectado, por la prestación de un servicio por el cual no se ha recibido contraprestación alguna, o por la no obtención de un lucro que le hubiere correspondido.

Cabe señalar que no nos encontraremos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa cuando el empobrecimiento del afectado le sea imputable directamente (por ejemplo, por una actuación de mala fe) o cuando éste haya asumido voluntariamente tal disminución (por ejemplo, mediante la asunción de un riesgo contractual).

(6) DIEZ PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, cit., p. 101.

(7) DIEZ PICAZO, Luis, *Ibíd.*, p. 102.

Finalmente, el último requisito para la existencia del supuesto bajo análisis es precisamente la falta de causa del enriquecimiento; es decir, que éste se presente como injustificado. Así, ha señalado Enneccerus que la pretensión de enriquecimiento no nace por el sólo hecho que uno se enriquezca a costa de otro, sino que es menester que falte una justa causa en la que se funde dicho enriquecimiento⁽⁸⁾.

En efecto, la lógica que subyace a la figura del enriquecimiento sin causa es precisamente la existencia de una transferencia de un valor económico sin que medie una razón para ello; es decir, una situación jurídica que permita al beneficiario recibir la ventaja económica y conservarla (como por ejemplo un contrato o un mandato legal).

Esto sucede cuando no existe una relación jurídica que sea causa del enriquecimiento o, cuando habiendo existido la relación, el enriquecimiento que se ha producido no es una consecuencia natural de dicha relación. En la Exposición de Motivos del Código Civil se afirma que la ausencia de causa se presenta:

“(...) en sentido de falta de título o razón de ser del enriquecimiento del enriquecido y del correlativo empobrecimiento del empobrecido”⁽⁹⁾.

Sobre el particular ha sostenido De la Cámara que:

“En el enriquecimiento sin causa, por consiguiente, la función de la causa, en cuanto elemento que justifica la acción restitutoria, hay que enfocarla desde una perspectiva negativa. Hay enriquecimiento sin causa justamente cuando la causa falta, y causa es, como he dicho, la causa eficiente.”⁽¹⁰⁾

Para que pueda ampararse una acción de esta naturaleza debemos estar, por tanto, frente a una falta de causa justa respecto de la atribución en el patrimonio del enriquecido. Además, debemos tener en cuenta que la causa de la atribución patrimonial es justa cuando se presenta una:

“(...) 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”⁽¹¹⁾.

(8) ENNECCERUS, Ludwing, Tratado de Derecho Civil. Obra de ENNECCERUS, Ludwing, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, Segundo Tomo. Derecho de Obligaciones. Volumen Segundo. Barcelona. Doctrina Especial. Bosch / Casa Editorial, pp. 566-615.

(9) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, *cit.*, p. 776.

(10) DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, Enriquecimiento injusto y sin causa, en: “Dos Estudios...”, *cit.*, p. 170. Téngase presente que el autor considera como causa eficiente “*al supuesto de hecho al que el Derecho objetivo vincula el efecto jurídico en que el enriquecimiento consiste*”, p. 168.

(11) DIEZ PICAZO, Luis, “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, *cit.*, p. 104.

Debe corresponder, por tanto, que el Tribunal Arbitral analice a continuación si los requisitos del enriquecimiento sin causa concurren o no en el caso bajo análisis. Sin embargo, antes de ello resulta imprescindible analizar una condición indispensable para la procedencia de toda pretensión de enriquecimiento sin causa: ¿existía otra acción por la cual el CONSORCIO podía obtener la indemnización que solicita?

El artículo 1955º del Código Civil establece respecto de la procedencia de toda pretensión de enriquecimiento sin causa:

“La acción a que se refiere el artículo 1954º no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.”

Es precisamente sobre la base de la citada norma que, como hemos mencionado, PROVÍAS ha señalado que la pretensión subordinada planteada por el CONSORCIO a fin que cumpla PROVÍAS con el pago de una indemnización por enriquecimiento sin causa, debe ser declarada improcedente, toda vez que el CONSORCIO ha demandado como Pretensión Principal la ejecución de EL CONTRATO (el pago).

Atendiendo a que en el presente caso el CONSORCIO ha planteado su pretensión de indemnización por enriquecimiento sin causa de manera subordinada a una pretensión principal, el Tribunal Arbitral considera necesario determinar previamente si, a la luz de lo establecido en el artículo 1955º del Código Civil es posible plantear, en el presente caso, como pretensión subordinada una acción de enriquecimiento sin causa.

El artículo 1955º del Código Civil no señala de manera expresa si la acción de enriquecimiento sin causa es autónoma o subsidiaria y cuáles son sus efectos diversos, de existir éstos.

Debe tenerse en cuenta que para quienes sostienen la autonomía de la acción de enriquecimiento sin causa, ésta es totalmente independiente y autónoma, de tal manera que puede concurrir con otras acciones para corregir los desequilibrios patrimoniales originados en atribuciones incausadas. Por tanto, cuando se opta por esta posición, no es posible limitar su ejercicio a la no existencia de otra acción para el empobrecido.

En cambio, quienes sostienen la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento sin causa, afirman que si el empobrecido puede o ha podido ejercitar una acción de cualquier naturaleza, el principio de subsidiariedad impide el ejercicio de la acción *in rem verso*. Así, Cámara Álvarez afirma que:

“(…) siempre que exista una acción prevista por el Derecho positivo que permita evitar el empobrecimiento, debe recurrirse primero a dicha acción y sólo si la misma no puede ejercitarse o si tal acción no existe, podrá invocarse el enriquecimiento sin causa.”⁽¹²⁾ (el subrayado es nuestro)

(12) DE LA CÁMARA ALVAREZ, Manuel, *cit.*, p. 191.

En este orden de ideas, cuando en un ordenamiento jurídico se establece que la acción de enriquecimiento sin causa sólo procede cuando la persona que ha sufrido un perjuicio no puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización, se está estableciendo un requisito para la procedencia de la acción.

Más allá del hecho que no es adecuada la utilización del término “subsidiario” porque subsidiario es todo aquello que refuerza o suple algo principal⁽¹³⁾, por lo que una acción subsidiaria es la acción que robustece o suple a otra que es principal; y, por lo tanto, no cabe hablar de subsidiariedad cuando no se puede ejercitar otra acción porque entonces no existe nada que robustecer o suplir, lo cierto es que la ausencia de cualquier otra acción sólo puede entenderse como un requisito para la procedencia de la acción de enriquecimiento sin causa.

Los comentaristas del Código Civil peruano han tomado una posición ecléctica respecto de la autonomía o subsidiariedad de la acción, en el sentido de considerar a esta última como una acción de “cierre” sólo ejercitable en casos extremos.

Así, se sostiene en la Exposición de Motivos del Código Civil que:

“Debe aclararse el carácter independiente de la acción por enriquecimiento sin causa y para ello es imprescindible relevar que la acción in rem verso no procede en los casos de enriquecimiento con causa, es decir, del enriquecimiento que proviene de una fuente legítima y regular. (...) Con la explicación que precede se esclarece el dilema de si la acción in rem verso es o no subsidiaria de toda otra acción, es decir, si sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo. En principio, la acción es independiente. Lo que ocurre es que sólo procede cuando se dan todos los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa. No procede pues, en los casos de responsabilidad civil derivada de actos jurídicos válidos, ni en los casos de responsabilidad legal ni, en general, en los casos que el enriquecimiento presenta una causa jurídica, y en los que otros tipos de acciones son las procedentes, y otros requisitos los exigidos.”⁽¹⁴⁾ (el subrayado es nuestro)

Más allá pues de la discusión respecto de la subsidiariedad o la autonomía de esta acción, y más allá del contenido que pueda dársele a la “subsidiariedad”, lo cierto es que en cualquier posición, la no existencia de otra acción para ejercitar la acción de enriquecimiento sin causa es un requisito para su procedencia.

(13) FLORES POLO, Pedro, Diccionario de Términos Jurídicos. Volumen 4. Vocablo: “Subsidiariamente”. Marsol Perú Editores. Trujillo. 1987. p. 281. Subordinar significa “sujetar a alguien o algo a la dependencia de otra persona o cosa” (Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición. Tomo 9, Editorial Espasa. Madrid, 2001, p. 1426).

(14) REVOREDO DE DEBAKEY, Delia, *cit.*, p. 778.

III.3 ANÁLISIS DE CADA UNO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

III.3.1 Respecto a la Ampliación de Plazo N° 15:

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

3.1.1 Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Con relación a este extremo hay que tener en cuenta en principio que la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 de fecha 01 de diciembre de 2006, resuelve declarar improcedente la solicitud de ampliación de plazo N° 15, básicamente por los argumentos siguientes:

Recogiendo los argumentos expresados por la Supervisión, señala que:

- El contratista no ha justificado documentadamente la causal de acuerdo con el numeral 3.4 de EL CONTRATO.
- El contratista no ha cumplido con determinar la fecha de la ocurrencia o fin de la causal.
- Resulta imposible que la supuesta demora en la aprobación de un documento, que es elaborado y tramitado, posteriormente a la fecha programada de culminación de la partida 410.C Carpeta Asfáltica, haya afectado el inicio y la ejecución de la citada partida.

Recogiendo los argumentos expresados por el Especialista de obras señala que:

- El cambio de cantera obedeció a una solicitud del CONSORCIO, formulada mediante Carta ICHU 218-26895-06 (30-MAY.06), en la que indicaba que la implementación de esta cantera representaba un ahorro para el Estado.
- Con Carta ICHU 218-27324-06 (12.JUL.06) el CONSORCIO ratificó su renuncia a cualquier ampliación de plazo y a los mayores gastos generales que pudieran generarse por este cambio; sin embargo indicó que el costo real necesario para procesar y transportar los agregados de la Cantera del Km, 70+630 del Río Ichu, tendría que ser reconocido (mayores costos de transporte).

- El Presupuesto Adicional N° 05 comprende ocho partidas, las que son nuevas y corresponden al mayor costo de transporte por cambio de cantera y transporte interno, siendo el grueso del costo pagado con la partida del contrato principal, por lo que el gran costo de la partida de transporte está incluido en el contrato principal sin impedimento alguno de ejecución.
- La Partida 410.C Carpeta Asfáltica se hubiera visto afectada siempre y cuando el CONSORCIO hubiera estado listo para ejecutarla y se hubiera visto impedido de hacerlo.
- Para ejecutar dicha partida, es requisito tener una mezcla asfáltica aprobado, base granular imprimada y el equipo disponible, agregando que el diseño de mezcla asfáltica fue presentado a EL SUPERVISOR para su aprobación con Carta N° 275-2006-CVI del 14.SET.06 y el equipo no había sido movilizado hasta la presentación de la ampliación de plazo.
- El avance de esta partida se logró con la participación del equipo del tramo contiguo, situación que ha sido observada y reclamada por EL SUPERVISOR y PROVÍAS, por lo que cualquier demora en la ejecución es consecuencia de las propias limitaciones del CONSORCIO.

Teniendo en cuenta lo expresado, y fundamentalmente teniendo en consideración que el CONSORCIO tiene por objetivo que se le reconozca su pedido de ampliación de plazo N° 15, corresponde analizar si la Resolución N° 3734-2006-MTC/20 deviene en nula al ser contraria al ordenamiento legal al haber declarado improcedente lo peticionado.

En este orden de ideas, y luego de la revisión de lo actuado en el proceso, el Tribunal Arbitral estima pertinente hacer las siguientes precisiones:

- Que, el Presupuesto Adicional N° 05 se sustentó en el cambio de cantera, por lo que al haberse aprobado el mismo, carece de objeto pronunciarse respecto de la necesidad de dicha modificación del expediente ya que ello fue reconocido por PROVÍAS en su oportunidad, no pudiendo sostenerse válidamente ahora que ello obedeció a un pedido sin implicancia adicional alguna por parte del CONSORCIO.
- Que, el pedido de la ampliación de plazo N° 15 no deriva de la ejecución de las actividades de extracción de material de la nueva cantera ni por el transporte del mismo, sino de la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05.
- Que, de conformidad con la cláusula 10.1 de EL CONTRATO, sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente previamente con disponibilidad presupuestal y con la Resolución aprobatoria de la máxima autoridad administrativa de PROVÍAS, siempre y cuando restándose los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen del 10% del monto del contrato original, lo

cual resultaba concordante con la Quinta Disposición Final de la Ley N° 28411. Ello significa en consecuencia que el CONSORCIO no estaba obligado a ejecutar ninguna actividad vinculada a un adicional si es que previamente no contaba con la resolución aprobatoria.

- Que, en el artículo 42º de la LCAE establece que: *“El contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenos a su voluntad, atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad contratante, y por caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados que **modifiquen el calendario contractual**”.* (las negrillas y el subrayado son nuestras)
- Que, a su vez el artículo 259 del RELCAE señala que: *“Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, durante la ocurrencia de la causal, el contratista por intermedio de su residente, deberá anotar en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora haya afectado el calendario de avance vigente”.*
- Que, de acuerdo con las normas precitadas, y bajo el mismo razonamiento que se ha expresado en el punto III.2.1 del presente laudo; es claro a este Tribunal Arbitral que la afectación o no a la ejecución de la obra para los fines de las solicitudes de las ampliaciones de plazo se determinan en función del Calendario de Avance de Obra Vigente, y no sobre la base de una constatación física en el momento, ya que es el contratista quien debe cumplir en los plazos establecidos en el referido calendario y en caso de no hacerlo se sujeta a las responsabilidades y penalidades que la normativa establece.
- Que, conforme al CAO vigente a la fecha de presentación de la solicitud de ampliación de plazo (CAO N° 5) la Partida 410.C relativa a la Carpeta Asfáltica debía iniciarse el 01 de agosto del 2006 y terminar el 20 octubre del 2006.
- Que, no existe discusión entre las partes respecto a que previamente al inicio de la Partida 410.C era necesario hacer la extracción del material de la cantera, así como tampoco que la ejecución de dicha partida constituía parte de la ruta crítica del proyecto.
- Que, la Resolución por la cual se aprueba el presupuesto adicional N° 05 es recién de fecha 05 de enero del 2007, vale decir cerca de 170 días después que el CONSORCIO haya solicitado el cambio de cantera (con renuncia a la ampliación de plazo y a los respectivos gastos generales).
- Que, a criterio de este Tribunal Arbitral resulta claro que el tiempo que se tomó PROVÍAS para aprobar el Presupuesto Adicional N° 05

resultaba excesivo, cerca del 90% del plazo de ejecución previsto inicialmente para todo el contrato; por lo que la demora en la aprobación de dicho adicional, no puede ser imputable al CONSORCIO y menos entenderse que la Carta ICHU 218-27324-06 de fecha 12.07.06, por la que el CONSORCIO expresó su renuncia a una ampliación de plazo y a mayores gastos generales generados por el cambio de cantera, involucra una licencia o patente para que PRO-VÍAS pueda tomarse el tiempo que considere necesario para aprobar el Presupuesto Adicional N° 05, ya que ésta se encuentra referida en esencia a una ampliación de plazo por el hecho mismo del cambio de la cantera y los gastos generales que ello pudiese ocasionar, pero no así a lo que en este proceso se ha solicitado.

- Que, las cláusulas 3.4 y 3.5 de EL CONTRATO establecen que las ampliaciones de plazo deben ser justificadas documentalmente y cumpliendo lo establecido en el artículo 258 y 259 del RELCAE; siendo que revisada la solicitud de ampliación de plazo N° 15 se aprecia que en ella se establece claramente: (i) que el pedido se sustenta en la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 05; (ii) que se adjuntan las copias de los Asientos 937 y 942 del cuaderno de obra; (iii) que se indica que la afectación al calendario se está produciendo en lo que respecta a la Partida 410.C que debía iniciarse el 01 de agosto del 2006 sin que hasta la fecha de presentación de la solicitud de ampliación se haya aprobado el presupuesto adicional. Consecuentemente, a criterio de este Tribunal Arbitral es claro que el CONSORCIO sí cumplió con la formalidad establecida en el artículo 259 del RELCAE al haber solicitado, sustentado y cuantificado su pedido de ampliación de plazo, más aún si conforme a dicho artículo dicha solicitud debía presentarse dentro del plazo de ejecución vigente.

En razón de los argumentos expresados por el Tribunal Arbitral le resulta claro que conforme a la normatividad aplicable, en el presente caso estamos frente a una causal de ampliación de plazo por un motivo no imputable al contratista prevista en el artículo 258 del RELCAE y que se tramitó conforme lo establece el artículo 259 de la misma norma; por lo que dicha solicitud de ampliación debió ser atendida por PRO-VÍAS en su oportunidad. Siendo ello así, al haberse emitido la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 declarando improcedente la solicitud de ampliación de plazo solicitada, dicha resolución deviene en nula al incurrir en el supuesto tipificado en el artículo 10 numeral 1 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General en cuanto señala que son nulas las Resoluciones emitidas contraviniendo la Constitución y las leyes.

3.1.2 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15, consistente en 107 días calendario por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05, correspondiente al

mayor costo del transporte interno del material granular necesario para la elaboración de la mezcla asfáltica generado por el cambio de cantera.

En atención a las razones expuestas en el punto anterior, el Tribunal Arbitral considera que corresponde se declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15 presentada por el CONSORCIO por 107 días calendarios, plazo transcurrido entre el 01 de agosto del 2006 y el 16 de noviembre de 2006 (fecha en que se solicita la ampliación de plazo parcial).

3.1.3 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 334 937,81 o alguna otra suma por este concepto.

Teniendo en cuenta que se ha declarado fundada la ampliación de plazo N° 15 presentada por el CONSORCIO y que el artículo 261° del RELCAE establece el procedimiento a seguir para la determinación del cálculo de los mayores gastos generales como consecuencia de una ampliación de plazo, el Tribunal Arbitral considera que corresponde que PROVIAS reconozca a el CONSORCIO la suma de S/ 2 334 937,81 por concepto de gastos generales de 107 días calendarios, tal y como han sido reclamados, más aun si los índices señalados por el CONSORCIO no han sido objeto de cuestionamiento.

3.1.4 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.

Teniendo en cuenta lo señalado en el punto precedente, este Tribunal Arbitral considera que PROVIAS debe reconocer a favor del CONSORCIO los intereses legales que sobre la suma de S/. 2 334 937,81 se devenguen desde la fecha de presentación de la demanda, esto es, desde el 9 de abril de 2007 y hasta el cumplimiento definitivo del presente laudo.

3.1.5 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/2 334 937,81 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 334 937,81 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 15; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudar, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

Al haberse considerado procedente los puntos anteriores, carece de objeto que el Tribunal Arbitral se pronuncie respecto de este extremo.

III.3.2 Respecto a la Ampliación de Plazo N° 16

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 16.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

- 3.2.1 Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
- 3.2.2 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3735-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 16, consistente en 137 días calendario, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 06, correspondiente al incremento del costo de la pavimentación por el mayor espacio de la sección vial entre el borde de la berma lateral y los bordes de las cunetas, así como la protección del talud de conformación del pavimento.
- 3.2.3 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 988 665,93 o alguna otra suma por este concepto.
- 3.2.4 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
- 3.2.5 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/. 2 988 665,93 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 988 665,93 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 16; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudo, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

III.3.3 Respecto a la Ampliación de Plazo N° 17

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 17.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

- 3.3.1 Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
- 3.3.2 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3736-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 17, consistente en 122 días calendario, por la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional, correspondiente a las actividades de lavado de los agregados de la Base Granular, lavado de los agregados para la elaboración de la Mezcla Asfáltica y presecado de la arena natural necesaria para la producción de Mezcla Asfáltica, no contemplados en el Expediente Técnico de Obra.
- 3.3.3 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 2 291 584,77 o alguna otra suma por este concepto.
- 3.3.4 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
- 3.3.5 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/. 2 291 584,77 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 2 291 584,77 por concepto de enriquecimiento sin causa al no haberse pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 17; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudar, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

III.3.4 Respecto a la ampliación de plazo N° 18

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 del 01.DIC.06 referida por carecer de fundamentos técnicos y legales.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 18.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, en caso no se conceda la segunda pretensión principal, se declare una indemnización por enriquecimiento sin causa.

Puntos Controvertidos:

- 3.4.1 Determinar si procede declarar la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20 del 01 de diciembre de 2006 por carecer de fundamentos técnicos y legales.
- 3.4.2 En caso de declararse la nulidad de la Resolución Directoral N° 3737-2006-MTC/20; determinar si corresponde que se declare fundada la solicitud de Ampliación de Plazo N° 18, consistente en 12 días calendario, por impedimento de ejecución como consecuencia del período de lluvias y sus secuelas.
- 3.4.3 Si se declara fundada la solicitud de ampliación de plazo, determinar si corresponde que en este caso se proceda al reconocimiento de gastos generales, y determinar si por dicho concepto de gastos generales corresponde la suma de S/ 261 313,49 o alguna otra suma por este concepto.
- 3.4.4 En caso se considere que es atendible el pago por concepto de gastos generales; determinar si corresponde que sobre la suma que pudiese resultar, de ser el caso, se reconozca la obligación de PROVIAS NACIONAL de reconocer los intereses que se devenguen hasta la fecha de pago.
- 3.4.5 En caso se desestime el pedido de ampliación de plazo y el pago de la suma de S/ 261 313,49 por concepto de gastos generales que se reclaman; se determine si corresponde que PROVIAS NACIONAL pague al demandante la suma de S/. 261 313,49 por concepto de enriquecimiento sin causa, por haberse beneficiado indebidamente al no haber pagado al demandante los gastos generales correspondientes a la ampliación de plazo N° 18, por impedimento de ejecución como consecuencia del período de lluvias y sus secuelas; debiendo tenerse en cuenta que a efectos de resolver este extremo, el Tribunal deberá analizar previamente o al momento de laudo, su competencia teniendo en cuenta la oposición parcial que se ha formulado por PROVIAS NACIONAL.

ANÁLISIS COMÚN A LAS AMPLIACIONES DE PLAZO Nos. 16,17 y 18

En relación a los pedidos de ampliación de plazo Nos. 16,17 y 18, el Tribunal Arbitral hace presente que en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, se dejó expresa constancia que las premisas previas a cada una de las preguntas establecidas como puntos controvertidos son meramente referenciales, dirigidas a una lectura más simple de los puntos controvertidos y que por ello el Tribunal Arbitral podrá omitir, ajustar o interpretar dichas premisas a la luz de las respuestas dadas a otros puntos, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo.

En este sentido, el Tribunal Arbitral advierte que el objeto básico de los cuestionamientos a las Resoluciones Directorales Nos. 3735-2006-MTC/20, 3736-2006-MTC/20 y 3737-2006-MTC/20 que, respectivamente, denegaron las ampliaciones de plazo Nos. 16, 17 y 18, es a efectos que se ampare el derecho del CONSORCIO a dichas ampliaciones. En este sentido también se observa que entre los argumentos por los que se declararon improcedentes dichos pedidos se encuentra el referido a que no se observó lo dispuesto en el artículo 259 del RELCAE en lo que respecta a que las ampliaciones de plazo deben ser solicitadas dentro del plazo vigente de ejecución; y, siendo que por lo analizado y expuesto en el punto III.2.1 del presente laudo, dichas solicitudes de ampliación de plazo se presentaron luego de haber vencido el calendario vigente a esa fecha; no se advierte la existencia de una nulidad respecto de lo resuelto por las Resoluciones Directorales Nos. 3735-2006-MTC/20, 3736-2006-MTC/20 y 3737-2006-MTC/20 que desestimaron las respectivas solicitudes de ampliación de plazo Nos. 16,17 y 18.

Asimismo y como consecuencia de lo señalado en el punto precedente, el Tribunal Arbitral considera que deben desestimarse las Segundas Pretensiones Principales vinculadas a las ampliaciones de plazo Nos. 16,17 y 18.

De otro lado y en lo que concierne al enriquecimiento sin causa (solicitado como pretensiones subordinadas a las Segundas Pretensiones Principales) en caso se desestimen las pretensiones relacionadas a las ampliaciones de plazo Nos. 16, 17 y 18; el Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte final del numeral III.2.2 del presente laudo, considera que siendo que en los presentes actuados no cabe accionar por cumplimiento en el pago de EL CONTRATO debido a que el CONSORCIO solicitó las ampliaciones fuera del plazo contractual; no existe otra acción distinta a la de enriquecimiento sin causa. En consecuencia, esta vía se encuentra, en principio, plenamente habilitada.

No obstante, es necesario proceder a verificar si es que en este caso se cumple con los requisitos para la procedencia de esta acción, cuya lógica, como ya hemos señalado, es la de evitar que un individuo vea aumentado su patrimonio a costas de la disminución patrimonial de un tercero, sin que medie una justa causa para ello.

Como ya hemos señalado, los requisitos para la existencia de un supuesto de enriquecimiento sin causa son: (i) la existencia de un enriquecimiento por parte del beneficiado; (ii) la existencia de un empobrecimiento por parte del afectado, el cual

debe de ser consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, y; **(iii)** la ausencia de una causa justificativa del enriquecimiento.

Dentro de esta línea de análisis, el Tribunal Arbitral advierte que el importe que el CONSORCIO pretende se le reconozca como enriquecimiento sin causa, es aquel que se deriva de lo que serían los gastos generales que no se están reconociendo como consecuencia de la denegatoria de las ampliaciones de plazo.

Sin embargo es de tener en cuenta que precisamente el hecho que conforme a ley habilita al contratista a que se le reconozcan gastos generales en los supuestos sobre los que versa la controversia, es cuando se ha autorizado o concedido previamente una ampliación de plazo; en otros términos, el importe que se reclama (lo que se corrobora por la forma en que han sido calculados) obedece a lo que serían los gastos generales reclamados en las pretensiones principales, los cuales se configuran siempre y cuando (es decir, sí y solo sí) se reconociera a favor del CONSORCIO la ampliación de plazo, lo que como ya se ha advertido anteriormente no corresponde. En este sentido, es el artículo 260º del RELCAE, el que señala textualmente lo siguiente:

“Las ampliaciones de plazo en los contratos de obra darán lugar al pago de mayores gastos generales iguales al número de días correspondientes a la ampliación multiplicados por el gasto general diario, salvo en los casos de obras adicionales que cuenten con presupuestos específicos ...”.

Consecuentemente el reconocimiento de los importes que se reclaman derivan de un derecho que se deriva en la medida que previamente se haya reconocido una ampliación de plazo, por lo que PROVÍAS únicamente se encontraría obligada a reconocer sí y solo sí, correspondiese la ampliación de plazo solicitada.

Así pues, el Tribunal Arbitral es de opinión que un gasto general, cuando no cabe reconocer una ampliación de plazo, no constituye por sí mismo un enriquecimiento del acreedor por cuanto no puede considerarse que el acreedor se ha enriquecido ya que no se existe el sustento previo que genere la obligación de reconocer algún pago. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral considera que deben desestimarse los pedidos relacionados con el enriquecimiento sin causa en los casos de las solicitudes de ampliación de plazo Nos. 16,17 y 18.

IV. Determinar si procede que se ordene el pago de las costas y costos del proceso a favor del CONSORCIO o a favor de PROVÍAS

El artículo 52º de la Ley General de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros, de los abogados de las partes y las retribuciones del secretario. Además, la norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre su condena o exoneración.

En el convenio arbitral contenido la cláusula Décimo Tercera de EL CONTRATO, las partes no han acordado imputación alguna respecto de los costos y costas del arbitraje.

Atendiendo a la inexistencia de pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que en puridad no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", ya que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió de incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa legal, etc.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, este Tribunal Arbitral, en **DERECHO**

LAUDA:

PRIMERO: Declarar INFUNDADA la Excepción de Incompetencia parcial deducida por PROVÍAS.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la Primera Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 15 y en consecuencia la nulidad de la Resolución Directoral N° 3734-2006-MTC/20 del 01.DIC.06.

TERCERO: Declarar FUNDADA la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 15 y en consecuencia fundada la solicitud de ampliación de plazo N° 15 por 107 días calendario, con el consecuente reconocimiento de los gastos generales ascendentes a S/. 2 334 937,81 más los intereses legales que se generen desde el 9 de abril de 2007 hasta la fecha de cancelación, debiendo destacarse que la eventual superposición de este plazo con cualquier otro, y su incidencia en los montos ordenados a pagar, deberá verificarse al momento de la liquidación final de EL CONTRATO a la luz de cualquier otra solicitud de ampliación de plazo que pudiese afectar el plazo contractual.

CUARTO: Declarar que carece de objeto pronunciarse respecto de la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 15 relativa al pago de una indemnización por enriquecimiento sin causa.

QUINTO: Declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 16.

SEXTO: Declarar INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 16.

SÉTIMO: Declarar INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 16.

OCTAVO: Declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 17.

NOVENO: Declarar INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 17.

DÉCIMO: Declarar INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 17.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar INFUNDADA la Primera Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 18.

DÉCIMO SEGUNDO: Declarar INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 18.

DÉCIMO TERCERO: Declarar INFUNDADA la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal del CONSORCIO respecto de la ampliación de plazo N° 18.

DÉCIMO CUARTO: Fíjese los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de US\$ 7,750.00 (siete mil setecientos cincuenta y 00/100 Dólares Americanos) por árbitro y de la secretaria arbitral en la suma de US\$ 3,475.00 (tres mil cuatrocientos setenta y cinco y 00/100 Dólares Americanos) conforme a los dos anticipos de honorarios dispuestos por el Tribunal Arbitral que se encuentran debidamente cancelados.

DÉCIMO QUINTO: Disponer que cada parte cubra sus propios gastos y los gastos comunes –honorarios del Tribunal Arbitral y de la secretaria arbitral, en partes iguales.

Notifíquese a las partes.

SERGIO ALBERTO TAFÚR SÁNCHEZ
Presidente del Tribunal Arbitral

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Árbitro

VÍCTOR WENCESLAO PALOMINO RAMÍREZ
Árbitro

LISSET GUILLERMO LAGUNA
Secretaria Ad Hoc

ACLARACIÓN DE LAUDO ARBITRAL (*)

ACLARACIÓN DE LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO VIAL ICHU CON EL PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE NACIONAL – PROVÍAS NACIONAL, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS DOCTORES SERGIO ALBERTO TAFÚR SÁNCHEZ, FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY Y VÍCTOR WENCESLAO PALOMINO RAMÍREZ

RESOLUCIÓN N° 41

Lima, 17 de marzo de 2008

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Mediante Resolución N° 39 de fecha 21 de febrero de 2008, este Tribunal Arbitral procedió a dictar laudo arbitral de Derecho, habiendo cumplido con notificarlo a las partes dentro del término de ley.

Dentro del plazo dispuesto en el numeral 54 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, PROVÍAS NACIONAL ha solicitado la aclaración de diversos extremos del laudo arbitral.

En efecto, mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2008, PROVÍAS NACIONAL solicitó al Tribunal Arbitral la aclaración del laudo arbitral respecto de diferentes extremos de la parte considerativa, referidas a las Pretensiones Primera y Segunda referidas a la Ampliación de Plazo N° 15.

Admitida a trámite la solicitud promovida por PROVÍAS NACIONAL, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 40, de fecha 29 de febrero de 2008 corrió traslado de la misma.

(*) Cfr. [HTTP://WWW.CONSUCODE.GOB.PE/USERFILES/ARCHIVOS/Aclaraci%F3N%20de%20Laudo%202008%20Provias%20Nacional%20Consortio%20Vial%20Ichu.pdf](http://www.consucode.gob.pe/userfiles/archivos/Aclaraci%F3N%20de%20Laudo%202008%20Provias%20Nacional%20Consortio%20Vial%20Ichu.pdf)

CONSORCIO VIAL ICHU mediante escrito N° 16 de fecha 05 de marzo de 2008, absolvió el traslado, considerando que los puntos que el demandado solicitaba para su aclaración no versaban sobre un aspecto dudoso u oscuro sino que pretendían que se vuelvan a pronunciar sobre el fondo de la controversia.

Cabe destacar que en la Resolución N° 40 el Tribunal Arbitral dispuso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley General de Arbitraje, adicionar a los cinco (5) días originales que tenía para pronunciarse a este respecto, los diez (10) días que dicha disposición le autoriza, por lo que la presente resolución se emite dentro del plazo respectivo.

II. CONSIDERANDO:

Primero: El Tribunal Arbitral, previo a realizar el análisis de la solicitud de aclaración del laudo arbitral, considera necesario establecer brevemente el marco conceptual que será aplicado durante el desarrollo del análisis del recurso interpuesto. Para estos efectos, resulta necesario que el Tribunal Arbitral identifique cuándo corresponde aclarar un laudo arbitral.

Aclaración

De conformidad con el artículo 55° de la Ley General de Arbitraje⁽¹⁾, corresponde a los árbitros aclarar el laudo arbitral 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 Tribunal estima adecuados para interpretar el alcance del recurso, sí lo hace.

Así, de acuerdo con dicho Código, 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, la aclaración tiene únicamente por objeto solicitar al juzgador que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del fallo que resulten oscuros o dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudo-

(1) “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.”

sos, **tengan un impacto determinante en lo resolutivo o decisorio del fallo; vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes.**

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 decididamente en ella; es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario aclarar los fundamentos**, por que de lo contrario no se entendería que es lo que se debe ejecutar. Así, evidentemente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

La doctrina arbitral es incluso más estricta al calificar las facultades de los árbitros de aclarar su laudo.

Así, de un lado, tenemos que **HINOJOSA SEGOVIA** señala lo siguiente:

“Debe descartarse de principio que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la corrección de errores materiales o a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia”⁽²⁾.

De otro lado, **CRAIG, PARK y PAULSSON** señalan sobre el particular:

“El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte, el Tribunal tendría fundamentos de sobra en encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la ‘interpretación’ requerida”⁽³⁾. (El subrayado es nuestro).

(2) HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991, pp. 336 y 337.

(3) Traducción libre del siguiente texto: “The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party’s application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested “interpretation”. W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, “International Chamber of Commerce Arbitration”. Oceana Publications Inc., 3ra. ed., 2000, p. 408.

Como explican los citados autores⁽⁴⁾, esta facultad reconocida en los árbitros para aclarar algún extremo del laudo, tiene como propósito permitir su correcta ejecución; por ejemplo, cuando en la parte resolutive existen órdenes contradictorias. En consecuencia, no cabe que las partes utilicen este remedio para pretender que los árbitros les expliquen sus considerandos y menos para que reformulen su razonamiento, ya que la aclaración no es sinónimo de reconsideración.

En el mismo sentido, **Fouchard, Gaillard y Goldman**⁽⁵⁾ señalan que sólo cuando la parte resolutive del laudo arbitral está redactada de manera tan ambigua que legítimamente genere dudas en las partes acerca de su significado, es que procede este remedio. En cambio, no procederá recurrir a esta herramienta, cuando lo que se ataque sea el razonamiento lógico-jurídico expresado en la parte considerativa del fallo arbitral.

Queda entonces definido que mediante el recurso de aclaración no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal. 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 arbitral es, en el fondo, inapelable e irrevisable.

Entonces, sólo se puede aclarar la parte resolutive del laudo arbitral o, excepcionalmente, la parte considerativa, en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una solicitud de aclaración de los fundamentos que disfraza un pedido de revisión o reconsideración de la evaluación de las pruebas o del razonamiento es evidentemente improcedente y, como tal, debe de ser desestimada.

Segundo: Teniendo en cuenta el marco conceptual expuesto, el Tribunal Arbitral procederá a resolver la solicitud de aclaración presentada por PROVÍAS NACIONAL, en concordancia con lo previsto por la Ley General de Arbitraje.

(4) W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, "International Chamber of Commerce Arbitration", ob. cit., 3era. Ed., p. 408. *"The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party's application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested 'interpretation'". Brooks W. Daly "Correction and Interpretation of Arbitral Awards under the ICC Rules of Arbitration". En: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 13, N° 1, 2002, pp. 63-64. "A request for interpretation is properly made when the terms of an award are so vague or confusing that a party has a genuine doubt about how the award should be executed".*

(5) **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, Emmanuel Gaillard & John Savage (Eds.), Kluwer Law International, 1999, p. 775. *"The interpretation of an arbitral award is only really helpful where the ruling, which is generally presented in the form of an order, is so ambiguous that the parties could legitimately disagree as to its meaning. By contrast, any obscurity or ambiguity in the grounds for the decision does not warrant a request for interpretation of the award".*

Tercero: Sobre este particular, el Tribunal Arbitral identifica que el pedido de aclaración no es procedente porque de la revisión de los 10 puntos que se pretende sean aclarados, se puede apreciar de manera clara y objetiva que los argumentos de PROVIAS NACIONAL para pedir la aclaración expresan su desacuerdo con lo resuelto por este Tribunal Arbitral y no está dirigida a denunciar la existencia de algún extremo dudoso u oscuro de los mandatos contenidos en el fallo arbitral que pueda impedir su correcta ejecución, sino más bien pretenden que el Tribunal Arbitral modifique o reconsidere su pronunciamiento en los extremos alegados, lo que no resulta procedente.

Cuarto: Sin perjuicio de lo expuesto, el Tribunal Arbitral considera pertinente, respecto de cada uno de los puntos que el demandado solicitó que sean aclarados, señalar lo siguiente:

- (i) Sobre el primer punto, PROVIAS solicita que sea aclarado relativo a la afirmación realizada en el laudo a que no puede sostenerse válidamente que el cambio de cantera obedeció a un pedido sin implicancia adicional alguna por parte del CONSORCIO, a la luz de la Carta ICHU 218-27324-06, por la cual el CONSORCIO ratificó su renuncia a cualquier ampliación de plazo y a mayores gastos generales que pudieran generarse por dicho cambio.

El Tribunal Arbitral advierte no solo que no existe nada que aclarar por lo ya expresado en los considerandos anteriores; sino que además PROVIAS esta confundiendo el hecho que la ampliación de plazo otorgada obedece a la demora en la aprobación del presupuesto adicional N° 5 y no así al cambio mismo de la ubicación de la cantera, aspecto que ha sido tratado y explicado claramente en el Laudo Arbitral (página 46 primer y segundo párrafo).

En este sentido simplemente valga tener en cuenta que tal como se ha explicado en el laudo, la razón por la que el Tribunal Arbitral ha considerado pertinente otorgar la ampliación de plazo N° 15, es por que ella se sustenta en la demora excesiva (cerca del 90% del plazo contractual) que la entidad se tomó para efectos de aprobar el presupuesto adicional N° 05, que se originaba a su vez en el cambio de la cantera. Si bien el contratista renunció a cualquier ampliación de plazo y a gastos generales por el cambio de la cantera, la Carta ICHU 218-27324-06 no expresa que se este renunciando a cualquier ampliación de plazo a que se pueda tener derecho si es que la entidad no aprueba el presupuesto adicional correspondiente de manera oportuna; es más en el caso resulta que la entidad se tomó cerca del 90% del plazo contractual (170 días) para aprobar el presupuesto adicional N° 05 ya que esta aprobación recién se dio con fecha 05 de enero de 2007.

Así, en el razonamiento que puede apreciarse claramente del laudo, es que en tanto que dicho presupuesto adicional no se hubiese aprobado, tampoco le era exigible al contratista ejecutar y menos finalizar actividades que dependían previamente de dicha aprobación. En este sentido cuando PROVIAS pretende sostener que el contratista no se encontraba en la posibilidad de iniciar las actividades de la Partida 4.10.C o que no contaba con los recursos para ello, olvida responderse previamente si esto le resultaba contractualmente exigible en ese momento, es decir si le era contractualmente exigible la ejecución y culminación de dicha Partida (al margen que haya ejecutado algunas actividades), teniendo en cuenta que aún no se aprobaba el Presupuesto Adicional N° 5; aspecto que el Tribunal ha considerado de manera clara que no le era exigible.

- (ii) En relación al segundo punto de la aclaración, PROVIAS menciona que la demora en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05 debe entenderse según el sexto párrafo del artículo 265° del Reglamento, norma que entienden se refiere en forma taxativa a la obra adicional, por lo que en consecuencia el pedido de ampliación de plazo si habría derivado de la ejecución de actividades de extracción de material de la nueva cantera y del transporte.

Sobre este extremo el Tribunal Arbitral nuevamente señala que no existe nada que aclarar; debiendo reiterarse que en el presente caso Laudo Arbitral expresa claramente que la ampliación de plazo N° 15 se ha concedido por que la causal ha sido la demora excesiva de la entidad en la aprobación del presupuesto adicional N° 05 y no en la realización de una obra adicional, y para lo cual basta leer la solicitud de ampliación de plazo presentada por el propio CONSORCIO.

- (iii) En el extremo del tercer punto de la aclaración, el demandado solicita que el Tribunal Arbitral esclarezca el sentido del mismo al expresar que el CONTRATISTA no se encontraba obligado a ejecutar actividades vinculadas a adicionales si es que no contaban con resolución aprobatoria; para ello señala que la normativa citada en el tercera precisión (página 44 y 45 del Laudo) no hace referencia a obras adicionales y que el Presupuesto Adicional N° 05 no versaba sobre obras adicionales.

Sobre este tercer punto, nuevamente el Tribunal Arbitral considera que no existe nada que aclarar, y reitera lo señalado en los puntos (i) y (ii) precedentes.

- (iv) Respecto del cuarto pedido aclaratorio, PROVIAS ha solicitado que el Tribunal Arbitral aclare el laudo, respondiendo a la interrogante de ¿cómo ha establecido, antes de analizar la afectación o

no a la ejecución de la obra en función del calendario de obra, que los atrasos acontecidos en obra, fueron ajenos a la voluntad del CONSORCIO, más aun si no ha existido obra adicional?.

Al respecto nuevamente el Tribunal Arbitral considera que no existe nada que aclarar; sin perjuicio de lo cual se reitera lo expresado en último párrafo del punto (i) precedente.

- (v) Sobre el quinto pedido de aclaración, el demandado solicita que se aclare la afirmación efectuada en el último párrafo de la página 45 del laudo en donde se indica: “Que, no existe discusión entre las partes respecto a que previamente al inicio de la Partida 4.10.C era necesario hacer la extracción del material de la cantera, así como tampoco que la ejecución de dicha partida constituía parte de la ruta crítica del proyecto (sic)”; teniendo en cuenta, según afirma, que en el calendario de avance de obra no existe la actividad “extracción de la cantera”, y que en todo caso dicha actividad es parte de la Partida 4.10.C, por lo que lo correcto es que la extracción del material de la cantera se ejecuta durante la ejecución de la indicada Partida.

El Tribunal Arbitral considera que sobre este quinto tema tampoco existe nada que aclarar, siendo absolutamente claro que para la ejecución y culminación de la partida 410.C: construcción de la carpeta asfáltica, era necesario iniciar la actividad de extracción del material de la cantera, pues de allí precisamente sale el material para la ejecución de la citada Partida.

- (vi) El sexto punto de la aclaración que PROVIAS solicita, esta referido a pretender que se aclare la afirmación hecha por el Tribunal en el sentido que “... la demora en la aprobación de dicho adicional no puede ser imputable al CONSORCIO...”; no se encuentra referida a una obra adicional.

Con relación a este extremo, el Tribunal Arbitral considera nuevamente que tampoco existe nada que aclarar en el laudo por las razones ya expresadas; sin perjuicio de lo cual reitera lo expresado en el punto (i) precedente, indicando que la razón de la ampliación de plazo N° 15 es por la demora en la que PROVIAS incurrió en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 05.

- (vii) El sétimo pedido de aclaración de PROVIAS solicita que el Tribunal Arbitral precise aclare el aspecto del considerando del Laudo en el que se indica que: “(ii) que se indica que la afectación al calendario se está produciendo en lo que respecta a la Partida 4.10.C que debía iniciarse el 01 de agosto del 2006...”, toda vez que según expresa PROVIAS, el Expediente del Presupuesto Adicional N° 05 ha sido generado, elaborado y tramitado con posterioridad a la fecha programada para la ejecución de la Partida 4.10.C Carpeta Asfáltica.

En lo relacionado al sétimo punto, el Tribunal Arbitral considera nuevamente que no existe nada que aclarar ya que no existe incertidumbre alguna sobre la forma en que se debe ejecutar el laudo; sin perjuicio de lo cual se reiteran los argumentos expresados en el punto (i) precedente, en el sentido que al ser la actividad de “extracción de material de la cantera” previa a la ejecución y conclusión de la Partida 4.10.C, a criterio de este Tribunal la no aprobación oportuna (en un lapso razonable) del Presupuesto Adicional N° 5 sí afectaba la ejecución de la citada Partida; siendo irrelevante el hecho que el expediente del presupuesto adicional se hubiese generado, elaborado y tramitado con posterioridad a la fecha de ejecución ya que conforme al artículo 259º del RELCAE el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar durante la ocurrencia de la causal, en el Cuaderno de Obra las circunstancias que a su criterio ameriten la ampliación, situación que se realizó efectivamente durante la ocurrencia de la causal, es decir en tanto que la entidad se estaba demorando en aprobar el Presupuesto Adicional N° 05.

- (viii) Sobre el octavo punto PROVIAS solicita aclaración al Tribunal Arbitral de por qué ha declarado Fundada la Segunda Pretensión Principal del Consorcio respecto de la ampliación de plazo N° 15 (resolutivo del Laudo), tomando en cuenta que el CONSORCIO aceptó tramitar un presupuesto adicional, cuando de acuerdo al CAO vigente, ya se estaba culminando la partida 4.10.C supuestamente afectada.

Al respecto el Tribunal Arbitral nuevamente considera que no existe nada que aclarar, más aun si en este pedido se evidencia claramente que lo que se pretende es que el Tribunal vuelva a explicar las razones de su decisión y que ya obran en el Laudo Arbitral, sin perjuicio de lo cual se reitera lo expresado en el punto (i) precedente.

- (ix) En cuanto al noveno extremo de la aclaración describe que el pago de intereses debe ser desde el 09 de abril de 2007, esto es desde la presentación de la demanda, aún cuando en su entender debe ser desde su notificación conforme a su interpretación del artículo 1334º del Código Civil.

Al respecto, es de advertir que el mandato del Tribunal Arbitral en este extremo es absolutamente claro y por ende no existe nada que aclarar.

- (x) De otro lado, PROVIAS solicita que el Tribunal Arbitral aclare el Laudo, expresando que éste no se ha pronunciado sobre si la causal invocada ha modificado o no el Calendario de Avance de Obra vigente, conforme lo establece el artículo 258º, y sim-

plemente se ha limitado a señalar que el CAO N° 5 estaba vigente a la fecha de presentación de la solicitud de ampliación de plazo, y que la Partida 4.10.C debía iniciarse el 01 de agosto del 2006 y terminar el 20 de octubre del 2006, y además ha afirmado que la ejecución de dicha partida tampoco constituía parte de la ruta crítica del proyecto.

Sobre este último pedido, el Tribunal Arbitral nuevamente considera que no existe nada que aclarar en el Laudo ya que lo peticionado tampoco versa sobre algún aspecto dudoso en la parte resolutive del mismo; sin perjuicio de lo cual se remite a lo expresado en el punto (i) precedente y adicionalmente es de indicar que a criterio de este Tribunal cuando el artículo 258° del RELCAE expresa que existe derecho a solicitar ampliación de plazo en caso se presente alguna de las causales allí indicadas y siempre que modifiquen el calendario contractual, el cumplimiento de este último requisito debe necesariamente evaluarse a luz del Calendario de Avance de Obra Vigente (tal como ya se ha expresado en el laudo), y por tanto dicha modificación debe ser entendida como la afectación a la ejecución de actividades previstas en el calendario según la secuencia allí indicada.

Siendo que en el caso de autos, la demora excesiva por parte de la entidad en la aprobación del Presupuesto Adicional N° 5 originado en el cambio de la cantera, hacía que no le sea legalmente exigible al contratista la ejecución y culminación de la Partida 4.10.C, y por ende, a criterio del Tribunal Arbitral, dicha situación sí modificaba el Calendario de Avance de Obra vigente a esa fecha (CAO N° 05).

Finalmente, es de reiterar una vez más que en relación a todos los extremos que PROVIAS solicitó que se aclaren, cada uno de esos puntos pretenden que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre el fondo de la controversia, desnaturalizando el verdadero contenido la aclaración.

Por tanto, el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

Primero: Declarar IMPROCEDENTE la aclaración solicitada por PROVIAS NACIONAL mediante escrito de fecha 27 de febrero de 2008.

Segundo: La presente resolución forma parte integrante del laudo arbitral.

Notifíquese a las partes

SERGIO ALBERTO TAFÚR SÁNCHEZ

Presidente del Tribunal Arbitral

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY

Árbitro

VÍCTOR WENCESLAO PALOMINO RAMÍREZ

Árbitro

LISSET GUILLERMO LAGUNA

Secretaria Ad Hoc

Laudo Arbitral Internacional

Laudo
Arbitral
Internacional



CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES WASHINGTON, D.C.

EN EL PROCEDIMIENTO ENTRE

METALPAR S.A. Y BUEN AIRE S.A.
(Demandantes)

y

REPÚBLICA ARGENTINA
(Demandada)

LAUDO SOBRE EL FONDO

CASO CIADI N° ARB/03/5

Miembros del Tribunal:

Rodrigo Oreamuno Blanco, Presidente
Duncan H. Cameron, Árbitro
Jean Paul Chabaneix, Árbitro

Secretaria del Tribunal: Natalí Sequeira

Representando a las Demandantes:

Roberto Mayorga y Joaquín Morales
Etcheberry Rodríguez, Abogados
Santiago, Chile
Jaime Paredes
Presidente Metalpar S.A., Santiago, Chile
Sergio Meli
Abogado-Fiscal del Grupo de Empresas
Metalpar, Santiago, Chile
Jorge Postiglione
Estudio Brons & Salas
Buenos Aires, Argentina
Gonzalo Varela
Gerente General de Metalpar Argentina

Representando a la Demandada:

Oswaldo César Guglielmino
Procurador del Tesoro de la Nación Argentina
Gustavo Scrinzi
Subprocurador del Tesoro de la Nación
Argentina
Gabriel Bottini
Jorge Barraguirre
Fabián Markaida
Ignacio Pérez Cortés
Cintia Yaryura
María Victoria Vitali
Ariel Martins
Verónica Lavista
Patricio Arnedo Barrero y
María Julieta Fontán
Procuración del Tesoro de la Nación Argentina
Ignacio Torterola
Embajada de la República Argentina

Fecha: 6 de junio del 2008

TABLA DE CONTENIDO

- I. PROCEDIMIENTO
- II. ANTECEDENTES
- III. POSICIONES DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LOS TEMAS DE FONDO
 - 1. La inversión de las Demandantes
 - 2. Discriminación
 - 3. Expropiación
 - 4. Interferencia
 - 5. Prohibición de hacer transferencias al exterior
 - 6. Trato justo y equitativo
 - 7. Indemnización
 - 8. Estado de Necesidad
 - 9. Deber de mitigar los daños
 - 10. Conclusiones y peticiones
- IV. DIFICULTADES PROBATORIAS
- V. ANÁLISIS DEL FONDO
 - 1. Discriminación
 - 2. Expropiación
 - 3. Interferencia
 - 4. Prohibición de transferencias al exterior
 - 5. Trato justo y equitativo
 - 6. Las circunstancias en las que las Demandantes hicieron su inversión
 - 7. Estado de necesidad
 - 8. Deber de mitigar los presuntos daños
 - 9. La inversión de las Demandantes
- V. DECISION FINAL

El Tribunal, integrado en la forma antes señalada, después de haber considerado las presentaciones escritas y orales de las partes y de haber realizado sus deliberaciones, dicta el presente laudo:

I. PROCEDIMIENTO

1. El 3 de febrero del 2003, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI" o el "Centro"), recibió de **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.**, ("las Demandantes"), dos compañías constituidas en la República de Chile, una solicitud de arbitraje contra la República Argentina ("Argentina" o "la Demandada"), fundada en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados ("Convenio del CIADI" o "el Convenio"). La solicitud se fundamentó en los supuestos efectos adversos que habrían tenido una serie de medidas económicas adoptadas por las autoridades de la República Argentina, a fines del 2001 y comienzos del año 2002, sobre las inversiones realizadas por las Demandantes en una empresa de fabricación de carrocería para vehículos para el transporte público, en Argentina.
2. En su solicitud de arbitraje las Demandantes invocaron las disposiciones del Tratado celebrado en 1991 entre la República Argentina y la República de Chile, sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, vigente desde el 1º de enero de 1995 (en adelante el "TBI" o el "APPI").
3. El 5 de febrero del 2003, en cumplimiento de la Regla 5 de las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje del CIADI ("Reglas de Iniciación"), el Centro acusó recibo de la solicitud de arbitraje y remitió una copia de ella a la República Argentina y a la Embajada Argentina en Washington, D.C.
4. El 7 de abril del 2003, el Secretario General Interino del Centro registró la solicitud, según lo dispuesto en el artículo 36(3) del Convenio del CIADI y, en la misma fecha, en observancia de la Regla de Iniciación 7, notificó a las partes el registro de la solicitud y las invitó a constituir, en cuanto fuere posible, el Tribunal de Arbitraje.
5. Con fecha 14 de julio del 2003, las partes llegaron a un acuerdo sobre el número de árbitros que conformaría el Tribunal de Arbitraje y sobre el método para su nombramiento. Conforme a dicho acuerdo cada parte nombraría un árbitro a más tardar el día 16 de julio del 2004 y el Presidente del Tribunal sería designado por el Secretario General del CIADI. El acuerdo disponía asimismo que, de no nombrar la Demandada su árbitro dentro del plazo estipulado, las Demandantes podrían solicitar la aplicación del mecanismo previsto por el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI, (cada una de las partes nombra un árbitro y, de común acuerdo, ellas designan un tercer árbitro, quien actuará como Presidente del Tribunal).
6. Ninguna de las partes designó árbitro dentro de los plazos convenidos. En consecuencia, mediante carta de fecha 23 de julio del 2003, las Demandantes solicitaron

al CIADI la constitución del Tribunal de Arbitraje de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio. En esa misma carta las Demandantes nombraron al señor Duncan H. Cameron, nacional de los Estados Unidos de América, como árbitro para el presente caso.

7. Transcurridos más de noventa (90) días desde la notificación del acto de registro sin que el Tribunal se hubiese constituido, el 11 de agosto del 2003 las Demandantes solicitaron el nombramiento de los dos árbitros restantes y la designación del Presidente del Tribunal de Arbitraje, de conformidad con el mecanismo previsto por el Artículo 38 de Convenio del CIADI y por la Regla 4 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (Reglas de Arbitraje).

8. Con fecha 20 de agosto del 2003, la República Argentina nombró como árbitro al señor Jean Paul Chabaneix, nacional de la República del Perú.

9. Luego de consultar con ambas partes, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designó como Presidente del Tribunal al señor Rodrigo Oreamuno Blanco, nacional de la República de Costa Rica.

10. El 23 de septiembre del 2003, de conformidad con la Regla de Arbitraje 6(1), se notificó a las partes que todos los árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por consiguiente, el Tribunal se tenía por constituido desde esa fecha. El mismo día, de conformidad con la Regla 25 del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI, se informó a las partes que el señor Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior del CIADI, se desempeñaría como Secretario del Tribunal de Arbitraje.

11. La primera sesión del Tribunal con las partes se celebró el día 13 de noviembre del 2003 en la sede del Centro, en Washington, D.C. Las Demandantes estuvieron representadas por los señores Roberto Mayorga, Joaquín Morales, Jorge Postiglione y Sergio Meli. También estuvo presente por parte de las Demandantes el señor Jaime Paredes. La República Argentina estuvo representada por la señora Cintia Yaryura y por el señor Jorge Barraguirre, ambos de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina. Al comenzar la sesión, el señor Barraguirre, en nombre de la República Argentina, solicitó al Tribunal decidir, en forma sumaria e inmediata, sobre la validez del registro de la solicitud de arbitraje de las Demandantes. El Tribunal, luego de dar la palabra a la parte Demandante y de deliberar, informó a las partes que no era posible procesalmente aceptar tal petición en esa ocasión e hizo notar que la República Argentina tendría la oportunidad, durante el proceso, de formular las objeciones que pudiera tener. El Presidente del Tribunal invitó seguidamente a las partes a continuar con la sesión. El señor Barraguirre indicó que, por instrucciones expresas de las autoridades de la República Argentina, no podía aceptar la decisión del Tribunal. Acto seguido, la delegación de la República Argentina se retiró de la sesión.

12. El Presidente del Tribunal, lamentó la decisión de la República Argentina y expresó el deseo del Tribunal de que la Demandada reconsiderara su posición y participara activamente en el proceso. Luego invitó a los presentes a continuar con la revisión de la agenda.

13. En la continuación de la primera sesión se determinaron varias cuestiones procedimentales de las que se dejó constancia escrita en el acta firmada por el Presidente y por el Secretario del Tribunal. Asimismo, se fijó un calendario para la fase de 7 actuaciones escritas: las Demandantes presentarían su memorial sobre el fondo de la diferencia dentro de un plazo de ciento treinta y cinco (135) días, contado desde la fecha de la primera sesión y la Demandada presentaría su Memorial de Contestación sobre el fondo de la diferencia, dentro de un plazo de ciento treinta y cinco (135) días contado desde su recepción del memorial de demanda de las Demandantes; el Tribunal decidiría luego sobre la conveniencia de que las partes presentaren escritos de Réplica y de Dúplica.
14. El 30 de marzo del 2004, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el Fondo (denominada en el procedimiento como "Memorial de Demanda") y adjuntaron la documentación correspondiente.
15. Con fecha 17 de mayo del 2004, la República Argentina presentó un Memorial de Excepciones a la Jurisdicción del Centro y a la Competencia del Tribunal de Arbitraje.
16. Mediante carta de 21 de mayo del 2004, el Tribunal informó a las partes de la suspensión del procedimiento sobre el fondo de la diferencia, de conformidad con la Regla 41(3) de las Reglas de Arbitraje y las invitó a presentar sus propuestas sobre un calendario referente al tema de jurisdicción.
17. El 15 de junio del 2004, el Tribunal, luego de considerar las presentaciones de las partes sobre el particular, fijó el siguiente calendario procesal para la presentación de los escritos en relación con la jurisdicción: las Demandantes presentarían su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción dentro de un plazo de cuarenta y cinco (45) días, contado desde esa fecha; la Demandada presentaría una Réplica sobre Jurisdicción dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes, contados desde su recepción del Memorial de Contestación de las Demandantes, y estas presentarían una Dúplica sobre Jurisdicción dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes, contados desde su recepción de la réplica de la Demandada. El Tribunal fijaría luego, en consulta con las partes, una fecha apropiada para una audiencia sobre la cuestión de la jurisdicción.
18. De conformidad con el calendario fijado por el Tribunal, las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, con documentación adjunta, el 28 de julio del 2004. Argentina presentó su Réplica sobre jurisdicción el 21 de septiembre del 2004 y las Demandantes su Dúplica sobre jurisdicción, el 8 de noviembre del 2004.
19. Mediante carta del 13 de diciembre del 2004, el Tribunal les remitió a las partes propuestas de fechas para la celebración de la audiencia sobre jurisdicción la cual se fijó, con el acuerdo de las partes, para los días 17 y 18 de marzo del 2005. Como consecuencia de un desperfecto mecánico sufrido por el avión que transportaba a la delegación de la República Argentina a Washington, D.C., la audiencia se celebró, con la conformidad de las partes, únicamente el día viernes 18 de marzo del 2005 en la sede del Centro. Asistieron, en representación de las Demandantes, los señores Roberto Mayorga y Joaquín Morales del Estudio Etcheberry/Rodríguez Abogados, de

Santiago de Chile, el señor Jorge Postiglione del Estudio Jurídico Brons & Salas de Buenos Aires, y los señores Jaime Paredes, Sergio Meli y Gonzalo Varela de Metalpar S.A. En representación de la Demandada asistieron la señora Cintia Yaryura y el señor Ignacio Torterola, de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina, el señor Osvaldo Siseles, Subsecretario Legal del Ministerio de Economía y Producción de la República Argentina y el señor Marcelo Massoni, de la Embajada Argentina en Washington, D.C. Durante la audiencia, los señores Mayorga, Meli, Morales, Postiglione y Varela se dirigieron al Tribunal en nombre de las Demandantes; la señora Yaryura y el señor Torterola lo hicieron en nombre de la República Argentina. El Tribunal interrogó a las partes, según lo previsto en la Regla 32(3) de las Reglas de Arbitraje.

20. El 27 de abril del 2006, el Tribunal de Arbitraje dictó su decisión sobre la jurisdicción del Centro y su competencia, en la que, según lo dispuesto en la Regla 41 de las Reglas de Arbitraje del Centro, por unanimidad, rechazó la excepción a la jurisdicción opuesta por la República Argentina y declaró su competencia para tramitar y resolver el presente caso.

21. El 2 de mayo del 2006, el Centro informó al Tribunal y a las partes que, en atención a una reorganización interna del Centro, la señora Gabriela Álvarez Ávila, Consejera Jurídica Superior del CIADI, sustituiría al señor Gonzalo Flores como Secretario del Tribunal de Arbitraje.

22. El 5 de mayo del 2006 el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 1 en la que determinó que la República Argentina debería presentar su Memorial de Contestación sobre el fondo dentro de ochenta y cinco (85) días contados desde la fecha de dicha resolución; es decir, a más tardar el 31 de julio del 2006. El Tribunal manifestó que decidiría posteriormente sobre la necesidad o conveniencia de que las partes presentaran escritos de Réplica y Dúplica y que fijaría en su oportunidad la fecha para la celebración de una audiencia sobre el fondo.

23. El 20 de junio del 2006, la República Argentina solicitó al Tribunal que requiriera a las Demandantes la entrega de documentación adicional de índole contable, financiera, societaria y otra relacionada con los contratos suscritos por los clientes de Metalpar Argentina S.A. e Inversiones Loma Hermosa S.A., con el fin de completar la información que éstas presentaron en su Memorial de Demanda. Las Demandantes manifestaron su oposición a ese pedido y Argentina insistió en su solicitud. Vista la posición de las partes, el 13 de julio del 2006 el Tribunal ordenó a las Demandantes la presentación de los documentos solicitados. El 14 de agosto del 2006, el Secretariado comunicó a Argentina y al Tribunal la recepción de nueve volúmenes de documentos presentados por las Demandantes en relación con esta prueba.

24. El 8 de agosto del 2006 el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 2, referente a lo establecido en el numeral 7-8 del acta resumida de la Primera Sesión y respecto a una solicitud de la República Argentina del 14 de julio del 2006, en la que pidió se tuviera por cumplido el plazo de presentación de los escritos principales cuando los escritos y las declaraciones de testigos y peritos fueran recibidos por el Centro, vía correo electrónico. Una vez recibidas las observaciones de las Demandantes, el Tribu-

nal resolvió en dicha Resolución que en lo sucesivo, el plazo para la presentación de los escritos principales se tendría por cumplido cuando: a) El Centro recibiera los escritos 10 principales, las declaraciones de testigos y peritos y toda la documentación anexa vía mensajería internacional o correo electrónico, en formato pdf; b) En el caso de que una parte decidiera utilizar la vía electrónica para cumplir con el plazo, debería enviar a la otra parte copia del correo electrónico por el que remitiera la documentación y remitir ese mismo día al Centro, por medio de una compañía de mensajería internacional de primer orden, el original y seis copias de su escrito principal y de sus anexos.

25. A solicitud de la República Argentina, el 29 de agosto del 2006 el Tribunal concedió una prórroga hasta el día 13 de septiembre del 2006, para la presentación del Memorial de Contestación. En la fecha indicada el Centro acusó recibo del Memorial de Contestación presentado por la Demandada.

26. El 2 de octubre del 2006 el Presidente del Tribunal, de conformidad con el acta resumida de la primera sesión y la Resolución Procesal N° 1, invitó a las partes a hacer sus observaciones respecto a la conveniencia de que presentaran escritos de Réplica y Dúplica y, en caso de que optaran por hacerlo, les pidió presentar sus observaciones sobre el plazo que consideraran necesario para ese fin.

27. En consideración con las observaciones de ambas partes, el día 23 de octubre de 2006, el Tribunal le otorgó un plazo de 75 días a cada parte para la presentación de sus escritos, según el siguiente calendario: a) Las Demandantes deberían presentar su Réplica dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a la recepción de la comunicación del Tribunal, es decir a más tardar el día 8 de enero del 2007; b) La República Argentina debería presentar su Dúplica dentro de los setenta y cinco (75) días siguientes a la recepción de la Réplica de las Demandantes. El Tribunal informó a las partes que, en vista de que los plazos otorgados eran bastante extensos, excluía la posibilidad de otorgar prórrogas futuras, salvo que se presentaran circunstancias que hicieren indispensable dicha concesión.

28. El 4 de enero del 2007, las Demandantes presentaron al Centro, mediante correo electrónico, una copia de su escrito de Réplica. El 8 de enero del 2007, enviaron al Centro mediante correo electrónico, una copia del Anexo N° 2 a su Réplica. Estos documentos 11 fueron remitidos en formato digital, en esas mismas fechas a la República Argentina. El 15 de enero del 2007 el Centro le envió a esa República una copia impresa de estos documentos.

29. Mediante una comunicación del 30 de enero del 2007, el Tribunal, previa consulta con las partes, fijó las fechas del 10 al 17 de septiembre del 2007, para la celebración de la audiencia sobre el fondo y previó la posibilidad de extenderla dos días más, en caso de que fuera necesario.

30. La República Argentina remitió al Centro una copia electrónica de su Dúplica el día 30 de marzo del 2007. El 6 de abril del 2007 el Centro remitió a las Demandantes por mensajería internacional una copia de esa Dúplica y su documentación adjunta, recibida por el Centro el día anterior.

31. El 4 de abril del 2007 el Tribunal tomó nota de la posición de la parte Demandante en cuanto a que la República Argentina debió haber presentado su Dúplica el día 24 de marzo del 2007 (75 días contados desde el 8 de enero del 2007). El Tribunal, asimismo hizo constar que la República Argentina había remitido al Centro copia electrónica de su Dúplica con fecha 30 de marzo de 2007 (74 días desde el 15 de enero del 2007). El Tribunal consideró que, si bien existió una discrepancia entre las partes en cuanto a la forma de calcular los plazos, incluso en el caso de que aceptara la posición de las Demandantes sobre este particular, la demora en la presentación del Memorial de Dúplica de la República Argentina no menoscababa seriamente los derechos de las Demandantes, en especial tomando en consideración el extenso período que mediaba entre la fecha de esta última presentación y la audiencia sobre el fondo, que, según lo resuelto, debía iniciarse el día 10 de septiembre del 2007.

32. El 12 de julio del 2007 el Tribunal emitió la Resolución Procesal N° 3 en la cual definió varios asuntos referentes a la organización de la audiencia sobre el fondo, entre ellos el horario, la distribución del tiempo para cada una de las partes, el método para la interrogación de testigos y peritos, el orden de presentación de éstos, la preparación de documentos a ser utilizados por el Tribunal y las partes durante la audiencia, la 12 presentación de escritos posteriores a la audiencia, las preguntas del Tribunal y otras cuestiones administrativas.

33. El 21 de agosto del 2007 el Tribunal de Arbitraje se refirió a la solicitud de la parte Demandante del 6 de agosto del 2007 referente a la presentación, durante la audiencia sobre el fondo del Profesor Hernán Salinas, como perito. El Tribunal le recordó a la parte Demandante que en el acta resumida de la primera sesión celebrada el 13 de noviembre del 2003 constaba el siguiente acuerdo:

“18. Prueba Documental Sin perjuicio de la facultad del Tribunal de solicitar a las partes la presentación de pruebas adicionales en cualquier etapa del procedimiento, se decidió que cada presentación se acompañará de toda la documentación justificativa y las declaraciones de los testigos y peritos, suscritas por ellos, que se quieran hacer valer. Se estableció que, excepcionalmente, las partes podrán solicitar la autorización del Tribunal para presentar documentación justificativa adicional con posterioridad a la presentación de sus escritos”.

34. En consecuencia, el Tribunal rechazó la solicitud de las Demandantes de que el Profesor Hernán Salinas declarara durante la audiencia, por considerar que dicha solicitud fue presentada tardíamente y en vista de que: a) la parte Demandante recibió el Memorial de Dúplica de la Demandada a principios del mes de abril de 2007 y, desde esa fecha, en ningún momento solicitó autorización al Tribunal para presentar documentación adicional ni expuso las razones excepcionales que justificaran una solicitud de tal naturaleza; b) es deber del Tribunal garantizar que ambas partes tengan la misma oportunidad para defender sus posiciones, por lo cual se establecieron reglas claras desde el inicio del procedimiento.

35. El día 24 de agosto del 2007 el Consejero Jurídico Principal del CIADI informó al Tribunal y a las partes que, en atención a una reorganización interna del Centro, la señorita Natalí Sequeira Navarro, Consejera del CIADI, sustituiría a la señora Gabriela Álvarez Ávila como Secretaria del Tribunal.

36. Con fecha 28 de agosto del 2007, las Demandantes informaron al Tribunal, que se abstendrían de “presentar los testigos y expertos que anteriormente había anunciado”.

37. El 29 de agosto del 2007, Argentina manifestó lo siguiente:

“[...] esta representación considera que la distribución actual de las declaraciones de los testigos y expertos está demasiado concentrada, lo que puede conspirar contra la adecuada examinación de los mismos. Por ello, sugerimos trasladar la declaración del Dr. Pérez Rovira al tercer día, por la mañana y la de Dra. De Riz al cuarto día por la mañana, [...]”.

38. Con fecha 31 de agosto del 2007 las Demandantes se refirieron a la solicitud que hizo Argentina de la siguiente manera: “Esta parte considera inadecuado el método propuesto, en cuanto vulnera y trastoca el orden lógico que se ha seguido en el proceso”.

39. Con fecha 3 de septiembre del 2007, el Tribunal le recordó a las partes que la metodología para la interrogación de los testigos durante la audiencia (interrogatorio directo, contra interrogatorio y re-directo), fue establecida en los puntos II y III de la Resolución N° 3, de conformidad con la práctica habitual en este tipo de procedimientos y que esa metodología fue confirmada por la Demandada, en su comunicación de fecha 30 de julio del 2007, y por las Demandantes en su misiva del 31 de julio del 2007.

40. En cuanto a la presentación de testigos y peritos, el Tribunal en esa misma comunicación confirmó que, cuando una parte en un proceso arbitral presenta informes periciales o testimonios escritos como prueba, está obligada a presentar, cuando lo soliciten la otra parte o el Tribunal, a los peritos o testigos que ofreció, con el fin de que sean interrogados durante la audiencia convocada con ese propósito.

41. El Tribunal explicó en su comunicación que, en vista de que la Demandada comunicó dentro del plazo establecido, el nombre de los testigos y peritos ofrecidos por las Demandantes que deseaba interrogar, era responsabilidad de la parte Demandante presentar a esas personas durante la audiencia. En caso de que su presencia no fuera posible, las Demandantes debieron haber informado al Tribunal con la anticipación suficiente, (punto III (11) y (12) de la Orden Procesal N° 3).

42. En la misma comunicación el Tribunal les recordó a las partes que en el párrafo II (5) de la Orden Procesal N° 3 se había señalado que, en caso de que una parte decidiera no presentar a los testigos o peritos que ofreció para que fueran interrogados, el Tribunal podría hacer las inferencias que considerara necesarias e inclusive negarles valor probatorio a esas declaraciones.

43. Con fundamento en lo anterior, el Tribunal invitó a ambas partes a confirmar, a más tardar el día 5 de septiembre del 2007, los nombres de los testigos y

peritos que comparecerían a la audiencia programada para comenzar el día 10 de septiembre del 2007.

44. Por medio de una comunicación del 4 de septiembre del 2007, las Demandantes señalaron que los testigos y peritos cuyas declaraciones fueron ofrecidas por ellas durante el procedimiento y cuya comparecencia fue solicitada por Argentina para ser interrogados “han expresado su imposibilidad de concurrir a la audiencia” y que “Metalpar les solicitó su concurrencia pero como se expresó, se excusaron y ni esta parte ni el Tribunal están en condiciones de obligarlos”.

45. Por medio de una comunicación del 4 de septiembre del 2007 la Demandada confirmó la asistencia de todos los testigos y peritos propuestos por ella.

46. El 7 de septiembre del 2007 el Tribunal se refirió a las respuestas recibidas por las partes e hizo notar que, en su carta del 31 de agosto del 2007, las Demandantes informaron al Tribunal que los señores Miguel Virgós y Carlos Pérez Rovira no podrían viajar a Washington durante las fechas fijadas para la audiencia, pero, respecto a los demás testigos y peritos, dijeron que “si la Demandada tenía especial interés en contra-interrogar a alguno de los testigos, debió ella misma gestionar su comparecencia”.

47. En dicha comunicación el Tribunal reiteró lo señalado en su carta del 3 de septiembre del 2007, en el sentido de que la práctica generalizada en este tipo de procedimientos de arbitraje ante el CIADI es que la parte que ofrece como prueba la 15 declaración de un testigo o el reporte de un perito, debe asegurar su disponibilidad para efectos de que la otra parte y el Tribunal puedan interrogarlo.

48. El Tribunal señaló además que las partes habían tenido tiempo suficiente para preparar los aspectos de organización y los detalles logísticos necesarios para la presentación de sus argumentos y de su prueba en la audiencia sobre el fondo, cuyas fechas les fueron comunicadas con mucha anticipación.

49. El Tribunal estimó asimismo que, en caso de desacuerdo entre las partes sobre cualquier punto referente a la organización de la audiencia, es obligación de las partes comunicar tal desacuerdo al Tribunal a la brevedad posible, para que éste adopte las medidas que estime convenientes, de conformidad con lo establecido en la Resolución Procesal N° 3, el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI.

50. En particular, el Tribunal llamó la atención de las partes sobre la Regla de Arbitraje 34(3), que dispone que las partes cooperarán con el Tribunal en la producción de la prueba y que el Tribunal tomará nota del incumplimiento por una parte de sus obligaciones y de las razones aducidas para tal incumplimiento.

51. Finalmente el Tribunal ratificó que la Regla 34(1) le da al Tribunal la facultad de decidir sobre la admisibilidad de cualquier prueba ofrecida y sobre su valor probatorio, en el momento en que el Tribunal lo considere oportuno.

52. Debido a un atraso en la llegada del vuelo de los representantes de las Demandantes, la audiencia sobre el fondo, que se llevó a cabo en la sede del Centro, se inició el martes 11 de septiembre del 2007 y se extendió hasta el viernes 14 de septiembre del 2007.

53. A la audiencia asistieron, en representación de las Demandantes, los señores Roberto Mayorga y Joaquín Morales del Estudio Etcheberry/Rodríguez Abogados, de Santiago de Chile; Jorge Postiglione, del Estudio Brons & Salas de Buenos Aires, Argentina; Jaime Paredes, Presidente de Metalpar S.A.; Sergio Meli abogado de Metalpar 16 S.A.; Gonzalo Varela, Gerente de Metalpar S.A.; Hernán Salinas, abogado; Pablo Grillo, abogado; Juan Fontaine, economista y Hernán Buchi, economista.

54. En representación de la Demandada asistieron el señor Gustavo Adolfo Scrinzi, Subprocurador del Tesoro de la Nación Argentina; los señores Gabriel Bottini, Fabián Markaida, Ariel Martins, Ignacio Pérez Cortés, Jorge Barraguirre y Patricio Arnendo Barreiro y las señoras Cintia E. Yaryura, Verónica Lavista, María Julieta Fontán y María Victoria Vitali, todos de la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina y el señor Ignacio Torterola, de la Embajada de la República Argentina en Washington D.C.

55. En distintos momentos de la audiencia estuvieron presentes y rindieron su declaración las siguientes personas ofrecidas por Argentina:

Peritos:

Dr. Augusto César Belluscio

Dra. Liliana de Riz

Dr. Roberto Frenkel

Dr. Mario Damill

Lic. Daniel Marx

Lic. José Echagüe

Testigo: Dr. Eduardo Ratti

56. Como lo habían anunciado, las Demandantes no presentaron los peritos y testigos que ellas ofrecieron y que Argentina había solicitado interrogar.

57. El 28 de septiembre del 2007 ambas partes presentaron por escrito sus respuestas a algunas preguntas planteadas por el Tribunal de Arbitraje durante la audiencia.

58. El Tribunal ha deliberado y considerado detenidamente el contenido de los escritos de las partes sobre el fondo, la prueba aportada y los argumentos orales formulados por ellas durante la audiencia sobre el fondo.

59. El 13 de febrero del 2008 el Tribunal les comunicó a las partes, con fundamento en la Regla 28 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el cierre del procedimiento.

II. ANTECEDENTES

60. En su Memorial de Demanda y en su Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.** narraron los siguientes antecedentes de este asunto:

- a. **Metalpar S.A.** (antes denominada Comercial Metalpar S.A.) es una sociedad chilena cuya actividad principal es la fabricación de carrocerías para vehículos.
- b. **Buen Aire S.A.** también es una sociedad chilena cuyas actividades son las inversiones y la prestación de asesoría técnica.
- c. En mayo de 1997, **Metalpar S.A.** y Mercobús S.A., una compañía chilena llamada anteriormente Inversiones Mercobús S.A., eran dueñas, respectivamente, de 11.880 y de 120 acciones del total de 12.000 que constituían el capital social de una compañía argentina denominada Inversiones Loma Hermosa S.A.
- d. El 9 de mayo de 1997 Inversiones Loma Hermosa S.A. adquirió la compañía argentina Bus Carrocería S.A. que se encontraba en estado de cesación de pagos y al borde de la quiebra.
- e. El 1º de octubre de 1997 los accionistas de Bus Carrocería S.A. acordaron cambiar el nombre a esa compañía para denominarla Metalpar Argentina S.A. Este cambio fue inscrito en el Registro de la Inspección General de Justicia de Argentina (Anexo 4 del Memorial de Demanda).
- f. El 10 de diciembre de 1998 los accionistas aumentaron el capital social de Inversiones Loma Hermosa que quedó distribuido así: **Metalpar S.A.**, 1.999.880 acciones y Mercobus S.A., 120 acciones.
- g. El 13 de julio del 2000 **Metalpar S.A.** transfirió esas 1.999.880 acciones a Inversiones Metalpar S.A., una sociedad chilena constituida en junio del 2000. Por lo tanto, a partir de esa fecha, la distribución accionaria de Inversiones Loma Hermosa S.A. fue la siguiente: Inversiones Metalpar S.A, 1.999.880 acciones y Mercobús S.A., 120 acciones.
- h. El 16 de noviembre del 2001, Inversiones Metalpar S.A. transfirió a Mercobús S.A. 1.999.760 acciones y conservó 120; en consecuencia, el capital social de Inversiones Loma Hermosa S.A. quedó repartido así: Inversiones Metalpar S.A., 120 acciones y Mercobús, S.A., 1.999.880 acciones.
- i. El 11 de octubre del 2002 Mercobús S.A. transfirió sus 1.999.880 acciones a Buen Aire, S.A. por lo que las acciones de Inversiones Loma Hermosa S.A. quedaron distribuidas así: Inversiones Metalpar S.A., 120 acciones y Buen Aire S.A., 1.999.880 acciones.

61. El 3 de febrero del 2003, fecha en la que las Demandantes solicitaron al CIADI el registro de este arbitraje, las acciones de las sociedades que se mencionan en este proceso estaban distribuidas así:

- a) **METALPAR S.A** (chilena):

Jaime Paredes Gaete:	416.286 acciones
Mario Paredes Gaete:	416.286 acciones
Carlos Paredes Gaete:	416.286 acciones

Inversiones Yelcho S.A.:	22.895.714 acciones
Inversiones Río Baker S.A.:	69.936.000 acciones
Constructora Marga Marga S.A.:	22.749.428 acciones
Total:	116.560.000 acciones

(Anexo A.13 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes).

b) BUEN AIRE S.A. (chilena):

Jaime Paredes Gaete:	416.286 acciones
Mario Paredes Gaete:	416.286 acciones
Carlos Paredes Gaete:	416.286 acciones
Inversiones Yelcho S.A.:	22.895.714 acciones
Inversiones Río Baker S.A.:	69.936.000 acciones
Constructora Marga Marga S.A.:	22.749.428 acciones
Total:	116.560.000 acciones

(Anexo A.13 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes).

c) INVERSIONES METALPAR S.A. (chilena):

Metalpar S.A.:	111.832.696 acciones
Jaime Paredes Gaete:	50.050 acciones
Mario Paredes Gaete:	42.350 acciones
Carlos Paredes Gaete:	30.800 acciones
Total:	111.955.896 acciones

(Anexo A.5 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes).

d) INVERSIONES LOMA HERMOSA S.A. (argentina):

Inversiones Metalpar S.A.:	120 acciones
Buen Aire S.A.:	1.999.880 acciones
Total:	2.000.000 acciones

Además **Metalpar S.A.** había hecho a Inversiones Loma Hermosa S.A. “aportes irrevocables” por US\$28.873.000,00.

(Anexo A del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes; Anexo 1 del Memorial de Demanda).

e) METALPAR ARGENTINA S.A. (argentina):

Inversiones Loma Hermosa S.A.:	1.988.000 acciones
Jaime Paredes Gaete:	12.000 acciones

Además, Inversiones Loma Hermosa S.A. había hecho “aportes irrevocables” a Metalpar Argentina S.A. por US\$30.022.426,00.

(Anexo A.8 del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes; Anexo 1 del Memorial de Demanda).

62. La Demanda planteada involucra varias normas del ordenamiento legal argentino que, para mejor entendimiento, se enumeran a continuación:

- a. **Ley 24.522:** Ley de Concursos y Quiebras.
- b. **Ley 23.298:** Ley de Convertibilidad del 28 de marzo de 1991.
- c. **Decreto 1570/2001:** Decreto del 1º de diciembre del 2001, que contiene las reglas a las que se someterán las entidades sujetas a la Superintendencia de Entidades Financieras y Cambiarias del Banco Central de la República Argentina. En ellas se establecen restricciones transitorias para los retiros de dinero en efectivo y las transferencias al exterior y se prohíbe la exportación de billetes y monedas extranjeras.
- d. **Ley 25.561:** Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, llamada “**Ley de pesificación**”, del 6 de enero del 2002.
- e. **Decreto 71/2002:** Decreto del 20 de enero del 2002 que contiene normas reglamentarias sobre el régimen cambiario establecido por la Ley Nº 25.561.
- f. **Decreto 214/2002:** Decreto del 3 de febrero del 2002 sobre el Reordenamiento del Sistema Financiero, que reglamenta la Ley 25.561.
- g. **Comunicación A 3471** del Banco Central de Argentina del 8 de febrero del 2002, que puso en práctica el decreto 260/2002 y eliminó lo establecido por el decreto 71/2002.
- h. **Decreto 260/2002:** Decreto del 8 de febrero del 2002 que eliminó el mercado oficial de cambios.
- i. **Decreto 320/2002:** Decreto del 15 de febrero del 2002 sobre el Reordenamiento del Sistema Financiero, que modificó el Decreto 214/2002.
- j. **Decreto 410/2002:** Decreto del 8 de febrero del 2002 sobre el Reordenamiento del Sector Financiero, el cual excluyó varios tipos de operaciones del sistema de pesificación.
- k. **Decreto 704/2002:** Decreto del 2 de mayo del 2002 que amplió las exclusiones establecidas en el Decreto 214/2002.
- l. **Decreto 905/2002:** Decreto del 1 de junio del 2002, que encargó al Ministerio de Economía reparar a las entidades financieras los perjuicios que sufrieron por la pesificación.
- m. **Decreto 53/2003:** Decreto del 10 de enero del 2003 que reformó el Decreto 410/2002.
- n. **Ley 25.820:** del 4 de diciembre del 2003 que reformó la ley 25.561.

III. POSICIONES DE LAS PARTES EN RELACIÓN CON LOS TEMAS DE FONDO

63. Las Demandantes afirmaron que invirtieron en Argentina una suma superior a los US\$30.000.000 (treinta millones de dólares, moneda de los Estados Unidos de América), que fue remitida por **Metalpar S.A.** a Inversiones Loma Hermosa S.A. y transferida por esta a Metalpar Argentina S.A. como aportes irrevocables de capital. (Anexo 1 del Memorial de Demanda y Anexo B del Memorial de Contestación sobre Jurisdicción).

64. También expresaron que, a partir de diciembre del 2001, la República Argentina inició un proceso de modificación del sistema financiero y cambiario de su país que afectó sus inversiones.

65. Alegaron, en síntesis, que el Decreto 1570/2001 “viola abiertamente” el APPI, que garantiza la libertad de transferencias y que la Ley 25.561, llamada de “Pesificación”, que dispuso que las obligaciones pactadas en dólares de los Estados Unidos de América debían obligatoriamente convertirse a pesos argentinos y facultó al Poder Ejecutivo a establecer el sistema que determinaría la paridad cambiaria entre el peso argentino y las divisas extranjeras, también viola el APPI.

66. Según las Demandantes, debido a los cambios establecidos “[...] los deudores fueron autorizados a pagar sus obligaciones en pesos argentinos al nuevo valor de mercado, que implicó una desvalorización superior al 300% del peso con relación al dólar” (Memorial de Demanda, párrafo 49).

67. Afirmaron, además que Metalpar Argentina S.A. suscribió varios contratos con distintas personas físicas y jurídicas por un monto total de US\$18.000.000,00 mediante los cuales ella, como fabricante de carrocerías para vehículos, les dio a esas personas financiación para la compra de esos bienes. Esos contratos se garantizaron con prendas sobre los vehículos que ella vendía y, en algunos casos, con otras garantías adicionales; los créditos se pactaron en dólares, con fundamento en los artículos 617 y 619 del Código Civil, vigentes al momento en que se suscribieron. Las Demandantes alegaron que “[...] la pesificación [...] implica una expropiación o medida similar en sus efectos sobre los créditos en moneda extranjera que resulta ilegítima e infringe abiertamente las normas del APPI al respecto” (Memorial de Demanda, párrafo 52).

68. Para las Demandantes la situación descrita viola también las normas del APPI que establecen que al inversionista debe dársele un trato justo y equitativo y constituyen una expropiación indirecta.

69. Según Argentina las medidas cuestionadas por las Demandantes están autorizadas por el TBI, el derecho argentino y el derecho internacional general (Memorial de Contestación, párrafo 1).

70. Además Argentina afirmó que: “La configuración de una expropiación de la inversión de METALPAR es imposible. La inversión de METALPAR en la República Argentina vale hoy, medida en dólares estadounidenses, mucho más [...]” (Memorial de Contestación, párrafo 5).

71. En opinión de Argentina, las medidas fueron adoptadas con base en los principios de razonabilidad, buena fe y proporcionalidad (Memorial de Contestación, párrafo 8).

72. Para Argentina, el alegato de las Demandantes sobre la presunta expropiación parte de un error conceptual porque no precisa con claridad cuál es su inversión en Argentina (Dúplica, párrafo 6).

73. Agregó la República Argentina que la necesidad y razonabilidad de las medidas adoptadas han sido ratificadas por la jurisprudencia internacional (Dúplica, párrafo 7), y que el estado de necesidad también ha sido reconocido por el derecho internacional general (Dúplica párrafo 8).

74. Las partes no solo discrepan en cuanto a los aspectos generales de la demanda de **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.**. También están en desacuerdo sobre a los aspectos específicos de ese reclamo, como se analiza en los párrafos siguientes.

1. La inversión de las Demandantes

75. En su Réplica, las Demandantes afirmaron lo siguiente:

“Metalpar no funda su demanda en el hecho de que su inversión haya sido expropiada por Argentina. CONCRETAMENTE, LO EXPROPIADO HAN SIDO LOS DERECHOS Y CREDITOS QUE TENÍA METALPAR CONTRA SUS CLIENTES, LOS QUE NO HA PODIDO EJERCITAR EN SU TOTALIDAD, PORQUE LA AUTORIDAD ARGENTINA SE LO HA IMPEDIDO, MEDIANTE LAS MEDIDAS FINANCIERAS DICTADAS AL EFECTO” (Réplica, párrafo 225).

76. En relación con sus inversiones las Demandantes afirmaron lo siguiente: “Para nosotros [...] el tema no es [...] de la valoración de las inversiones sino que es una expropiación de créditos, una infracción a contratos” (transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, página, 714).

77. Para Argentina, la inversión de **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.** “[...] son las participaciones accionarias indirectas en compañías locales [...] cualquier valuación o cualquier consideración de las medidas tiene que tomarse teniendo en cuenta cuál fue en todo caso el efecto de las medidas sobre esa inversión y no sobre los contratos de Metalpar Argentina” (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 211).

78. Argentina agregó que las Demandantes confundieron cuál es su inversión, ya que esta no consiste en los créditos de Metalpar Argentina; sino una participación accionaria, que “vale más de lo que hubiera valido de no adoptarse las medidas” (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 240).

2. Discriminación

79. En opinión de las Demandantes “[...] las compensaciones adoptadas para el sector financiero, de conformidad a la Ley 25.561, la Ley 25.789 y el Decreto 905/2002, contravienen el Artículo 2 N° 3 del APPI que prohíbe actuar discriminatoria o arbitrariamente en contra del inversionista extranjero [...]” (Memorial de Demanda, párrafo 169).

80. En ese mismo memorial las Demandantes manifestaron que “El Estado Argentino ha dejado de lado derechos expresamente reconocidos a Metalpar Argentina en la Constitución Nacional Argentina, y ha tratado en forma desigual a los perjudicados por las normas de “Pesificación”” (Memorial de Demanda, párrafo 217). Como fundamento de sus afirmaciones citaron el informe firmado por el Dr. Pablo Richards, presentado con el Memorial de Demanda, como Anexo Número 6.

81. Según las Demandantes, Argentina discriminó a **Metalpar S.A.** y a **Buen Aire S.A.** ya que “[...] estableció y reconoció situaciones de excepción a las que no aplicó la “Pesificación” obligatoria” (Memorial de Demanda, párrafo 360). Este argumento se fundamenta en que el Decreto 71/2002 hizo una excepción en relación con la pesificación, al disponer que si un miembro del sector financiero “[...] fuese titular de créditos prendarios constituidos para la adquisición de vehículos cuyo importe excediera en origen (o sea al contratarse la obligación) la suma de US\$100,000, las obligaciones de los deudores no se encuentran alcanzadas por la “Pesificación”, manteniéndose lo “originalmente pactado”” (Memorial de Demanda párrafo 361).

82. Además, las Demandantes manifestaron que “Argentina también actuó injusta e inequitativamente cuando adoptó medidas legales que afectan las inversiones de las demandantes pero que no afectaron al sistema financiero, este actuar es arbitrariamente discriminatorio” (Memorial de Réplica, párrafo 281).

83. Sobre la alegada discriminación, Argentina expuso que “No puede sostenerse válidamente, como pretenden las Demandantes, que la medida es discriminatoria porque otros sujetos recibieron un tratamiento distinto al otorgado a METALPAR. Resulta ilógico e ilegítimo comparar categorías de sujetos regidos por *normas* diferentes y con *características* diferentes” (Memorial de Contestación, párrafo 655).

84. Más adelante Argentina dijo que “[...] no discriminar no implica tratar a todos absolutamente por igual. Antes bien, para tratar a *todos por igual*, deben construirse cuidadosamente *distintas categorías* de personas afectadas que guarden *similitudes relevantes* entre ellas” (Memorial de Contestación, párrafo 664). Reiteró ese argumento en su Dúplica de la siguiente manera: “[...] las medidas no discriminaron entre sujetos de una misma categoría. Los efectos de las medidas fueron padecidos por la inmensa mayoría de los actores vinculados a obligaciones fuera del sistema financiero. No hubo discriminación entendida la misma como la desigualdad dentro de una **misma categoría de iguales**”, (párrafo 289).

85. La Demandada además se fundamentó en el laudo del 12 de mayo del 2005 en el caso de CMS contra la República Argentina, (caso CIADI N° ARB/01/8), en el que el Tribunal dijo que “[...] sólo existe discriminación entre grupos o categorías de personas que se encuentran en una situación similar” (Dúplica, párrafo 447).

86. También Argentina manifestó que “[...] cabe puntualizar (sic) las entidades financieras también fueron afectadas por las medidas pues se les impuso una pesificación asimétrica (los depósitos debían devolverse a un valor de US\$1=\$1,40 + CER mientras que sus préstamos se pesificaron a un valor de US\$1=\$1) y por esta especial afectación se las compensó parcialmente” (Dúplica, párrafo 453).

87. Por esas razones Argentina rechazó los argumentos de las Demandantes y dijo que “El gobierno argentino no adoptó medidas más favorables respecto de las entidades financieras” (Memorial de Contestación, párrafo 686).

3. Expropiación

88. Para las Demandantes “[...] las medidas adoptadas por el Estado argentino, con relación a Metalpar Argentina S.A., en su condición de empresa receptora de las inversiones de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. y respecto de éstas en sus calidades de inversionistas extranjeros, son desproporcionadas y constituyen una “expropiación indirecta”” (Memorial de Demanda, párrafo 288).

89. En ese mismo memorial esbozaron el concepto de expropiación indirecta el cual para ellas implica que las medidas estatales no sustraen física ni jurídicamente el derecho o bien de su titular, sino que “[...] reducen de forma relevante el haz de facultades que implica esa titularidad, o merman significativamente su valor económico” (Memorial de Demanda, párrafo 256). Además afirmaron que: “Podría decirse que al resultar la “pesificación” del crédito por un acto de alcance general, emanado de una autoridad, la confiscación adquiriría el carácter de confiscación “indirecta””, (Memorial de Demanda, párrafo 190).

90. Al referirse a la expropiación indirecta, explicaron las tesis que, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, permiten identificar este tipo de expropiación: la teoría del impacto o “*sole effect doctrine*” y la teoría del juicio de ponderación (Memorial de Demanda, párrafos 266-294).

91. Con base en la teoría del juicio de ponderación, las Demandantes afirmaron que ellas “[...] **desproporcionadamente** han sufrido los efectos “expropiatorios” de las medidas de devaluación argentinas sin gozar de los eventuales beneficios que ellas pudiesen causar” (Memorial de Demanda, párrafo 292).

92. En relación con la protección del **APPI** afirmaron lo siguiente: “El artículo 4 del APPI Argentina-Chile otorga plena protección y seguridad jurídica a las inversiones de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. efectuadas en el territorio argentino. Estas según el Tratado no pueden ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por ley fundada en causas de utilidad pública o de bien común, y deberán en tal caso ser previamente indemnizadas” (Memorial de Demanda, párrafo 254).

93. Las Demandantes se refirieron en su Memorial de Demanda al conocido principio de que no se puede expropiar sin pagar la correspondiente compensación y afirmaron que la “[...] cláusula de expropiación es considerada en la actualidad una norma del Derecho Internacional Público general” (Memorial de Demanda, párrafo 238). Agregaron que: “Es equitativo que el Estado que expropia por razones de bien común, compense al que sufre los costos individuales por este bien común” (párrafo 246).

94. La pesificación, según las Demandantes, “[...] desactivó los mecanismos contractualmente previstos para el supuesto de pesificación e impidió a METALPAR cobrar

los dólares debidos recibiendo, a cambio, pesos argentinos a un valor de un tercio del dólar prometido. Esta disminución del valor, obviamente “... *ha operado una transformación en la sustancia del derecho afectado que la torna inválida frente a la Constitución Nacional*” (Réplica, párrafo 30).

95. Además alegaron que las medidas adoptadas por Argentina “[...] fueron de carácter permanente y han tenido “efectos permanentes” sobre los contratos de Metalpar, ya que nunca se le permitió exigir el cumplimiento total, [...]” (Réplica, párrafo 254).

96. Argentina negó que hubiera violado el derecho de propiedad de las Demandantes (Memorial de Contestación, párrafo 224). En relación con la doctrina que expusieron las Demandantes, denominada teoría del impacto, Argentina dijo que “[...] no ha existido una expropiación de acuerdo a los postulados de esa tesis. Una inversión que vale mucho más de lo que hubiera valido de no haberse adoptado las medidas claramente tuvo un impacto positivo resultante de dichas medidas” (Memorial de Contestación, párrafo 225).

97. Argentina además afirmó, con base en el informe de los señores Marx, Echagüe y Molina, que las medidas “[...] más que compensar efectos negativos con positivos, fueron ampliamente beneficiosos para la inversión de METALPAR” (Memorial de Contestación, párrafo 234).

98. En opinión de Argentina, en este caso es imposible hablar de expropiación ya que la inversión “[...] vale sustancialmente más de lo que hubiera valido de no haberse adoptado las medidas, valuada en Dólares estadounidenses” (Memorial de Contestación, párrafo 185).

99. También consideró que el reclamo de las Demandantes se funda en una “[...] supuesta expropiación de parte de ciertos derechos contractuales de Metalpar Argentina, y no de la inversión de METALPAR” (refiriéndose a **Metalpar S.A.** y a **Buen Aire S.A.**), (Memorial de Contestación, párrafo 192).

100. Argentina citó lo expresado por las Demandantes en el párrafo 225 de su Memorial de Demanda, (“Metalpar no funda su demanda en el hecho de que su inversión haya sido expropiada por Argentina”), y concluye que “[...] la República Argentina no tiene mas que solicitar que se rechace el reclamo expropiatorio *in limine* sobre la base de lo manifestado por las propias Demandantes” (Dúplica, párrafos 171 y 172).

4. Interferencia

101. Según las Demandantes, Argentina interfirió en el ejercicio de su derecho de propiedad: “[...] las medidas adoptadas por Argentina, interfirieron o “neutralizaron” la propiedad y goce de los derechos y créditos de Metalpar, con lo cual éste se vio impedido de poder “dirigir las operaciones del día a día sobre sus negocios y sus inversiones”, en otros términos, se interfirió el “control de sus inversiones y negocios” ya que no pudo exigir el cumplimiento de contratos válidamente celebrados. Estos contratos son de la esencia de las actividades relacionadas con sus inversiones ya que por medio de ellos ejerce legalmente su comercio o negocio” (Réplica, párrafo 253).

102. Con base en el laudo del 30 de agosto del 2000 del caso Metalclad contra los Estados Unidos Mexicanos (caso CIADI Nº ARB(AF)/97/1), las Demandantes comentaron que la expropiación también comprende la interferencia encubierta o incidental por parte del Estado en cuanto al uso de la propiedad por parte de sus dueños ya que produce el efecto de privar al dueño de todo o parte de los beneficios económicos razonablemente esperados, sin que haya necesidad de un beneficio económico obvio para el Estado (Réplica, párrafo 239).

103. Las Demandantes también esgrimieron otros argumentos relacionados con la alegada intervención del Estado: “[...] de no haberse producido la intervención del Estado Argentino en la relación de Metalpar Argentina para con sus clientes (disponiendo la “Pesificación” de los créditos en moneda extranjera), METALPAR y BUEN AIRE mantendrían hoy sus inversiones en la moneda de origen [...]” (Memorial de Demanda, párrafo 149). Según ellas esa intervención se manifestó en la pesificación de los créditos, y en la derogatoria del régimen de convertibilidad del peso frente al dólar, mediante la Ley 25.561 que modificó la Ley 23.928.

104. Concluyeron las Demandantes que: “[...] los efectos de la Ley 25.561, no obstaban a la exigibilidad de los créditos prendarios en la moneda originariamente pactada. Sin embargo, primero mediante las disposiciones contenidas en el artículo 11 de la Ley 25.561 y luego mediante aquellas del artículo 1 y 8 del Decreto 214/2002, la República Argentina interfiere en la relación entre particulares y afecta los derechos incorporados al patrimonio de Metalpar Argentina de conformidad con la Constitución Nacional Argentina y la inversión de METALPAR y BUEN AIRE, amparados por el APPI” (Memorial de Demanda, párrafo 152).

105. En opinión de Argentina “[...] es imposible afirmar que los derechos de METALPAR –referido a las Demandantes– han “devenido tan inútiles que se los debe considerar expropiados”, o que se haya “efectivamente neutralizado el beneficio de la propiedad del inversor extranjero”, en tanto la inversión de METALPAR vale sustancialmente más de lo que hubiera valido de no haberse adoptado las medidas [...]” (Memorial de Contestación, párrafo 221).

106. También la Demandada expresó:

“La República Argentina no hizo perder al Inversor el control de su inversión.

La República Argentina no dirigió ni dirige las operaciones del día-a-día de las compañías en donde METALPAR ha efectuado su inversión. La República Argentina no detuvo ni tiene detenidos a directivo o empleado alguno de las compañías en donde METALPAR ha efectuado su inversión [...]

La República Argentina no interfirió ni interfiere con la administración o con las actividades de los accionistas.

La República Argentina no ha impedido ni impide que las compañías en donde METALPAR ha efectuado su Inversión paguen dividendos a sus accionistas.

La República Argentina no ha interferido ni interfiere con la designación de directores y administradores.[...]” (Memorial de Contestación, párrafo 224).

5. Prohibición de hacer transferencias al exterior

107. Las Demandantes afirmaron que Argentina violó el artículo 5 del APPI, que se refiere a la libre transferencia de pagos relacionados con la inversión. Explicaron que, por medio de una carta del “[...] 8 de Mayo del 2003, la cual se acompaña como Anexo N° 8 de este Memorial, Metalpar Argentina S.A. en su calidad de empresa receptora de las inversiones de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A., solicitó al Banco BankBoston de Buenos Aires la remesa de la suma de US\$200.000, la cual correspondía a un reparto de utilidades que las inversionistas tenía (sic) derecho a remesar al exterior según lo expresado en el Artículo 5 antes citado” (Memorial de Demanda, párrafo 369). También le pidieron al BankBoston que “[...] nos asesoren respecto al procedimiento a seguir con objeto de concretar la operación planteada” (Anexo N° 8 del Memorial de Demanda). Agregaron que, por medio de una comunicación telefónica, el banco mencionado les indicó que debían “[...] remitirse a la legislación vigente [refiriéndose al Decreto Ejecutivo 1570/2001, según lo señalaron las Demandantes más adelante], la cual prohibía esas remesas” (Memorial de Demanda, párrafo 370).

108. Las Demandantes concluyeron “[...] que Argentina violó la garantía de transferencia consagrada en el APPI Argentina-Chile y más aún discriminó a los inversionistas extranjeros al establecer excepciones a la prohibición de transferencia como fueron los pagos de gastos efectuados en el exterior a través de tarjetas de crédito” (Memorial de Demanda, párrafo 372).

109. En relación con este tema, Argentina expuso que siempre permitió la realización de transferencias internacionales y, solo en el momento más difícil de la crisis, sujetó esas transferencias a la conformidad previa del Banco Central (Memorial de Contestación, párrafo 9). El problema, según Argentina, es que, “[...] ninguna de las Demandantes solicitaron alguna vez autorización alguna al BCRA para realizar una transferencia” (Memorial de Contestación, párrafos 707 y 716).

110. Para Argentina, si bien es cierto que, el artículo 5 del APPI indica que los Estados deben garantizar a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante la libre transferencia de pagos relacionados con una inversión, “[...] ello no impide que cada Estado parte establezca determinados procedimientos para la realización de las transferencias” (Memorial de Contestación, párrafo 721). Agregó que “[...] en este caso en particular, la demora de las transferencias obedece al exclusivo incumplimiento de las formalidades por parte de las Demandantes” (Memorial de Contestación, párrafo 744). Además argumentó Argentina que las normas referentes a este asunto (Decreto 1570 y varias Comunicaciones del Banco Central) “[...] no discriminan entre transferencias en Pesos o transferencias en Dólares” (Memorial de Contestación, párrafo 753).

111. Finalmente, en relación con este asunto, la Demandada explicó que el requisito de la autorización previa fue flexibilizándose e incluso ciertos tipos de transferencias, con el tiempo, se podían realizar sin necesidad de cumplir con la autorización del Banco Central (Memorial de Contestación, párrafo 766).

6. Trato justo y equitativo

112. Para las Demandantes, la cláusula de trato justo y equitativo consignada en el artículo 2.1 del APPI, “[...] opera como cláusula general de garantía dirigida a los inversores extranjeros de que sus inversiones en ese Estado serán sometidas a un tratamiento compatible con esas expectativas y de que esta garantía es independiente del derecho nacional del Estado receptor” (Memorial de Demanda, párrafo 313).

113. Basadas en los procedimientos de arbitraje de Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Unidos Mexicanos (caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, laudo del 29 de mayo del 2003) y Mondev International Ltd. contra los Estados Unidos de América (caso CIADI N° ARB(AF)/99/2, laudo del 11 de octubre del 2002), las Demandantes afirmaron que la violación del principio de trato justo y equitativo no requiere por parte del Estado una actuación de mala fe (Memorial de Demanda, párrafos 315 y 316).

114. En relación con la actuación de Argentina las Demandantes dijeron que “La acción legislativa de Argentina careció de toda coherencia, fue ambigua, impredecible y poco transparente todo lo cual impidió que los inversionistas pudiesen planificar sus actividades” (Memorial de Demanda, párrafo 320). Además afirmaron que “[...] Argentina en una forma arbitraria e ilegal dictó normas que cambiaron el marco jurídico sobre el cual las demandantes tomaron la decisión de invertir [...]” (párrafo 322). Según las Demandantes, a partir de diciembre del 2001 Argentina comenzó a dictar en forma desordenada y contradictoria normas jurídicas de distinto nivel (Memorial de Demanda, párrafo 350).

115. Luego de afirmar que el APPI “[...] no define lo que debe entenderse por “trato justo y equitativo”” (Memorial de Demanda, párrafo 331), las Demandantes dijeron que hay dos tesis para abordar este tema: la de no-autonomía o de asimilación al “estándar mínimo internacional”. Para esta tesis el trato justo y equitativo se materializa en el “estándar mínimo internacional” que consagra el Derecho Internacional consuetudinario. “En concreto, el “trato justo y equitativo” corresponde a la obligación de proporcionar el “estándar mínimo de tratamiento” establecido por el Derecho Internacional consuetudinario”, (Memorial de Demanda, párrafo 332). La segunda tesis, la del estándar autónomo de protección o *plain meaning approach*, está fundada “[...] en el carácter de norma convencional de la cláusula de tratamiento justo y equitativo y en las reglas de interpretación de la Convención de Viena [...]” (Memorial de Demanda, párrafo 335). Las Demandantes concluyeron que la jurisprudencia arbitral se ha inclinado por entender las cláusulas de trato justo y equitativo con gran amplitud (Memorial de Demanda, párrafo 346).

116. Las Demandantes dijeron que “[...] Argentina, al haber suscrito el APPI con Chile, asumió la obligación respecto de las inversiones y de los inversionistas chilenos, de respetar los derechos adquiridos respecto de tales inversiones y las expectativas racionales y legítimas de los inversionistas. Este deber de Argentina no fue respetado por ella y por ende el trato dado a las inversiones de Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. no fue ni justo ni equitativo” (Memorial de Demanda, párrafo 359).

117. Para Argentina el trato justo y equitativo es “[...] **el trato mínimo internacional, entendiéndolo por éste un estándar que signifique razonabilidad y proporcionalidad**”,

(Memorial de Contestación, párrafo 473). En su criterio, la práctica y las organizaciones internacionales consideran que el “[...] estándar de trato justo y equitativo (a) “no obliga a tratamientos adicionales o más allá de lo que se requiere en virtud del estándar mínimo del derecho internacional consuetudinario en el tratamiento de extranjeros”; (b) se relaciona con conceptos como la denegación de justicia o la no discriminación; (c) no se refiere, de acuerdo al entendimiento de los Estados, a la estabilidad del marco legal y de negocios, o a las expectativas de los inversores” (Memorial de Contestación, párrafo 485).

118. Con base en el laudo emitido el 25 de junio del 2001 en el procedimiento de arbitraje entre Alex Genin, Eastern Credit Limited Inc., y A.A. Baltoil contra Estonia (caso CIADI N° ARB/99/2.), Argentina señaló entre otros criterios, que el significado de trato justo y equitativo “[...] requiere para su violación por parte del Estado actos que demuestren una premeditada intención hacia el incumplimiento de una obligación, una insuficiencia de acción que cayese por debajo de los estándares internacionales o aun mala fe subjetiva” (Memorial de Contestación, párrafo 551).

119. Fundada en lo anterior, Argentina negó que durante “la emergencia” dejara de aplicar el principio de trato justo y equitativo (Memorial de Contestación, párrafo 499).

120. Argentina concluyó que las medidas alegadas como violatorias fueron en realidad proporcionales a la situación y que se buscó el equilibrio entre todos los actores económicos de la sociedad. “Las medidas no fueron inconsistentes por cuanto, no sólo contemplaron a la totalidad de la sociedad, sino que cumplieron en readaptar las circunstancias a la situación económica imperante” (Memorial de Contestación, párrafo 609).

121. Según Argentina, las Demandantes expresaron conceptos incompatibles en relación con el trato justo y equitativo. “Si el trato justo y equitativo es un “Standard Mínimo de Protección” entonces no puede ser, a su vez, una cláusula de estabilización como pretenden las Demandantes” (Dúplica, párrafo 354).

122. Argentina se refirió también al laudo del 27 de octubre del 2006 emitido en el arbitraje de Champion Trading Company y Ameritrade Internacional Inc. contra la República Árabe de Egipto, (caso CIADI N° ARB/02/9), en el cual se indicó que “[...] according to recent case law, the fair and equitable standard must be assessed in light of all the facts and circumstances of the case, including the behaviour of the Claimants” (Dúplica, párrafo 424). “[...] según la jurisprudencia reciente, el estándar de trato justo y equitativo debe ser valorado a la luz de todos los hechos y las circunstancias del caso, incluyendo la conducta de las Demandantes], (traducción libre del Tribunal). Con fundamento en lo resuelto en ese asunto, Argentina enfatizó la necesidad de analizar las circunstancias, a la hora de valorar si se dio a un inversionista un trato justo y equitativo.

123. En opinión de Argentina: “METALPAR no puede argumentar que tenía la expectativa legítima de que, frente al colapso económico, social e institucional más grave en la historia del país, su inversión no se vería afectada en ninguna medida y el orden jurídico que regula las relaciones contractuales entre particulares sufriría ciertas reade-cuaciones” (Dúplica, párrafo 392).

7. Indemnización

124. En su Memorial de Demanda, las Demandantes pidieron como daño emergente por la reducción del valor en dólares de los derechos crediticios de Metalpar Argentina S.A., según un informe financiero al 31 de diciembre del 2003, que presentaron como Anexo 7, la suma de US\$8.055.933 (párrafo 407). Solicitaron que al dictar el laudo se prepare una nueva liquidación ajustada a la fecha (párrafo 402). También pidieron un total de US\$1.405.010 como daños efectivos en relación con los cobros judiciales y extrajudiciales al 6 de enero del 2002 (párrafo 410). Como lucro cesante, lo que en el citado informe con corte al 31 de diciembre del 2003 se denomina como costo de oportunidad, pidieron la suma de US\$281.773 (párrafo 414); hicieron una reducción de US\$174.947 por la cancelación de pasivos que hizo Metalpar Argentina S.A. en el 2002 en pesos reajustados por el CER, lo cual en su criterio fue un “beneficio” para esa empresa (párrafo 416). Una vez hecha esa reducción, en total solicitaron US\$9.567.769 por daño emergente y lucro cesante (párrafo 418). Como daño moral pidieron el pago de US\$3.000.000 (párrafo 423) y como “pérdida de chance” un total de US\$2.870.330,81 (párrafo 432). Adicionalmente señalaron la suma de US\$2.500.000 como el monto de otros daños referidos a asesorías económicas, financieras y legales a las que las Demandantes “[...] han debido requerir para enfrentar la situación de la empresa en Argentina y también en Chile [...]” (párrafo 434).

125. En conclusión, las Demandantes solicitaron que se condenara a Argentina al pago total de US\$17.938.099 más “[...] el interés compuesto desde la fecha del fallo hasta su pago efectivo” (Memorial de Demanda, párrafo 437 b).

126. Además pidieron “En subsidio de lo anterior, condenar a la República Argentina a cancelar a las demandantes una indemnización por los daños causados, ascendente a la suma que el tribunal en justicia considere apropiado aplicar” (Memorial de Demanda, párrafo 437).

127. En la audiencia de fondo, las Demandantes afirmaron lo siguiente: “Metalpar en aras de tratar de reducir el efecto de la pesificación o tratar de reducir el efecto de los daños en beneficio del Gobierno Argentino para requerir luego una menor indemnización, aceptaba los pagos aunque fueran 1 a 1 sin CER de los deudores, [...] de esta forma Metalpar logró recaudar un importante monto de los deudores” (transcripción del 11 de septiembre del 2007, página 34).

128. Argentina expresó su desacuerdo con la indemnización solicitada por las Demandantes, basada fundamentalmente en que, a su juicio, las medidas que ella tomó “[...] lejos de causar perjuicios a la inversión de METALPAR la han beneficiado fuertemente [...]” (Memorial de Contestación, párrafo 876). “[...] las medidas beneficiaron ampliamente a Metalpar Argentina al permitirle a sus deudores no sólo cancelar sus deudas, sino además mejorar su situación económico-financiera motivo de la recuperación de la demanda de transporte de pasajeros situación que redundó en un incremento en la adquisición de nuevas carrocerías” (Dúplica, párrafo 534).

129. Además, en su opinión, Metalpar no debió “[...] ampararse en las disposiciones de contratos suscriptos por Metalpar Argentina, a efectos de calcular el monto de la

indemnización de los daños y perjuicios que argumenta haber sufrido en virtud de la violación del TBI por parte de Argentina” (Memorial de Contestación, párrafo 879). Agregó que las Demandantes tampoco consideraron la crisis económica que atravesó Argentina la cual provocó efectos en el negocio de Metalpar Argentina, incluso antes de la aplicación de las medidas de emergencia que adoptó dicho país. Afirmó que “[...] de hecho, en la memoria correspondiente a los estados contables del año 2001 la propia empresa reconocía que “[c]on relación a la facturación del ejercicio en cuestión [2001], la misma presenta una disminución en valores absolutos del orden del 34,55% merced a la situación macroeconómica precedentemente descripta...” (párrafo 881).

130. Según Argentina no existe relación de causalidad entre su conducta y los daños que alegaron las Demandantes (Memorial de Contestación, párrafo 884) y además, los rubros de daño moral, pérdida de chance y otros daños carecen de fundamentación técnica alguna que avale su cuantificación (Dúplica, párrafo 545).

131. Argentina afirmó que, como las Demandantes lo reconocieron, la metodología que usaron para estimar la indemnización es contable y no financiera y, además, hay un error en la determinación de los supuestos daños (Dúplica, párrafos 549-552). Argentina cuestionó en muchos aspectos el informe que presentaron las Demandantes como Anexo 7 de la Demanda (“Informe Financiero, Metalpar, Efectos de la Pesificación al 31 de Diciembre del 2003”), ya que lo elaboró un contador y los montos que refleja provienen de la Gerencia de Metalpar. “Es un informe que carece de toda independencia [...]” (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 196). Además Argentina explicó en la audiencia los errores técnicos que encontró en dicho informe.

132. Para Argentina, no procede el reclamo de daño moral ya que las Demandantes son personas jurídicas y en el derecho argentino no son “[...] susceptibles de sufrir padecimientos espirituales” (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 207).

133. Para concluir, Argentina argumentó que las Demandantes no sufrieron ningún daño como consecuencia de las medidas que adoptó ese Estado y resulta “[...] a todas luces evidente que la valuación de las tenencias accionarias en Metalpar Argentina es muy superior en la actualidad a lo que se podía evaluar para el año 2001” (Dúplica, párrafo 577).

8. Estado de Necesidad

134. Argentina adujo, como eximente de responsabilidad, el estado de necesidad. Según su criterio: “[...] la situación de colapso que la afectó y la sigue afectando constituye estado de necesidad que la exime de responsabilidad internacional en tanto:

- El Estado no ha contribuido a que se produzca tal estado de necesidad.
- Las medidas adoptadas constituyeron el único modo de salvaguardar ese interés esencial de un peligro grave de disolución social y anarquía política;

- No se ha afectado gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados en relación con los cuales existe la obligación, o de la comunidad en su conjunto, ni se ha visto afectado el cumplimiento de ninguna obligación de *ius cogens*.
- No se ha tratado de modo desigualitario a los inversores extranjeros en relación con los argentinos ni a los inversores con el resto de los inversores de la misma actividad.
- La obligación internacional invocada, el TBI, no excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad” (Memorial de Contestación, párrafo 854).

135. Según Argentina, la crisis que sufrió se vincula con innumerables factores exógenos en los cuales ese país tuvo una nula o irrelevante participación (Memorial de Contestación, párrafo 859; Dúplica, párrafo 497).

136. Argentina manifestó además, con fundamento en el caso *Sea-Land Service, Inc. contra Irán*, Laudo N° 135-33-1 del 20 de junio de 1984, del Tribunal Irán-Estados Unidos, que en situaciones de crisis las autoridades de gobierno pueden utilizar “[...] una amplia gama de facultades sin incurrir en responsabilidad internacional” (Memorial de Contestación, párrafo 864).

137. A juicio de Argentina, durante la crisis existió un riesgo cierto de desintegración del Estado mismo (Dúplica, párrafo 491). Las medidas que adoptó frente a ese riesgo constituyeron el único modo de salvaguardar un interés esencial de un peligro grave e inminente (Dúplica, párrafo 517). También agregó que “[...] el estado calamitoso en que se hallaba el país configura sin lugar a dudas el estado de necesidad que es una clara causa de justificación tanto bajo el Derecho argentino como bajo el Derecho internacional” (Dúplica, párrafo 280).

138. Según las Demandantes, el derecho de emergencia o de necesidad, basado en jurisprudencia interna, se encuentra limitado y supeditado a la comprobación de ciertas circunstancias establecidas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina (Réplica, párrafo 23). Para la Corte, la medida que tome un Estado, será constitucional si restringe temporalmente el momento de ejecución del contrato o la sentencia, manteniendo incólume y en su integridad la sustancia de estos (Réplica, cita al pie de página número 5, página 13).

139. En opinión de las Demandantes, “[...] es admisible que la necesidad de proveer al bien común implique la limitación de ciertos derechos individuales; pero en tal caso esa privación debe ser indemnizada” (Réplica, párrafo 31).

140. Otro argumento expuesto por las Demandantes sobre este tema es que la emergencia en Argentina “[...] no surgió de la nada, ni se trató de un desastre natural, sino que fue la consecuencia de sus propios desmanejos” (Réplica, párrafo 47).

141. Las Demandantes enfatizaron que no cuestionan la potestad de Argentina para dictar las medidas (Réplica, párrafo 54), ni buscan la declaratoria de ilegalidad de la pesificación o de la devaluación (Réplica, párrafo 56); tampoco cuestionan el poder

soberano de Argentina para devaluar, “[...] Argentina tenía el *imperium* suficiente para –mediante leyes de orden público– modificar convenciones libremente pactadas entre las partes de los contratos” (Réplica, párrafo 57). A criterio de las Demandantes, la pesificación no era necesaria ni obligatoria (Réplica, párrafo 98), fue una medida que se juzgó conveniente y ellas no cuestionan el poder de tomarla (Réplica, párrafo 101). Concluyeron en que, aunque no dudan de la facultad soberana de Argentina para tomar las medidas cuestionadas, esa Nación debe indemnizarlas por las pérdidas que sufrieron.

142. Las Demandantes afirmaron que Argentina “[...] no tenía ni tiene derecho a exigir a un inversor extranjero ninguna “contribución patriótica”, y que la disminución, mengua o privación parcial de su propiedad (la inversión instrumentada en los contratos) debe ser indemnizada” (Réplica, párrafo 115).

143. El estado de necesidad, en opinión de las Demandantes, es una excusa de carácter excepcional y cabe solo de acuerdo con condiciones estrictas (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, páginas 82 y 86). No puede alegarse “[...] si el Estado responsable ha contribuido deliberadamente o por negligencia a que se produzca esa situación de necesidad” (página 96). “El estado de necesidad no excluye la obligación del Estado de compensar por la pérdida efectiva causada” (página 102).

9. Deber de mitigar los daños

144. Argentina dijo que el ordenamiento jurídico de ese país previó expresamente una vía para remediar situaciones de inequidad que pudieran surgir de la aplicación de la pesificación, y agregó que “METALPAR reconoce que ni las Demandantes en el presente arbitraje ni Metalpar Argentina hicieron uso del mecanismo descripto” (Memorial de Contestación, párrafo 17).

145. Según la República Argentina, “Metalpar Argentina, compañía controlada por METALPAR, debió haber realizado un “esfuerzo *bona fide*” y razonable ante las autoridades locales para remediar supuestas inequidades resultantes de la pesificación de los contratos” (Memorial de Contestación, párrafo 18). Aclaró que esto no implica o equivale a requerir un agotamiento de recursos internos, sino que “[...] responde al simple hecho de que ante la ausencia de un esfuerzo razonable por parte del inversor de obtener una corrección de las medidas cuestionadas, la posibilidad misma de una violación del TBI se vuelve cuanto menos dudosa” (Memorial de Contestación, párrafo 19).

146. Las Demandantes expresaron su desacuerdo con Argentina y afirmaron que no se les podía exigir que iniciaran acciones judiciales en el ámbito interno porque ello hubiese implicado una duplicidad de reclamos, la cual, desde el punto de vista internacional, es inadmisibles y les habría impedido acudir a un tribunal de CIADI (Réplica, párrafos 143, 153 y 154). Además, iniciar los procesos hubiese equivalido a incurrir en una actitud autocontradictoria, al cuestionar la legalidad del régimen y a la vez, efectuar reclamos dentro de él (Réplica, párrafo 144). También consideraron que el reclamo ni siquiera hubiera “dado frutos” pues en la Corte Suprema de Justicia de Argentina, al 27 de diciembre del 2006, existían más de 50.000 procesos vinculados

con la constitucionalidad de la pesificación (Réplica, párrafo 145). Además, en su opinión, obligarlas a “transitar” por el complicado proceso judicial, “[...] importa también una medida expropiatoria” (Réplica, párrafo 146).

147. En una comunicación del 28 de septiembre del 2007, en respuesta a varias preguntas planteadas por el Tribunal en la audiencia de fondo, las Demandantes manifestaron que “Metalpar recibió los pagos efectuados “a cuenta”, tal como lo establecía la Ley 25.561, y propuso a los deudores una renegociación de la deuda” (página 7). Agregaron: “Según lo dispuesto por la Ley 25.642, el CER recién pudo aplicarse a partir del 1 de octubre de 2002. Por ello, reiteramos, Metalpar tomó esa fecha –y no otra– para el cálculo del CER, y no por una especulación cambiaria. Metalpar, en consecuencia, recién pudo comenzar a reclamar a sus deudores el CER el 1 de octubre de 2002 [...] Asimismo Metalpar procedió a refinanciar las deudas de algunos de sus clientes” (página 7).

10. Conclusiones y peticiones

148. En la audiencia de fondo, las Demandantes concluyeron que la “[...] pesificación viola el marco jurídico y el APPI que tuvo en cuenta al realizar la inversión ya que implicó alteraciones sustanciales de lo que Metalpar había tenido en cuenta al momento de realizarla” (transcripción de la audiencia, del 11 de septiembre del 2007, página 36). Agregaron que “Argentina ha violado su obligación de otorgar plena protección y seguridad jurídica en su territorio a las inversiones de Metalpar y de Buen Aire y las ha sometido a medidas equivalentes a una expropiación” (transcripción de la audiencia, del 11 de septiembre del 2007, página 49).

149. Las Demandantes solicitaron en su Memorial de Demanda que el Tribunal emita el laudo de la siguiente manera:

- a) Determinando que la República Argentina ha violado sus obligaciones conforme al Tratado Bilateral de Inversiones antes individualizado, suscrito entre Chile y Argentina, el derecho internacional y la propia Constitución Argentina;
- b) Condenando a la República Argentina a pagar a las demandantes Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. una indemnización de **US\$17.938.099**, reajustada y actualizada en la forma antes solicitada, más todas las costas adicionales que implique el presente litigio para las demandantes, con el interés compuesto desde la fecha del fallo hasta su pago efectivo.
- c) En subsidio de lo anterior, condenar a la República Argentina a cancelar a las demandantes una indemnización por los daños causados, ascendente a la suma que el tribunal en justicia considere apropiado aplicar” (párrafo 437).

150. En su Memorial de Réplica las Demandantes reiteraron las peticiones indicadas en el párrafo anterior (XXV Petitorio).

151. En su Memorial de Contestación Argentina, Argentina pidió al Tribunal que “[...] a) se tenga por presentado el presente Memorial de Contestación en tiempo y forma; b) se rechace en forma total la demanda de METALPAR contra la República Argentina, con costas” (Memorial de Contestación, párrafo 909).

152. En su Memorial de Dúplica, Argentina solicitó que el Tribunal “a) Tenga (sic) presentado el Memorial de Dúplica en tiempo y forma; b) Tenga presente la prueba ofrecida y acompañada; c) Se rechace, oportunamente, la demanda de METALPAR; e) Con costas” (Dúplica, párrafo 593).

IV. DIFICULTADES PROBATORIAS

153. Según se explicó anteriormente, por razones que el Tribunal desconoce, las Demandantes no presentaron, en la audiencia que se programó y se celebró, precisamente, con el objeto de que el Tribunal y cada una de las partes pudiera examinarlos, a los peritos y testigos propuestos por las partes. Las Demandantes procedieron en la forma indicada a pesar de que el Tribunal les había señalado, conforme a la Regla 34 (3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI, que estaban obligadas a presentar dichos peritos y testigos, para que fueran interrogados por Argentina y el Tribunal, según se reseña en los párrafos 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 44, 46, 50 y 51 anteriores. En consecuencia, el Tribunal se encuentra imposibilitado de fundar su decisión en los hechos y conclusiones que esos testigos y peritos supuestamente hubieran demostrado, según el decir de la Demandantes. Proceder en forma contraria implicaría incurrir en una grave desigualdad procesal en perjuicio de la parte Demandada la que, en forma expresa, había pedido que se presentaran esas personas, con el fin de interrogarlas. Además, el Tribunal valora el hecho de que la República Argentina sí trajo a sus peritos y testigos a la audiencia y las Demandantes tuvieron amplia oportunidad de interrogarlos en esa ocasión.

154. Tampoco podrá el Tribunal basar su decisión en los documentos presentados en la audiencia por los doctores Juan Andrés Fontaine y Hernán Salinas, cuando interrogaron a algunos de los peritos presentados por Argentina, aunque el Tribunal se reserva el derecho de usar, para aclarar lo sucedido, lo que ellos manifestaron en la audiencia. Aceptar la incorporación de las opiniones y dictámenes de peritos al proceso, por la vía de la interrogación de los peritos de la contraparte implicaría colocar a esta última en una evidente situación de desigualdad procesal, al no haber podido examinar dichas opiniones y dictámenes ni haber tenido la oportunidad de interrogar a quienes los prepararon.

155. Las Demandantes justificaron su actitud procesal con respecto a la prueba en su alegada convicción, reiterada en forma expresa por sus abogados, de que este proceso es “de puro derecho”. Fueran estas u otras las razones que llevaron a las Demandantes a no presentar sus testigos y peritos para ser examinados por Argentina en la audiencia, es lo cierto que le impusieron al Tribunal serias limitaciones probatorias que éste no puede superar sin violar el equilibrio procesal que debe existir entre las partes. En todo caso, el Tribunal considera que como en la presente causa se discute si existió o no afectación de la inversión de las Demandantes ese hecho debe ser demostrado y, por tanto, no es posible tratar la controversia como una de puro derecho.

156. A pesar de las objeciones de las Demandantes, el Tribunal no tiene razón para dudar de la veracidad de lo afirmado por el testigo que ofreció Argentina ni sobre las conclusiones de sus peritos. El interrogatorio al que los sometieron los representantes de las Demandantes y los miembros del Tribunal quizás demostraron algunas debilidades en unos casos pero ningún hecho que permita descalificarlos.

157. En relación con las pruebas de Argentina, las Demandantes dijeron que ellas “[...] objetan la documentación, los informes y los testimonios acompañados por Argentina, tanto en la forma como en el fondo. En la forma, porque no se acompañaron de acuerdo a las normas de procedimiento esto es, no formaron parte de la Contestación de Argentina [...]” (Réplica, párrafo 321).

158. El Tribunal con fundamento en la Regla 24 de las Reglas de Arbitraje del CIADI y en el numeral 18 del Acta de la Primera Sesión del Tribunal, realizada el 23 de noviembre del 2003, en la que se trató, entre otras cosas, lo referente a la prueba documental, no comparte el criterio de las Demandantes. Argentina presentó a tiempo sus probanzas, como anexos a sus escritos, de la misma manera que hicieron las Demandantes con las suyas.

V. ANÁLISIS DEL FONDO

159. Seguidamente el Tribunal analizará y llegará a conclusiones sobre las posiciones de las partes en relación con los temas que se debaten en este proceso, según se reseñaron en la sección III anterior.

1. Discriminación

160. Las Demandantes alegaron, en síntesis, que Argentina mediante la Ley 25.561, la Ley 25.789 y el Decreto 905/2002 actuó discriminatoriamente en su contra (Memorial de Demanda, párrafos 169 y 360). Argentina negó que hubiera existido esa discriminación en contra de las Demandantes y a favor del sector financiero y más bien afirmó que las entidades de este sector recibieron un tratamiento más gravoso.

161. El Tribunal considera que la potestad que tiene un Estado de crear su ordenamiento legal, por medio de sus órganos competentes, le permite establecer normas diferentes para regular a sujetos distintos. Si las Demandantes no eran, ni son en la actualidad entidades financieras, no pueden alegar que el Estado argentino debió tratarlas como tales.

162. Tratar de manera diferente a sujetos de distintas clases no implica un trato desigual. El principio de igualdad se aplica entre iguales únicamente, no entre desiguales. Así lo reconoció el Tribunal del caso CMS Gas Transmisión Company contra la República Argentina que expresó: “El argumento del Demandado en cuanto a que sólo existe discriminación entre grupos o categorías de personas que se encuentran en una situación similar es correcto [...]”⁽¹⁾.

(1) CMS Gas Transmisión Company contra República Argentina (Caso CIADI, N° ARB/01/8), Laudo del 12 de mayo del 2005, párrafo 293.

163. En el mismo sentido, puede citarse el caso de *Sempra Energy Internacional contra la República Argentina*:

“El Tribunal llega a una conclusión similar respecto de la supuesta discriminación. Hay por cierto diferencias importantes entre los distintos sectores afectados, de modo que no es sorprendente que se haya procurado o se esté procurando encontrar distintas soluciones para cada uno de ellos. Sin embargo, no podría decirse que alguno de dichos sectores ha sido específicamente seleccionado para aplicársele medidas más duras que a otros o, por el contrario, para otorgarle una reparación más beneficiosa en detrimento de otros”.⁽²⁾

164. En conclusión, el Tribunal no encuentra que en este caso Argentina discriminara a las Demandantes mediante la normativa que ellas citaron, ya que al encontrarse en un grupo diferente al financiero, al que las normas le dieron un trato distinto con respecto a la pesificación, no pueden alegar un trato discriminatorio.

2. Expropiación

165. En el Memorial de Demanda, **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.** alegaron que el APPI brinda protección y seguridad jurídica a sus inversiones y que estas no pueden ser expropiadas (párrafo 254). Además, explicaron lo que se entiende por expropiación indirecta y alegaron que los actos de Argentina constituyeron una expropiación indirecta.

166. Posteriormente y, en forma reiterada, explicaron su posición de la siguiente manera: “Metalpar no funda su demanda en el hecho de que su inversión haya sido expropiada por Argentina. CONCRETAMENTE, LO EXPROPIADO HAN SIDO LOS DERECHOS Y CREDITOS QUE TENÍA METALPAR CONTRA SUS CLIENTES, LOS QUE NO HA PODIDO EJERCITAR EN SU TOTALIDAD, PORQUE LA AUTORIDAD ARGENTINA SE LO HA IMPEDIDO, MEDIANTE LAS MEDIDAS FINANCIERAS DICTADAS AL EFECTO”, (Memorial de Réplica, párrafo 225).

167. De igual forma se expresaron en la audiencia: “Para nosotros aquí no es el tema de la valorización de las inversiones sino que es una expropiación de créditos, una infracción de contratos” (transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, página 714).

168. El TBI expresa lo siguiente sobre este tema:

“Artículo 4. Expropiación, Nacionalización y situaciones extraordinarias

1. Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y seguridad jurídica en el territorio de la otra Parte Contratante.
2. Las inversiones de nacionales o sociedades de una de las Partes Contratantes, no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser

⁽²⁾ *Sempra Energy Internacional contra República Argentina* (Caso CIADI, N° ARB/02/16), Laudo del 28 de septiembre del 2007, párrafo 319.

expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por ley fundada en causas de utilidad pública o de bien común, y deberán en tal caso ser previamente indemnizadas [...].”

169. Como ya se dijo, Argentina, además de afirmar que las inversiones de las Demandantes no fueron expropiadas, señaló reiteradamente las supuestas contradicciones en que ellas incurrieron al referirse a este tema, al confundir sus inversiones con los contratos que suscribió su subsidiaria, Metalpar Argentina S.A.

170. Durante el proceso las Demandantes reiteraron su planteamiento y afirmaron que lo expropiado fueron los contratos de crédito de Metalpar Argentina S.A. con sus clientes y expresamente manifestaron que su Demanda no se funda “[...] en el hecho de que su Inversión haya sido expropiada por Argentina”. (Réplica, párrafo 225).

171. Para las Demandantes, los contratos de crédito que ellas celebraron con sus deudores fueron financiados con sus inversiones y, por lo tanto, deben gozar de la protección del TBI. Para Argentina, las inversiones y los contratos de crédito son cosas distintas y solo las primeras están protegidas por el tratado sobre inversiones.

172. En otro arbitraje administrado por el CIADI el tribunal acertadamente dijo lo siguiente:

“Al considerar el impacto económico severo, debe analizarse si el impacto que desencadenó la medida tomada por el Estado receptor fue lo suficientemente grave como para generar la necesidad de una compensación por expropiación. En numerosas decisiones arbitrales, se ha denegado la compensación cuando no se haya afectado todo o casi todo el valor económico de la inversión. Debe destacarse que la disminución en la capacidad de la inversión para mantener sus actividades no es suficiente para solicitar la compensación, si dicha inversión se mantiene operativa, aún cuando sus ganancias disminuyan. Entonces el impacto debe ser sustancial para que sea exigible dicha compensación”⁽³⁾.

173. Este Tribunal coincide con lo expresado en el párrafo anterior y estima que en este proceso las Demandantes no demostraron que las actuaciones del Gobierno argentino tuvieran un efecto “suficientemente grave” sobre sus inversiones “como para generar la necesidad de una compensación por expropiación”. A mayor abundamiento, en el presente caso el Tribunal no ha tenido evidencia de que la intervención en los contratos de crédito que alegan las Demandantes haya generado efectos negativos en la inversión que ellas realizaron en Argentina.

174. Además, de lo expuesto, a la luz de las pruebas aportadas por Argentina, el Tribunal considera que las Demandantes en ningún momento se vieron impedidas de

⁽³⁾ LG&E Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E Internacional Inc. contra República Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/1), Decisión sobre responsabilidad del 3 de octubre del 2006, párrafo 191.

manejar su inversión y siempre tuvieron control sobre ella, por medio de su subsidiaria, Metalpar Argentina S.A. Incluso esta empresa continuó ejerciendo su actividad comercial, negociando con los clientes que ya habían firmado los contratos y con clientes futuros. Metalpar Argentina S.A. mejoró su producción y sus ventas en el mercado argentino, como lo reconoció su Presidente, el señor Jaime Paredes, quien además es uno de los principales accionistas de las Demandantes (transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, página 932). No hay por lo tanto, prueba alguna de una expropiación directa ni indirecta de las inversiones de las Demandantes.

3. Interferencia

175. Por las mismas razones por las que se ha sostenido que no hubo expropiación de las inversiones de las Demandantes, el Tribunal concluye que tampoco es posible afirmar que existiera alguna interferencia significativa de Argentina con respecto a las inversiones de las Demandantes, que les impidiera a estas o a Metalpar Argentina S.A. desarrollar su gestión empresarial en la forma que juzgaran más conveniente.

4. Prohibición de transferencias al exterior

176. A juicio de las Demandantes, Argentina violó la garantía de transferencia incluida en el TBI y con ello las discriminó, en comparación con otros inversionistas extranjeros (Memorial de Demanda, párrafo 372). Según Argentina no hubo tal violación ya que, aún durante la peor parte de la crisis, los inversionistas siempre pudieron realizar transferencias, aunque durante algún tiempo requirieron la autorización del Banco Central. (Memorial de Contestación, párrafos 9, 707, 715 y 716).

177. Para resolver este asunto, se hace necesario revisar la normativa que citaron las Demandantes, que es el Decreto 1570/2001, el cual, en lo que interesa dispone:

“Art. 2º - Prohíbense las siguientes operaciones:

[...] b) Las transferencias al exterior, con excepción de las que correspondan a operaciones de comercio exterior, al pago de gastos o retiros que se realicen en el exterior a través de tarjetas de crédito o débito emitidas en el país, o a la cancelación de operaciones financieras o por otros conceptos, en este último caso, sujeto a que las autorice el Banco Central de la República Argentina” (Memorial de Demanda, párrafo 371).

178. Las Demandantes pretendieron demostrar el único caso en el que supuestamente se vieron imposibilitadas de enviar una transferencia al exterior mediante una carta, fechada 8 de mayo del 2003, que adjuntaron como Anexo N° 9 al Memorial de Demanda. En esa misiva Metalpar Argentina S.A. le pidió al BankBoston que la asesorara para hacer una transferencia por US\$200.000,00 a sus accionistas; ese banco le respondió que la legislación vigente prohibía esas remesas.

179. El Tribunal concluye que las Demandantes, quienes conocían bien la normativa que regulaba esta materia, como consta del expediente, no cumplieron con el procedimiento señalado, que consistía en solicitar la autorización respectiva al Banco

Central, no al BankBoston y que Argentina no violó el artículo 5, inciso b) del TBI que garantiza la transferencia de fondos al exterior. Si se llegara a la conclusión de que lo que ocurrió fue que el BankBoston le dio una asesoría incorrecta a las Demandantes, tampoco podrían imputársele las consecuencias de ese error a Argentina.

5. Trato justo y equitativo

180. El Tribunal estima, contrariamente a lo afirmado por las Demandantes, que con el tratamiento que le dio a las inversiones de ellas Argentina no violó la garantía de trato justo y equitativo establecida en el TBI.

181. Como se explicó en los párrafos 160 a 164, Argentina no discriminó a las Demandantes. Tampoco les negó el acceso a la justicia. Según se expuso anteriormente, las medidas tomadas por Argentina para conjurar la crisis incluían mecanismos judiciales y extrajudiciales para mitigar sus efectos. Las Demandantes, por decisión propia y no porque las autoridades argentinas se lo impidieran, no utilizaron ninguno de esos mecanismos.

182. En relación con el tema de las expectativas que alegaron las Demandantes, el Tribunal observa que ellas se fundamentaron sobre todo en el laudo dictado el 29 de mayo del 2003 en el arbitraje de Tecmed contra los Estados Unidos Mexicanos, (caso CIADI N° ARB/00/2); sin embargo considera que es necesario analizar lo resuelto en otros casos, para tener una mayor precisión conceptual. Al cumplimiento de ese propósito se dedican los párrafos siguientes.

183. En el caso PSEG Global Inc. y Kenya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi contra la República de Turquía, el Tribunal dijo:

“Because the role of fair and equitable treatment changes from case to case, it is sometimes not as precise as would be desirable [...] Recent awards have applied this standard to the assessment of rights affected by inconsistent State action, arbitrary modification of the regulatory framework or endless normative changes to the detriment of the investor’s business and the need to secure a predictable and stable legal environment. This includes most significantly the issue of legitimate expectations which, as the Tribunal in *Tecmed* concluded, requires a treatment that does not “deduct from the basic expectations on the basis of which the foreign investor decided to make the investment” [...]. Although the Claimants, as noted above, provide a long list of legitimate expectations that in their view have not been met, the Tribunal is not persuaded that all such complaints relate to legitimate expectations. **Legitimate expectations by definition require a promise of the administration on which the Claimants rely to assert a right that needs to be observed**”(4) (el énfasis no aparece en el original).

(4) PSEG Global Inc. y Kenya Ilgin Elektrik Üretim c. Ticaret Limited Sirketi contra República de Turquía (Caso CIADI N° ARB/02/5), Laudo del 19 de enero del 2007, párrafos 239-241.

[Como el concepto de trato justo y equitativo cambia de un caso a otro, algunas veces no es tan preciso como sería deseable [...]. Algunos laudos recientes han aplicado este criterio a la valoración de derechos afectados por acciones estatales incongruentes; modificaciones arbitrarias del marco regulatorio o a interminables cambios normativos que perjudican el negocio del inversionista y la necesidad de asegurarle un entorno legal establecido y predecible. Esto incluye, de manera más significativa, el tema de las expectativas legítimas, las cuales, como concluyó el Tribunal de Tecmed, requieren un tratamiento que no “se desvíe de las expectativas básicas basadas en las cuales el inversionista extranjero decidió hacer su inversión”[...] Aunque las Demandantes, como se observó anteriormente, presentan una larga lista de expectativas legítimas, que, según su punto de vista, no se han alcanzado, el Tribunal no está persuadido de que todos esos reclamos se relacionen con expectativas legítimas. **Las expectativas legítimas, por definición, requieren una promesa de la administración en la cual las Demandantes se basan para hacer valer un derecho que debe ser respetado**]. (Traducción libre del Tribunal).

184. En el laudo LG&E Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E Internacional Inc. contra la República Argentina, el Tribunal concluyó:

“Así, este Tribunal, habiendo considerado, como antes se afirmó, todas las fuentes del Derecho Internacional, entiende que el estándar de trato justo y equitativo consiste en la conducta sólida, transparente y libre de ambigüedades del Estado receptor que conlleva la obligación de proporcionar y mantener la estabilidad de su sistema jurídico, elemento necesario para cumplir las justas expectativas del inversionista extranjero”⁽⁵⁾.

185. Una vez analizados los laudos citados, con cuyas conclusiones este Tribunal está de acuerdo, en lo esencial, porque ilustran bien el concepto de “trato justo y equitativo” es necesario señalar lo siguiente: en los asuntos de PSEG Global Inc. Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi contra República de Turquía (caso CIADI N° ARB/02/5, laudo del 19 de enero del 2007), Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra Estados Unidos Mexicanos (caso CIADI N° ARB/002/2, laudo del 29 de mayo del 2003), ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited contra República de Hungría, (caso CIADI N° ARB/03/6, laudo del 2 de octubre del 2006), Azurix Corp. contra República Argentina, (caso CIADI N° ARB/01/12, laudo del 14 de julio del 2006), Siemens A. G. contra República de Argentina, (caso CIADI N° 02/8, laudo del 6 de febrero del 2007), LG&E Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E Internacional Inc. contra República Argentina, (caso CIADI N° ARB/02/1, laudo del 25 de julio del 2007) y Enron Corporation, Ponderosa Assests L.P. contra República Argentina,

⁽⁵⁾ LG&E Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E Internacional Inc. contra República Argentina (Caso CIADI N° ARB/02/1), Decisión sobre responsabilidad del 3 de octubre del 2006, párrafo 131.

(caso CIADI N° ARB/01/3, laudo del 22 de mayo del 2007), entre otros, los tribunales respectivos afirmaron que las expectativas de los inversionistas estaban vinculadas con un trato justo y equitativo. Sin embargo, en todos ellos el conflicto se suscitó en una situación de hecho diferente a la que aquí nos ocupa: en algunos los respectivos gobiernos invitaron a los inversionistas extranjeros a participar en un proceso licitatorio que le fue adjudicado a cada uno de esos inversionistas y culminó con la firma de un contrato. En otros hubo una contratación distinta que creó expectativas legítimas; en todos el Estado se negó a renovar o a cumplir lo dispuesto en el contrato, la licencia o el permiso.

186. En este caso concreto, no existió una licitación, una licencia, un permiso o un contrato de alguna clase entre Argentina y las Demandantes y el Tribunal considera que no hubo expectativas legítimas de las Demandantes que fueran violadas por Argentina.

187. En la audiencia se demostró que ambas Demandantes tenían experiencia comercial tanto en Argentina como en Chile (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 159) y que sabían que la industria automotriz en ese país estaba en mala situación desde 1997, según lo afirmó el señor Jaime Paredes, uno de los mayores accionistas de las Demandantes, (transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, página 927). Por ello el Tribunal considera improbable que ellas legítimamente esperaran que sus inversiones no fueran a estar sujetas a los vaivenes del país en el que las hicieron o que la crisis que ya entonces podían prever no generaría la necesidad de promulgar medidas legales para paliarla. Como en este caso no existe una conducta estatal arbitraria ni una situación contractual de alguna clase que les permitiera a las Demandantes crearse expectativas legítimas que fueran violadas por esa conducta, el Tribunal concluye que Argentina no violó el precepto que la obliga a darle un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de las Demandantes.

188. Con fundamento en lo que se ha expuesto en las páginas anteriores, el Tribunal concluye que no se ha demostrado durante ese proceso que las inversiones de **Metalpar S.A.** y de **Buen Aire S.A.** en la República Argentina, recibieran del Gobierno de esa Nación un tratamiento discriminatorio o que violara el precepto del trato justo y equitativo. Tampoco le consta al Tribunal, que esas inversiones fueran expropiadas por ese Gobierno, de manera directa o indirecta, que este interfiriera de forma significativa en su manejo por parte de las Demandantes ni que a ellas se les privara arbitrariamente de la posibilidad de hacer transferencias al exterior. Ello bastaría para declarar sin lugar la demanda presentada por las Demandantes. Sin embargo, como se ha comentado y se concretará adelante, este caso tiene, además, la singularidad de que no existe ninguna demostración en autos de que las inversiones de las Demandantes sufrieron perjuicio, razón por la cual sus pretensiones habrán de denegarse. El Tribunal, adicionalmente, estima conveniente analizar otros aspectos de esta contienda que la hacen distinta de otras similares. A esa finalidad están dedicados los párrafos siguientes.

6. Las circunstancias en las que las Demandantes hicieron su inversión

189. A partir del año 1998 se comenzó a gestar en la República Argentina una crisis que explotó violentamente al finalizar el año 2001. Los alcances de esta situación son

innegables y quedaron ampliamente demostrados en autos. La gravedad del fenómeno ocurrido fue descrito por la doctora Liliana De Riz, perito ofrecida por Argentina, quien expresó en su informe y posterior declaración lo siguiente:

“En 1998 la economía entró en recesión y los desequilibrios sociales se agravaron hasta desembocar en una crisis social que, simultáneamente, se manifestó como crisis de la legitimidad de los gobernantes y crisis del Estado, incapaz de asegurar el orden” (Informe, página 1).

“Luego de la salida de la convertibilidad determinada por el mercado continuó el caos y la depresión económica. Con el sistema bancario paralizado y sin perspectivas claras de una posible ayuda internacional, el PBI se contrajo 16% en el primer semestre de 2002” (Informe, página 6).

190. En la audiencia la Dra. De Riz agregó: “Por cierto que el carácter inédito, la novedad que tuvo la crisis argentina es que fue simultáneamente un colapso de la economía, una crisis del Estado, una crisis del sistema político de representación, y una crisis social” (transcripción de la audiencia, 12 de septiembre del 2007, página 445).

191. Al referirse a la crisis dijo, en esa misma ocasión:

“¿Cómo se tradujo? Como digo, en el súbito incremento de la pobreza que dispara a la mitad de la población bajo la línea de la pobreza y a un cuarto de población en situación de indigencia, que esto se traduce en la rápida difusión a la periferia, a los marginales, a los no perceptores formales de ingresos de la crisis, porque se rompe la cadena económica. Y un contexto de súbito empobrecimiento –como digo– hay esta implosión, este estallido social que trae nuevos personajes sociales a la escena argentina. Esto es los cacerolazos, los piqueteros que ya habían empezado a manifestarse pero que crecen en importancia” (transcripción de la audiencia, 12 de septiembre del 2007, página 448 y 449).

192. No solo la prueba pericial demostró la gravísima situación que se vivió en Argentina durante ese tiempo. Ella también fue anunciada por algunos de los periódicos más importantes del mundo. A manera de ejemplo, se transcriben los siguientes titulares:

“Argentina a la deriva”. ABC (España), 21 de diciembre del 2001; “Argentina se hunde sin ayuda”. El Nuevo Herald (Miami), 21 de diciembre del 2001; “Frágil, el equilibrio político, económico y social en Argentina: un mal paso desataría la furia” Jornada (México), 20 de enero del 2002; “El 70 % de los niños argentinos vive en la pobreza”. La Nación, 21 de agosto del 2002 (pruebas números A RA 44, 50, 45 y 36 respectivamente, presentadas por Argentina).

193. Varias instituciones financieras internacionales, como el Fondo Monetario Internacional, también expresaron su preocupación por la gravedad de la crisis que estaba

viviendo Argentina. De igual manera, personalidades sin vinculación alguna con las partes señalaron lo alarmante de la situación. A manera de ejemplo puede citarse el siguiente reportaje:

“El subsecretario de Estado norteamericano para América Latina, Otto Reich, dio que la gravedad de la crisis económica por la que atraviesa la Argentina “más que duplica” la Gran Depresión que pasó Estados Unidos en el comienzo de la década del 30. Entonces, se produjo en ese país un fuerte crac financiero con serias consecuencias para su economía.

Reich, también indicó en una entrevista publicada ayer por el diario italiano *Corriere Della Sera*, que “el sistema financiero de la Argentina existe pero debe ser reconstruido”. Además, el funcionario norteamericano remarcó que debido a la envergadura de la crisis es que sigue “con gran atención la negociación entre el gobierno argentino y el Fondo Monetario Internacional (FMI)””. (Clarín.com, 10 de julio del 2003 citado por Argentina en su Memorial de Contestación, nota al pie de la página 54).

194. La propia Corte Suprema de Justicia de la República Argentina recordó recientemente esta caótica situación:

“[...] las cuestiones propuestas hacen necesario recordar que los acontecimientos políticos, sociales y económicos que dieron lugar a una de las crisis más graves en la historia contemporánea de nuestro país, constituyen hechos públicos y notorios que fueron reconocidos por el Tribunal en oportunidad de pronunciarse en Fallos [...] aceptada la situación de grave perturbación económica, social y política que representa máximo peligro para el país, resulta imperioso el deber del Estado de poner en vigencia un derecho excepcional, o sea, un conjunto de remedios extraordinarios destinados a asegurar la autodefensa de la comunidad y el restablecimiento de la normalidad social que el sistema político instaurado por la Constitución requiere [...]”⁽⁶⁾.

195. Hubo muchos factores externos que contribuyeron a la caótica situación que vivió esa Nación a fines del 2001 y principios del 2002. Entre ellos se mencionan frecuentemente los problemas que sufrió México en el año 1995, Rusia, a partir de 1998, las naciones del sureste asiático y, especialmente Brasil, en el año 1998 (Informe del perito Carlos Pérez Rovira, ofrecido por las Demandantes, página 5, e informe de Roberto Frenkel y Mario Damill, presentado por Argentina, página 33).

196. Si bien, al decir de los peritos, la crisis de fines del año 2001 y principios del 2002 no tiene parangón en la historia de la República Argentina, es cierto que esa Nación ha sufrido, a lo largo de su existencia, graves quebrantos políticos y económicos.

⁽⁶⁾ Rinaldi, Francisco A. y otro contra Guzmán Toledo y otros. Ejecución hipotecaria, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de marzo del 2007, Resolución 320 XLII.

Sin necesidad de retroceder más en la historia, basta recordar las difíciles situaciones que vivió Argentina durante la segunda parte del siglo XX, para saber que, aunque gravísima, la crisis de inicios del siglo XXI no fue inédita en esa Nación.

197. En lo que respecta a las causas de las crisis y la corrección de las medidas tomadas por Argentina, el Tribunal se encuentra imposibilitado de definir si, como lo afirmaron las Demandantes, esas medidas contribuyeron a la crisis. Es posible que algunas de ellas no fueran las mejores, pero sin duda, estaban orientadas a superar la situación de devastación que vivía la Nación Argentina. Por ello, el Tribunal se fundará en el hecho objetivo de que, en un período relativamente corto, Argentina pasó del caos manifiesto en el campo social, económico y político a una situación de estabilidad como la que actualmente vive.

198. Los gobernantes de los distintos países deben tomar diariamente decisiones de muy distinta índole. Salvo ante situaciones obvias es sumamente difícil precisar en el momento, e incluso algún tiempo después, si las decisiones tomadas fueron las mejores. En este caso, tratar de definir en abstracto si las acciones que ejecutó Argentina durante la crisis fueron las óptimas resulta tarea difícil o imposible, especialmente si se pretende derivar consecuencias económicas del juicio al que se llegue.

199. Resolver si las acciones de la República Argentina durante la emergencia fueron correctas y tomadas oportunamente y, en consecuencia, resultaron claves para que esa Nación saliera de la crisis o si, por lo contrario, contribuyeron a su creación o, por lo menos, la agravaron; o juzgar la forma en la que se desempeñaron los organismos financieros internacionales y el sistema económico mundial, son discusiones que trascienden el ámbito de acción de este Tribunal. Todavía hoy se discute si la ayuda que recibió Argentina fue oportuna o tardía, suficiente o insignificante y algunos afirman que, no importa lo que hubieran hecho los gobiernos y las instituciones internacionales, únicamente Argentina podía tomar las acciones –algunas de ellas casi heroicas– que se requerían para comenzar a superar la situación que agobiaba a su pueblo. En cuanto a las sugerencias (o imposiciones, según algunos), de los organismos financieros internacionales, la discusión abarca no solamente temas como si fueron correctas, sino que comprende otros aspectos como el de que, aún si eran las debidas, fueron aplicadas mal, o de manera insuficiente por los gobiernos de esa Nación.

200. Este Tribunal es plenamente consciente de que no fue designado para hacer un análisis histórico-económico de los problemas sociales, económicos y políticos que ha vivido Argentina. Tampoco es esa una tarea que interesa a los efectos de cumplir con la misión que le fue encargada, que es la de dirimir la controversia existente entre las partes. Los suscritos árbitros comprenden que excede de su campo de acción el análisis de las causas de la crisis que sufrió Argentina con mayor severidad a fines del 2001 y durante el 2002 y de la pertinencia y oportunidad de las medidas que sus autoridades pusieron en vigencia. Por ello este Tribunal no tomará partido con quienes le atribuyen a sus gobernantes responsabilidad por la crisis que sufrió esa Nación ni con los que estiman que su acción fue la óptima. Intentar hacerlo, como se ha pretendido en este proceso, constituiría una decisión equivocada y podría conducir al Tribunal a emitir afirmaciones de dudosa o imposible demostración y con consecuencias imposibles de demostrar.

201. Los personeros de **Metalpar S.A. y Buen Aire S.A.**, compañías chilenas fundadas y radicadas en ese país vecino a Argentina, no desconocían los trastornos políticos y económicos que había experimentado dicho país en el pasado. Ellas mismas lo expresaron en varias ocasiones, entre otros en el párrafo 139 de su Memorial de Demanda. Sabían que en el pasado cercano Argentina había sufrido graves trastornos de inestabilidad y, posiblemente, con un poco de diligencia, pudieron haber descubierto, en 1996 y durante los años siguientes, cuando efectuaron sus inversiones en Argentina, (en 1997 compraron Bus Carrocería y en 1998 hicieron aportes significativos de capital a sociedades que les pertenecían), que una nueva crisis se estaba gestando aunque, por supuesto, les habría resultado imposible prever la gravedad de los hechos que sucederían.

202. Es válido, pues, suponer que las Demandantes, con personeros dotados de amplia experiencia internacional, domiciliadas en un país vecino y con fuertes relaciones con esa Nación, conocían la realidad de Argentina. Esta suposición se convirtió en certeza para los integrantes de este Tribunal, durante la audiencia celebrada en septiembre del 2007, cuando las propias Demandantes, y personas vinculadas con ellas, en su afán de demostrar que Argentina había contribuido a la crisis que desencadenó el conflicto que aquí se dilucidará, evidenciaron que conocían bien las conmociones económicas, sociales y políticas que habían sido frecuentes en Argentina. Lo mismo hicieron en varios escritos que presentaron a lo largo del proceso.

203. Como se señaló anteriormente, ha habido largas discusiones entre los economistas sobre las razones de la crisis y con el fin de definir si las medidas que tomó Argentina fueron las adecuadas y si se implementaron oportunamente. Hay varios peritos, en cuyas opiniones se fundan las Demandantes, que afirman que Argentina contribuyó a que se originara la crisis. Sin embargo también, existe otro grupo de conocedores de la materia, entre los cuales está el perito Carlos Pérez Rovira, ofrecido por **Metalpar** (página 5 de su informe citado por Argentina en la página 14 de su Dúplica), que sostienen que la crisis se originó en factores externos como los que se mencionan en el párrafo 195 anterior.

204. En el campo de las finanzas se afirma frecuentemente que “a mayor rendimiento, mayor riesgo”. Si bien este aforismo se aplica corrientemente a las transacciones financieras entre particulares, tampoco es posible ignorarlo cuando se trata de decidir en cuál país se invierte; por ello se habla de “riesgo país”. No se puede negar el hecho de que hay naciones en el mundo que gozan de una estabilidad mayor que otras. Los personeros de las Demandantes, hombres de negocios con experiencia internacional y conocedores de la situación de Argentina, conocían, como ya se indicó, los problemas que había sufrido esta Nación en varias épocas anteriores. Sin embargo, decidieron hacer sus inversiones en ese país, donde aunque había un riesgo más grande por los problemas de inestabilidad que había vivido Argentina en el pasado, también existía la posibilidad de obtener mayores utilidades.

205. En una de sus intervenciones en la audiencia de septiembre del 2007, el Dr. Hernán Salinas, quien compareció como parte del grupo de asesores de las Demandantes, se refirió al caso CMS contra Argentina (CIADI, ARB 01/8) y dijo:

“[...] al respecto el Tribunal Arbitral citado concluye que luego de examinar las circunstancias de la controversia –cito– “La crisis no fue generada

por un Gobierno en particular y reconoce sus orígenes en la crisis del decenio de 1980, agravada por las políticas gubernamentales de los años 90, que alcanzó su punto máximo en el 2002 y en los años subsiguientes. De ahí que el Tribunal debe tener en cuenta que las políticas gubernamentales y sus limitaciones contribuyeron de manera importante a la crisis y a la emergencia. Si bien –continúa– los factores exógenos condujeron a dificultades adicionales, ellas no eximen de responsabilidad al demandado en esta materia.” Fin de la cita” (Transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 97).

Agregó el Dr. Salinas:

“Como lo ha señalado la propia Argentina, la crisis argentina no la [sic] fue una crisis aislada. Hubieron (sic) numerosas economías que sufrieron los shocks externos, los efectos de la volatilidad o movimientos de fondos y los denominados efectos contagios” (Transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 99).

206. Las Demandantes además afirmaron que: “[...] durante los gobiernos democráticos de la Argentina no hubo nunca un período de más de 7 años sin una “emergencia” tal que justificara el avasallamiento de los derechos constitucionales [...] Como lo ha establecido el Tribunal CIADI en “LG&E Energy Corp. vs. República Argentina”, se han vivido “...períodos de emergencia más largos que los de no emergencia...” (Réplica, párrafo 26). Más adelante expresaron lo siguiente: “Justamente por ello –atenta a los avatares de la economía– Metalpar Argentina incluyó en los Contratos las cláusulas que establecían el precio en dólares y, además, que expresamente mantenían esa moneda de pago, con renuncia a la teoría de la imprevisión, si se alteraba el régimen de convertibilidad establecido por la Ley 23.928” (Réplica, párrafo 28).

207. Cuando las Demandantes invirtieron en Argentina, sabían que la Ley de Convertibilidad, número 23.298, publicada el 28 de marzo de 1991, estaba vigente y que, ante la ocurrencia de determinados sucesos externos que impactaran ese país, la situación fáctica que sustentaba lo dispuesto en esa ley podía volverse irreal y una nueva crisis azotaría a esa nación. A pesar de eso, los personeros de las Demandantes decidieron invertir cuantiosas sumas de dinero en Argentina. Al Tribunal no le queda claro si, además de sopesar los riesgos indicados, las Demandantes estaban en posibilidad de prever que el Estado argentino podía en tales circunstancias intervenir las relaciones contractuales con sus clientes, obligándolos a modificarlas en la forma en que se hizo. Sin embargo, como se ha expresado antes, tal disquisición resulta inútil considerando que no se ha acreditado una afectación de la inversión de las Demandantes en la República Argentina.

7. Estado de necesidad

208. La autopreservación es uno de los deberes fundamentales que tienen los gobiernos de los países. Desaparecido el gobierno, sobrevienen el caos y enormes penurias para los habitantes de la nación. En el caso concreto, como ya lo ha expresado ante-

riormente, el Tribunal está convencido de la gravedad de la crisis que sufrió Argentina a finales del año 2001 y principios de 2002. Según se reseñó, hubo entonces, y todavía hoy persiste, la discusión sobre si las medidas que tomaron en esa época los gobernantes de la República Argentina fueron las adecuadas o no y si se dictaron oportunamente. También expresó el Tribunal en párrafos anteriores que la definición de ese asunto excede su ámbito de acción y, además, es innecesaria para resolver la disputa que existe entre las partes.

209. Los representantes de la República Argentina afirmaron en este proceso que las medidas que tomó el Gobierno, durante los meses en los que la crisis fue más aguda y posteriormente, eran absolutamente indispensables para superar la situación que vivía esa Nación. Agregaron, además, que, en lo que respecta a las Demandantes, esas medidas tuvieron un efecto benéfico y contribuyeron, de manera definitiva, a su recuperación económica.

Estas, por su parte, sostienen que Argentina contribuyó a causar la crisis y, aunque reconocen el derecho soberano de esa Nación a tomar las medidas que juzgara oportunas para solventar la crisis, dijeron que como esas acciones las perjudicaron, Argentina debe indemnizarlas.

210. Las partes discrepan sobre cuáles son las circunstancias en las que es posible hablar de un “estado de necesidad”, sobre la duración de la declaratoria que lo imponga y sobre las consecuencias de las acciones que tome un estado en esas circunstancias. Para defender sus puntos de vista en relación con este asunto presentado extensos alegatos, orales y escritos.

211. Para los efectos de este proceso, como se explicará a continuación, no es necesario dilucidar ese asunto ya que, según se expondrá adelante, las Demandantes no demostraron que sus inversiones en la República Argentina sufrieran perjuicios por las acciones tomadas por el gobierno de esa Nación, por lo que resultaría ocioso decidir si las medidas que Argentina tomó y que las Demandantes cuestionan se ejecutaron debido a la existencia de un “estado de necesidad”, que extinguiera la responsabilidad que pudiera corresponderle a la Demandada.

212. La conclusión anterior distingue claramente a este asunto de otros tramitados contra la República Argentina. A manera de ejemplo, se citan los arbitrajes de LG&E (caso CIADI ARB/02/1) y Enron Corporation (caso CIADI ARB 01/3) en los cuales también se discutió sobre la existencia de un “estado de necesidad” en Argentina y sobre sus consecuencias. Ambos se diferencian netamente del presente porque en ellos la existencia de los daños a las inversiones sí fue demostrada.

213. El análisis del tema del *estado de necesidad*, como causal eximente de responsabilidad, es necesario en los casos en los que se demuestra una conducta de un Estado violatoria del derecho de una persona, física o jurídica, a que sus inversiones en esa Nación sean respetadas. Si, además de la existencia de esa conducta lesiva a las inversiones se comprueba que, como consecuencia de ella se causaron daños y además, se prueba su monto, la definición de si se está en presencia o no de un estado de necesidad que exime de responsabilidad al Estado, es ineludible. Nada de eso sucede en este caso y, por esa razón, adentrarse en el análisis de ese tema resultaría totalmente estéril.

8. Deber de mitigar los presuntos daños

214. Argentina afirmó que las Demandantes debieron haber realizado un esfuerzo razonable ante sus deudores y ante las autoridades locales para remediar las supuestas inequidades producidas por la pesificación (Memorial de Contestación, párrafo 18). Las Demandantes discreparon de esa afirmación y para apoyar su posición ofrecieron varios argumentos.

215. Las Demandantes, en síntesis argumentaron, que realizar cualquier gestión en los tribunales argentinos les habría cerrado el acceso a un arbitraje ante un tribunal de CIADI. Agregaron que proceder de esa manera habría implicado, además, una actitud contradictoria pues, si lo hubieran hecho, habrían acudido a un régimen que cuestionaban. Concluyeron que esa gestión habría requerido un enorme esfuerzo de su parte y resultado estéril por la saturación que existe en la Corte Suprema de Justicia de Argentina en la que hay más de “[...] 50.00 procesos que esperan decisión respecto de la constitucionalidad de la pesificación” (Réplica, párrafo 145). Argentina contradujo cada uno de esos argumentos.

216. En otras circunstancias, podría tener importancia analizar si Metalpar Argentina S.A. debió intentar, por la vía de la negociación o, en su defecto, por medio de los tribunales, las acciones previstas en las medidas para combatir situaciones de inequidad. Evidentemente, si lo hubieran hecho no se habría dado una identidad de partes, objeto y causa entre esas hipotéticas acciones y este arbitraje, por lo cual una gestión de Metalpar Argentina S.A. en ese sentido no hubiera puesto, en peligro la posibilidad de las Demandantes de actuar en la vía arbitral por medio del CIADI.

217. Por las conclusiones que se expondrán, el Tribunal estima que para resolver este asunto no hace falta adentrarse en la discusión de si las Demandantes debieron accionar en los tribunales argentinos para atacar las medidas tomadas por el Gobierno de esa Nación o para mitigar los daños que supuestamente sufrieron. Por esas mismas razones, tampoco le interesa al Tribunal juzgar sobre la duración de los procesos que se habrían planteado ni sobre la discusión de si las gestiones que hubieran realizado las Demandantes ante esos tribunales habrían puesto en peligro su posibilidad de acudir al CIADI o les hubieran exigido un esfuerzo desproporcionado.

9. La inversión de las Demandantes

218. A juicio del Tribunal, las pruebas que constan en autos no dejan duda de que la situación actual de la República de Argentina es mucho mejor, desde cualquier perspectiva que se la examine, que la que vivió esa Nación hace unos seis años. También le parece evidente a los árbitros que los efectos de la recuperación se dejaron sentir muy poco tiempo después de que las autoridades argentinas tomaron, durante la crisis, las acciones que se han comentado.

219. El Tribunal no entrará en el análisis de si la evolución del entorno económico internacional contribuyó a la recuperación económica de Argentina. Es muy posible que así fuera. Sin embargo, al Tribunal le resulta obvio (y carece de evidencias para llegar a la conclusión contraria), que las acciones tomadas por el gobierno de la República

Argentina a finales del 2001 y principios del 2002 tuvieron un efecto benéfico y permitieron superar el caos que ese país vivió durante esos días.

220. De los efectos de las acciones tomadas por las autoridades gubernamentales (o de éstas y de los cambios de otras circunstancias que se operaron), se beneficiaron la sociedad argentina en general, la industria automotriz en particular y, según los peritos de Argentina, las inversiones de **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.** (informe de Marx y Echagüe y Molina, página 7).

221. En la audiencia de fondo Argentina presentó varios gráficos para respaldar su afirmación de que “[...] la inversión de Metalpar vale mucho más en un escenario, en el escenario real en el cual las medidas se adoptaron, que en un escenario supuesto en el cual las medidas no se hubieran adoptado [...]” (transcripción de la audiencia, 11 de septiembre del 2007, página 208 y 209).

222. De la prueba aportada, el Tribunal tiene por demostrado que las carrocerías vendidas por Metalpar Argentina S.A. desde 1998 hasta el 2005 fueron las siguientes:

Año	Cantidad
1998:	75
1999:	17
2000:	56
2001:	107
2002:	98
2003:	147
2004:	431
2005:	1.048

(Informe de Daniel Marx, José Echagüe y Federico Molina, 29 de agosto del 2006, página 8)

223. Según lo demostró Argentina en la audiencia del 11 de septiembre, Metalpar Argentina S.A. tuvo las siguientes ventas, en miles de dólares de los Estados Unidos de América, desde el año 1998 hasta el 2005:

Año	Ventas en USD
1998:	\$9.713.000
1999:	\$13.713.000
2000:	\$12.062.000
2001:	\$7.895.000
2002:	\$4.626.000
2003:	\$2.806.000
2004:	\$9.157.000
2005:	\$20.754.000

(Informe de Daniel Marx, José Echagüe y Federico Molina, 29 de agosto del 2006, página 8).

224. Hasta donde sabe este Tribunal, las únicas inversiones que **Metalpar S.A.** y **Buen Aire S.A.** hicieron en la República Argentina fueron la compra de las acciones de

la compañía argentina denominada Loma Hermosa S.A. y su capitalización. Esta compañía, a su vez, era la propietaria de la totalidad del capital social de la empresa que, después de haber cambiado su nombre, se denominó Metalpar Argentina S.A. y recibió la mayoría de las inversiones de las Demandantes. Una parte de esas inversiones la usó Metalpar Argentina S.A., subsidiaria de las Demandantes, para darles financiamiento a personas que compraron vehículos que ella fabrica; las transacciones generalmente se documentaron en contratos garantizados con prendas sobre los vehículos. El Tribunal supone (porque, como se indicó, ello no se demostró) que las acreencias de Metalpar Argentina S.A. con sus clientes pudieron haber sido afectadas transitoriamente, por las acciones que tomó Argentina pero, en definitiva, no tiene evidencia de que las inversiones de las Demandantes se hubieran perjudicado.

225. En efecto, independientemente de las vicisitudes que hubieran podido sufrir los créditos que Metalpar Argentina S.A. les otorgó a los compradores de los vehículos que ella fabricaba, el Tribunal no encontró una sola prueba que demuestre que, al final de cuentas, las inversiones de las Demandantes hubieran sufrido perjuicio como consecuencia de las medidas tomadas por Argentina para conjurar la crisis. Por lo contrario, las probanzas recibidas en el proceso (informe fechado 29 de agosto del año 2006 de los señores Marx, Echagüe y Molina, página 7, y los propios estados financieros de Metalpar Argentina S.A., entre otros) demuestran que la situación económica de Metalpar Argentina S.A. mejoró significativamente partir del año dos mil cuatro; el Tribunal atribuye esa mejoría a la conjunción de varios factores, como explicará adelante.

226. Las Demandantes afirmaron que “Metalpar se recompuso no como consecuencia de las “Medidas” en si mismo (sic), sino que (sic) al crecimiento de la facturación y producción reflejado entre los años 2004 y 2005 (2 años después de la implementación de las “Medidas”), lo cual se explica: (i) por la necesidad de abastecimiento de un mercado con un importantísimo atraso en la renovación del parque automotor de pasajeros, infringiendo leyes de renovación y no respetando antigüedad del parque en circulación justamente producto de las “Medidas” que castigaron duramente a la economía global nacional y en particular a las empresas de Transporte público de Pasajeros, y (ii) al hecho de encontrarse Metalpar Argentina S.A. en una posición competitiva ventajosa ya que su principal competencia atraviesa por una situación de quiebra” (Réplica, párrafo 302).

227. Es muy posible que la mejora en la situación de Metalpar Argentina S.A. no se debiera, únicamente, a las medidas que tomó Argentina sino que en ello influyeron el cambio de circunstancias externas e internas como las señaladas en el párrafo anterior y, por supuesto, las propias acciones tomadas por Metalpar Argentina S.A.. Sin embargo, el hecho objetivo, que ha sido demostrado de manera fehaciente es que los resultados recientes de la actividad de dicha empresa son muy superior al que obtuvo en el 2001, antes de que las autoridades argentinas tomaran las medidas que las Demandantes cuestionan.

228. Especular lo que habría pasado si Argentina no hubiera tomado ninguna acción o si hubiera impuesto medidas distintas sería, como ya se dijo, un ejercicio inútil que llegaría a conclusiones puramente hipotéticas, de imposible demostración. Lo concreto, y sobre lo que el Tribunal no tiene ninguna duda, es que el ordenamiento de las finanzas estatales, los subsidios que Argentina otorgó a empresas transportadoras

y la recuperación de la estabilidad, en general, fueron un entorno beneficioso para que Metalpar Argentina S.A. tomara las decisiones empresariales que permitieron su vertiginosa recuperación.

229. Además de los señalados, es evidente que deben considerarse otros factores que hicieron posible el éxito de Metalpar Argentina S.A. como serían, por ejemplo, la demostrada habilidad empresarial de sus personeros y la desaparición de sus principales competidores.

230. En efecto, como lo reconocieron el señor Jaime Paredes, Presidente y uno de los principales accionistas de las Demandantes, (transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, páginas 932-934), su Gerente, el señor Gonzalo Varela (transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, páginas 753-754) y sus abogados, los doctores Mayorga y Postiglione, por una serie de factores, de los que ellos excluyen las medidas tomadas por la República Argentina, a partir del año 2004 Metalpar Argentina S.A. ha tenido, y continuará teniendo según lo vaticinó (el Tribunal supone que con conocimiento de causa), el señor Paredes en el alegato final, un éxito espectacular, como se explica en los párrafos siguientes.

231. Casi con cualquier parámetro con el que se juzgue la operación de Metalpar Argentina S.A. en Argentina, resulta altamente exitosa. Después de vender 56 carrocerías en el año 2000, pasó a 431 en el 2004 y 1.048 en el 2005. Además el señor Paredes afirmó que en el 2007 llegarían a fabricar 2400 carrocerías (transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, página 932).

232. Los aumentos de sus ventas tuvieron el efecto de que Metalpar Argentina S.A. sea actualmente una de las principales vendedoras de carrocerías en Argentina. Ello es notable si se considera que en el 2001 había 28 empresas dedicadas a esa actividad y que hoy solo quedan 5 (declaración del señor Jaime Paredes, transcripción de la audiencia, 14 de septiembre del 2007, página 932). Como se ha dicho reiteradamente, es obvio que ese éxito no puede atribuirse exclusivamente a las medidas tomadas por las autoridades argentinas pero es evidente que el Tribunal, ante ese panorama, no puede llegar a la conclusión contraria y resolver que esas medidas tuvieron un efecto ruinoso sobre las inversiones de las Demandantes cuyas supuesta disminución originó este proceso.

233. Al comparar las ventas y las utilidades de Metalpar Argentina S.A. en el año 2001 con las de años recientes, el Tribunal tiene que llegar, inevitablemente, a la conclusión de que la situación de esa compañía no se ha deteriorado, sino, por el contrario, mejoró notablemente en el último lustro y, además, según sus personeros, continuará siendo cada vez mejor. Es imposible determinar cuáles fueron los factores que influyeron para esa mejoría drástica de la situación de Metalpar Argentina S.A., directamente relacionada con las inversiones de las Demandantes. También lo es determinar el grado en que cada uno de esos factores contribuyó al resultado final y adivinar lo que habría pasado si Argentina no hubiera tomado ninguna acción o hubiera impuesto medidas distintas. En todo caso, esa determinación no interesa para los efectos de resolver esta contienda ya que, por las numerosas razones que se han expuesto en los párrafos precedentes, el Tribunal debe rechazar, en todos sus extremos, la Demanda planteada por **Metalpar S.A. y Buen Aire S.A.**

234. **Costas:** el Tribunal no es ajeno al hecho de que, por razones exógenas o internas, o por una combinación de ellas; con o sin culpa de sus gobiernos, es lo cierto que

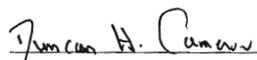
la República Argentina vivió a fines del año 2001 y durante los primeros meses del 2002 una situación catastrófica que, en algún grado, alteró todas las relaciones comerciales que existían en su territorio. Para conjurar esa crisis, fue necesario que las autoridades de ese país tomaran una serie de medidas de emergencia las cuales, aunque a la larga tuvieron un efecto benéfico para las Demandantes, también constituyeron un factor perturbador de las relaciones comerciales que su subsidiaria tenía con sus clientes y de los contratos celebrados con ellos. El Tribunal ha afirmado que esas medidas no perjudicaron las inversiones de las Demandantes; sin embargo, no puede desconocer que distorsionaron la actividad comercial de Metalpar Argentina S.A. en la que las Demandantes, indirectamente, habían invertido. El temor de lo ocurrido y la imposibilidad de prever al inicio del año 2003, las consecuencias que podrían derivarse de ello, las llevaron a iniciar este proceso arbitral en febrero del 2003. La defensa que hizo Argentina puso de relieve las debilidades de la acción de las Demandantes; la actitud procesal de estas con respecto a la prueba contribuyó a debilitar su demanda. Sin embargo, es indudable que Argentina no puede considerarse ajena a la alteración que sufrieron las relaciones jurídicas existentes entre Metalpar Argentina S.A. ni sus deudores y a la conmoción que sus acciones causaron a las Demandantes. Por estas consideraciones, el Tribunal estima que es justo que cada parte cubra los costos en los que ha incurrido en relación con este proceso arbitral.

V. DECISIÓN FINAL

Por las razones antes expuestas, el Tribunal de Arbitraje unánimemente resuelve:

1. Declarar sin lugar en todos sus extremos la Demanda presentada por Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. contra la República Argentina.
2. Cada parte cubrirá los costos en que haya incurrido con motivo de este arbitraje

FIRMAS



Duncan H. Cameron
Árbitro

Fecha: 15 de Mayo de 2006



Jean Paul Chabaneix
Árbitro

Fecha: 9 DE MAYO DE 2006



Rodrigo Oreamuno B.
Presidente

Fecha: 6 de mayo del 2008

 OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO (*)

Comentario al caso CIADI Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v. República Argentina (Caso CIADI N° ARB/03/5)

El caso se inició el 3 de febrero de 2003, cuando dos sociedades chilenas, Metalpar S.A. y Buen Aire S.A., presentaron una solicitud de arbitraje contra la República Argentina ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), solicitud que fue registrada por este último el 7 de abril de 2003. Metalpar S.A., se dedica a la fabricación de carrocerías para vehículos y Buen Aire S.A., a las inversiones y a la prestación de asesoría técnica. En 1997, dichas sociedades invirtieron en una sociedad argentina denominada Metalpar Argentina S.A., también fabricante de carrocerías, en particular para vehículos de transporte urbano en Argentina. Las sociedades chilenas alegaron haber invertido más de 30 millones de dólares en Argentina.

El reclamo de las demandantes se basó en los contratos suscritos por Metalpar Argentina S.A. con distintas personas físicas y jurídicas por un monto que ascendía a 18 millones de dólares, mediante los cuales Metalpar Argentina S.A. había otorgado créditos a esas personas para la compra de carrocerías para vehículos. Esos créditos habían sido pactados en dólares.

(*) Procurador del Tesoro de la Nación República Argentina. Fue profesor de Derecho Administrativo y Procesal Administrativo en la Universidad de Belgrano.

Las sociedades chilenas expresaron que las medidas de emergencia adoptadas por Argentina a raíz de la crisis que se desató a fines de 2001 habían dado lugar a un proceso de modificación del sistema financiero y cambiario que había afectado sus inversiones en violación del Tratado sobre Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones suscrito entre Argentina y Chile (TBI Argentina-Chile). En particular, alegaron que la pesificación dispuesta por Argentina a raíz de la crisis implicaba una expropiación indirecta de los derechos y créditos que tenía Metalpar Argentina S.A. contra sus clientes. Asimismo, las demandantes manifestaron que Argentina había violado el estándar de trato justo y equitativo, porque había dictado normas que habían cambiado el marco jurídico sobre el cual ellas habían tomado su decisión de invertir, no respetando sus derechos adquiridos respecto de sus inversiones ni sus expectativas legítimas. Además, las sociedades chilenas sostuvieron que la República Argentina las había discriminado, pues les había dado un trato distinto que al sector financiero respecto a la pesificación. Por último, las demandantes afirmaron que Argentina había violado la garantía de libre transferencia contenida en el TBI Argentina-Chile, al haberles impedido realizar una transferencia al exterior. Como reparación por el daño que alegaron haber sufrido como consecuencia de las supuestas violaciones cometidas por Argentina, las sociedades chilenas reclamaron una indemnización de US\$ 17.938.099, más intereses compuestos desde la fecha del laudo hasta su pago efectivo.

En su laudo del 6 de junio de 2008, el tribunal del CIADI que entendió el caso rechazó la totalidad de los reclamos de las demandantes y resolvió unánimemente que la República Argentina no había violado disposición alguna del TBI Argentina-Chile.

Respecto al reclamo por discriminación, el tribunal sostuvo que “tratar de manera diferente a sujetos de distintas clases no implica un trato desigual”. Como las demandantes no eran entidades financieras, no podían alegar que Argentina debía haberlas tratado como tales. Por lo tanto, como las sociedades chilenas no pertenecían al sector financiero, al que las normas habían dado un trato distinto respecto a la pesificación, no podían alegar un trato discriminatorio.

En cuanto al reclamo por expropiación, el tribunal manifestó que las demandantes no habían demostrado que las medidas adoptadas por

el gobierno argentino hubieran tenido un efecto *suficientemente grave* sobre sus inversiones *como para generar la necesidad de una compensación por expropiación*. Agregó que en ningún momento las demandantes se habían visto impedidas de manejar su inversión y siempre habían tenido control sobre ellas. Por ende, el tribunal llegó a la conclusión que no había prueba alguna de una expropiación directa o indirecta de las inversiones de las demandantes.

En relación con la garantía de libre transferencia incluida en el TBI Argentina-Chile, el tribunal determinó que Argentina no la había violado. El tribunal llegó a esta conclusión en razón que, en el único caso en el que supuestamente las demandantes se habían visto imposibilitadas de enviar una transferencia al exterior, ellas no habían cumplido con el procedimiento previsto para este tipo de transferencias, que consistía en solicitar la autorización respectiva al Banco Central.

En lo que se refiere al estándar de trato justo y equitativo, el tribunal entendió que Argentina no había infringido dicho estándar. Ello así en virtud que no existía una licitación, una licencia, un permiso o un contrato entre Argentina y las sociedades chilenas que hubiese permitido a las demandantes crearse expectativas legítimas que hubiesen sido violadas por Argentina. Además, el tribunal consideró improbable que las demandantes hubieran tenido la expectativa legítima que sus inversiones no estarían sujetas a los vaivenes del país en el que habían invertido, o que la crisis, que ya entonces podían prever, no generaría la necesidad de promulgar medidas legales para paliarla.

Por lo demás, el tribunal destacó que el caso tenía la singularidad que no se había acreditado que las inversiones de las demandantes hubieran sufrido algún perjuicio, llegando a la conclusión que la situación de Metalpar Argentina S.A. no sólo no se había deteriorado, sino que había mejorado notablemente en el último lustro y, según sus representantes, continuaría siendo cada vez mejor.

Por último, si bien fue innecesario para el tribunal decidir si era procedente la defensa del estado de necesidad, pues resolvió que Argentina no había violado disposición alguna del TBI Argentina-Chile, el tribunal manifestó estar convencido de la gravedad de la crisis que se desató en Argentina a finales del año 2001. El tribunal también reconoció la

necesidad de tomar medidas frente a la crisis, pues la auto-preservación es uno de los deberes fundamentales que tienen los gobiernos, ya que *desaparecido el gobierno, sobrevienen el caos y enormes penurias para los habitantes de la nación*. Según el tribunal, las medidas tomadas por Argentina para hacer frente a la crisis fueron efectivas, dado que *en un período relativamente corto, Argentina pasó del caos manifiesto en el campo social, económico y político a una situación de estabilidad*. ▲

Decisiones Constitucionales y Judiciales



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial
EXP. N° 00795-2005-01SC

RESOLUCIÓN NÚMERO: NUEVE

Miraflores, veintiuno de noviembre de dos mil cinco

VISTOS

Es materia de pronunciamiento por esta Sala Superior el Recurso de Anulación interpuesto por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental (PROVIAS DEPARTAMENTAL) contra el Laudo Arbitral de Derecho, notificado el siete de julio de dos mil cinco, emitido por el Árbitro Único, Doctor Felipe Canturias Salaverry en el proceso arbitral seguido por el Consorcio COSAPI - TRANSLEI; con los acompañados correspondientes e interviniendo como Vocal Ponente el señor Wong Abad.

RESULTA DE AUTOS:

Demanda.-

Mediante escrito presentado con fecha diecinueve de agosto de dos mil cinco, el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental (PROVIAS Departamental) interpone un recurso de anulación del Laudo emitido por el árbitro único, doctor Luis Felipe Cantuarias Salaverry, recaído en el proceso arbitral sostenido entre el Consorcio Cosapi - Translei con Provias Departamental.

Sustenta su demanda en las siguientes causales:

- a. Por contravenir segunda Causal prevista en el artículo 73 de la Ley N° 26572.**

Al respecto señala que al árbitro único al momento de laudar ha esgrimido argumentos que resultan nuevos y ajenos dentro del proceso arbitral, el cual se circunscribe a asuntos de orden público como son los referidos a actos administrativos que tiene que dictar la Contraloría General de la República en uso de sus atribuciones conferidas en los artículos 22 y 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, N° 27785.

Refiere que interpuso excepciones de incompetencia a lo largo del proceso arbitral, las mismas que fueron declaradas improcedentes por el Árbitro Único recién en el Laudo y no en la etapa postulatoria correspondiente.

b. Asimismo, por infringir lo dispuesto en la séptima causal del acotado artículo 73, concordado con lo señalado en el inciso 4) del artículo 1 de la Ley N° 26572.

El Árbitro Único al expedir el laudo arbitral no ha considerado que el mismo obliga a Provías Departamental a pagar prestaciones adicionales de obra que no han sido autorizadas por la Contraloría General de la República, entidad que es la única facultada para autorizar y ordenar el pago de prestaciones adicionales, siendo que dichas decisiones no pueden ser sometidas a un procedimiento arbitral.

En efecto, el artículo 22, Inciso k) de la Ley N° 27785 establece como atribución de la Contraloría General de la República, otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública. Por otro lado, el artículo 23 de la acotada Ley N° 27785 establece que las decisiones que emita la Contraloría General en el ejercicio de sus atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y la aprobación de mayores gastos de supervisión no podrá ser objeto de arbitraje, lo que debe ser concordado con lo señalado en el numeral 4) del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, N° 26572.

Agrega que mediante Oficios Nros. Trescientos sesenta y dos, trescientos sesenta y cuatro y cuatrocientos setenta y dos –dos mil cinco– MTC/veintidós, efectuó una consulta formal a la Contraloría General de la República respecto de la procedencia y legalidad de la solicitud de arbitraje efectuada por el Consorcio, referidas al reconocimiento de las prestaciones adicionales y al pago vía enriquecimiento indebido planteado en la demanda arbitral, obteniendo respuesta formal a través del Oficio N° doscientos cuarenta y seis - dos mil cinco-CG/VC, en el cual dicha entidad se pronuncia expresamente por su improcedencia.

En tal sentido, las 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, no pueden ser materia de arbitraje, en razón de que por mandato imperativo de la ley, le corresponde a esta entidad pronunciarse sobre este aspecto y no al fuero arbitral. Al haberse desestimado la prestación adicional, Provías Departamental se encuentra impedido de materializar su ejecución y posterior pago a través de la vía administrativa. En consecuencia, al haberse desestimado las prestaciones adicionales solicitadas, el Consorcio ha sometido dicha controversia a un fuero que no corresponde.

Admisorio y Traslado:

Por resolución número tres de fecha trece de setiembre de dos mil cinco, obrante de foja doscientos cincuenta y tres a doscientos cincuenta y cuatro, se admite a trámite el recurso de Anulación de Laudo Arbitral interpuesto y se corre traslado del mismo al Consorcio Cosapi – Translei por el plazo de cinco días para que exponga lo conveniente a su derecho.

Contestación.-

Mediante escrito presentado con fecha veintiocho de setiembre de dos mil cinco, el Consorcio Cosapi – Translei, contesta la demanda y solicita que se declare improcedente la misma por considerarla extemporánea.

Respecto de la primera causal invocada en la demanda señala que Provías Departamental si ha ejercido su derecho de defensa a lo largo del proceso, tal como lo acreditan la interposición de su excepción de incompetencia, el escrito de contestación de demanda, presentación de alegato escrito, informe oral, entre otros actos procesales. El laudo no se sustenta en ningún “argumento nuevo”, sino en argumentos de derecho que todo juez o árbitro está en la obligación de explicar para resolver un proceso de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Respecto de la segunda causal alegada, señala que la Contraloría General no fue demandada en el proceso arbitral. Agrega, asimismo, que las pretensiones de la demanda arbitral, entre ellas la pretensión de resarcimiento por enriquecimiento sin causa amparada, se sustentan en una relación contractual de derecho privado y no público, y no cuestionan lo resuelto por la Contraloría. En ese sentido, el laudo se pronunció sobre el enriquecimiento indebido de Provías departamental en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la que la hace tener que resarcir al Consorcio que es su contraparte contractual, como consecuencia del injusto empobrecimiento derivado del enriquecimiento de aquél.

En ningún momento, agrega la demandada, el laudo ha revisado o cuestionado lo resuelto por la Contraloría ni mucho menos las funciones de ésta en el control del gasto público. El laudo se ha limitado a analizar la conducta de Provías para atribuirle una obligación de resarcimiento por el enriquecimiento indebidamente obtenido y ordenarle el pago de la misma.

En consecuencia, señala que la demandante no tiene ningún agravio para solicitar la anulación del Laudo Arbitral favorable al Consorcio.

FUNDAMENTOS:

PRIMERO.- Los fundamentos en los cuales se sustenta el recurso interpuesto son los siguientes:

- a. El Laudo Arbitral ha incurrido en la causal contenida en el inciso 2º del artículo 73 de la Ley N° 26572.

El recurrente afirma, en apoyo a este fundamento de su demanda que:

- El árbitro al momento de laudar ha esgrimido argumentos que resulten nuevos dentro del proceso arbitral, como son los referidos a aspectos de naturaleza contractual.
- En efecto, 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.
- Se le solicitó al árbitro 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. Igualmente el Laudo Arbitral ha incurrido en la causal contenida en el inciso 7º del artículo 74 y en la causal contenida en el inciso 4º del artículo 1, ambos igualmente, de la Ley N° 26572.

“La competencia de los tribunales arbitrales se encuentra circunscrita a las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición; sin embargo, la misma ley establece sus límites, tal es el caso de aquellas atribuciones o funciones de imperio del Estado, las mismas que no pueden ser materia de arbitraje.

Es decir, las 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, no pueden ser materia de arbitraje, en razón que por mandato imperativo de la ley, le corresponde a la Contraloría General de la República, pronunciarse sobre estas y no al fuero arbitral; en ese sentido, 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 N°s 294 y 795-2004-MTC/22.

En consecuencia, al haberse desestimado la Contraloría General de la República las Prestaciones Adicionales N°s 09 y 16, en base a lo establecido en los dispositivos legales señalados en los numerales precedentes, el CONSORCIO ha sometido dicha controversia a un fuero que no corresponde” (ver fojas doscientos treinta y cinco).

SEGUNDO.- La contestación a la demanda de nulidad de laudo arbitral persigue que ésta sea declarada improcedente por cuanto ha sido interpuesta fuera del plazo de diez días contados a partir de la notificación del laudo señalado en el artículo 72 de la Ley General de Arbitraje.

Respecto a la primera causal de nulidad la emplazada, contenida en el acápite a), señala que:

“(…) debe tenerse presente que son muchos los actos procesales que demuestran que PROVIAS DEPARTAMENTAL ha ejercido su derecho de defensa a lo largo del proceso, tal como lo acreditan: i) la interposición de la excepción de incompetencia antes referida; ii) el escrito de contestación de demanda; iii) presentación de alegato escrito; iv) informe oral; entre otros. Además, el laudo no se sustenta en ningún “argumento nuevo”, sino en argumentos de derecho que todo juez o árbitro está en la obligación de explicar para resolver un proceso de conformidad con el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil” (ver fojas doscientos sesenta y ocho).

Respecto a la segunda causal contenida en el acápite b) señala asimismo:

“(…) PROVÍAS DEPARTAMENTAL también sostiene que el laudo se ha pronunciado sobre materia no arbitrable, porque al ordenarle el pago de un resarcimiento por enriquecimiento sin causa a favor del consorcio, no habiendo la contraloría autorizado el pago de las Obras Adicionales N° 9 y 16, habría resuelto sobre la facultad de control de la Contraloría, que es una función de imperio del Estado. Ello también es incorrecto porque la Contraloría no fue demandada en el proceso arbitral y porque las pretensiones de la demanda arbitral, entre ellas la pretensión de resarcimiento por enriquecimiento sin causa amparada, se sustentan en una relación contractual de derecho privado y no público, y no cuestionan lo resuelto por la Contraloría. En ese sentido, el laudo se pronunció sobre el enriquecimiento indebido de PROVÍAS DEPARTAMENTAL en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, la que la hace tener que resarcir al Consorcio, que es su contraparte contractual, como consecuencia de su injusto empobrecimiento derivado del enriquecimiento de aquel”. (ver fojas sesenta y nueve)

TERCERO. 3.1.- El Colegiado considera que en primer lugar, debe examinarse la supuesta improcedencia de la demanda de nulidad de laudo arbitral por haber sido interpuesta, según se afirma, fuera del plazo señalado en el artículo 72 de la ley General de Arbitraje.

3.2.- En tal sentido, es necesario establecer que, como se desprende de la resolución número dieciséis, de fecha tres de agosto de dos mil cinco, obrante de fojas seiscientos cuarenta y cuatro a fojas seiscientos cuarenta y ocho del expediente arbitral, el Laudo materia del presente proceso fue corregido, en los términos que en la resolución citada se exponen, notificándose la misma el día cinco de agosto de dos mil cinco, tal como se desprende del cargo obrante a fojas seiscientos cincuenta y uno.

3.3.- Por consiguiente, queda claro que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal establecido por el artículo 72 de la Ley General de Arbitraje.

CUARTO. 4.1.- Corresponde ahora el análisis de los fundamentos del recurso; para tal efecto es necesario establecer las siguientes premisas.

4.2.- Tal como se señala en el apartado “III. TIPO DE ARBITRAJE” del Acta de Instalación de Árbitro Único, obrante de fojas dos a fojas dieciséis, la competencia del Árbitro se sustentó en el convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato de Ejecución de Obra N° 182-2003- MTC/22, celebrado entre las partes el dieciséis de enero de dos mil tres.

4.3.- Dicho convenio señalaba en su apartado 14.1:

“Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato, será resuelto de acuerdo a lo establecido en los artículos 185º conciliación y 186 a 203 arbitraje, del Reglamento del TUO de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado”. (ver fojas cincuenta y siete del expediente arbitral)

4.4.- En virtud a tal convenio el Consorcio COSAPI-TRANSLEI inició el proceso arbitral producto del cual se emitió el Laudo Arbitral impugnado, el mismo que declaró fundada su pretensión de pago de soles sustentada en la causal de enriquecimiento sin causa.

QUINTO.- Contra dicha demanda arbitral PRVIAS DEPARTAMENTAL dedujo la excepción de incompetencia afirmando lo siguiente:

“En consecuencia, al haberse desestimado el Recurso de reconsideración planteado por Provías Departamental, por parte de la Contraloría General de la República mediante Resolución de Vicecontraloría N° 017-2004-CG del dieciocho de agosto de dos mil cuatro, y en base a lo establecido en los dispositivos legales señalados en los considerandos anteriores, COSAPI- TRANSLEI ha sometido la controversia derivada de la denegatoria de autorización para el pago de la Prestación N° 9 a un fuero que no corresponde, siendo el mecanismo jurídico idóneo para resolver el tema materia de controversia, la vía judicial”. (ver fojas cuatrocientos nueve, resaltado original).

SEXTO. 6.1.- Siendo importante para la decisión adoptada por el Colegiado corresponde establecer algunas de las características que la ley y la doctrina han conferido a la figura jurídica del enriquecimiento sin causa.

6.2.- El enriquecimiento sin causa constituye en nuestro sistema jurídico una fuente de obligación distinta al contrato, a la gestión de negocios, a la promesa unilateral y a la responsabilidad extracontractual.

8.3.- De acuerdo a Diez Picazo⁽¹⁾ los presupuestos de enriquecimiento sin causa son:

- El enriquecimiento del demandado.
- El correlativo empobrecimiento del actor
- La falta de causa Justificativa del enriquecimiento.

6.4.- Explicando el último de los presupuestos el mismo Diez Picazo nos dice:

“Para que la acción exista, debe, faltar una causa justa de la atribución patrimonial debe entender aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cuál puede ocurrir porque existe una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia”⁽²⁾

6.5.- Ligada a esta característica se encuentra también el carácter subsidiario de la pretensión del enriquecimiento sin causa pues, como señala el artículo 1955 del Código Civil, ésta no procede “cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva Indemnización”.

(1) DIEZ PICAZO, LUIS, “Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”, en: *Introducción Teoría del Contrato*, 5ª ed., Volumen Primero, Madrid, Civitas, 1996, p. 100.

(2) *Ibidem*, p. 104.

SÉTIMO. 7.1.- Establecido lo anterior podemos concluir, en primer lugar, que el convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa.

7.2.- En efecto, resulta evidente para este Colegiado que Convenio Arbitral, en aplicación del artículo 53 de la Ley N° 26850 estableció que serían materia de arbitraje:

“Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato”

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.

7.4.- Esta posición ha sido acogida también por la Contraloría General de la República la que en el Anexo al Oficio N° 246-2005-CG/VC, de fecha dieciocho de julio de dos mil cinco, sostiene que:

“(…) cuando las mayores prestaciones ejecutadas no cuentan con un pronunciamiento sobre el fondo por parte de la Contraloría General, al haberse ejecutado las prestaciones, su tratamiento no deja de ser materia de su competencia en virtud de dispositivos legales ya referenciados, y que fueron materia de una decisión de la Contraloría General al no otorgar la autorización respectiva.

Ante una situación de excepción respecto a prestaciones ya ejecutadas, sobre las cuales la Contraloría no autorice el pago, **corresponderá al contratista que requiere 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 existir la autorización de la Entidad para ejecutar la mayor prestación, el contratista no puede considerarla suficiente, pues requiere autorización previa de la Contraloría General”. (ver fojas doscientos trece, resaltado original).

7.5.- 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 ésta no resultan aplicable a aquella.

OCTAVO.- Por consiguiente, al sustentar su competencia en un convenio arbitral que no lo facultaba para resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, el Árbitro Único ha lesionado el derecho a un debido proceso de la entidad demandada en el proceso arbitral, motivo por el cual debe declararse fundada la nulidad del Laudo por la causal contenida en el inciso 2° del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, al que hace referencia el acápite **a)** del primer fundamento de la presente resolución.

NOVENO. 9.1.- Igualmente., debe declararse la nulidad del Laudo por la segunda causal invocada, expresada en el acápite **b)**.

9.2.- En efecto, esta Sala Superior comparte la posición de la Contraloría General cuando esta afirma:

“(…) en los casos de mayores prestaciones que ya fueron ejecutadas, no resulta procedente emitir la autorización correspondiente por parte de la Contrataría General, dado que la solicitud no cumple con las condiciones exigidas por la normativa como requisito de fondo; razón por la cual, no cabe evaluar los aspectos técnico-económicos de la solicitud.

Sin embargo, lo indicado no significa de modo alguno que la Contraloría General se hubiere apartado de su competencia para conocer acerca de las mayores prestaciones, pues la atribución legal que se le ha conferido, está referida en estricto a otorgar, vía control previo, autorización a los presupuestos adicionales y a las mayores prestaciones de supervisión, cuyos montos exceden los previstos por la normativa. **En los casos de prestaciones adicionales ejecutadas, el pronunciamiento de la Contraloría General contiene una decisión que resuelve lo petitionado, en el sentido de no otorgar la autorización solicitada; no pudiendo dicha materia ser sometida al proceso arbitral**, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley N° 27785”. (ver fojas doscientos once, resaltado original)

9.3.- En conclusión, 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.

9.4.- Por consiguiente, el Arbitro Único al haber, materialmente, ordenado el pago de las prestaciones adicionales ha laudado sobre una materia que correspondía a las funciones de imperio de un órgano estatal y que, en consecuencia, era de competencia exclusiva del Poder Judicial.

9.5.- Adviértase que si se permitiera la discusión del pago de las pretensiones adicionales en sede arbitral aduciéndose que está utilizándose otra figura jurídica y, además, considerando estar sujeta al convenio arbitral, se estaría consiguiendo por vía indirecta lo que la ley prohíbe de modo directo, es decir, que esa discusión no sea materia de arbitraje, por todo lo cual;

SE RESUELVE:

Declarar **FUNDADA** la demanda de anulación de laudo arbitral, en consecuencia, **NULO** el Laudo Arbitral de Derecho dictado por el Arbitro Único, doctor Felipe Cantuarias Salaverry, emitido mediante resolución número catorce con fecha siete de julio de dos mil cinco y corregido mediante resolución número dieciséis de fecha tres de agosto de dos mil cinco, 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 N° 26572; en los seguidos por el PROYECTO ESPECIAL DE INFRAESTRUCTURA DE TRANSPORTE DEPARTAMENTAL (PROVÍAS DEPARTAMENTAL) contra el CONSORCIO COSAPI –TRANSLEI sobre ANULACION DE LAUDO ARBITRAL.-SS.

Julio Martín Wong Abad
Ulises Yaya Zumaeta
Ulises Ruíz Torres

 BRIANA CANORIO CALDERÓN (*)
LENER PAREDES ARÉVALO (**)

Consideraciones sobre la anulación de laudo arbitral

SUMARIO: *1. Antecedentes que dan origen al recurso de casación. 2. Breve resumen de la sentencia casatoria. 3. Análisis de la sentencia casatoria. 3.1. Desde el punto de vista procesal. 3.2. Desde el punto de vista sustancial. 4. Conclusiones.*

1. ANTECEDENTES QUE DAN ORIGEN AL RECURSO DE CASACIÓN

PROVIAS Departamental interpuso ante la Primera Sala Civil Sub Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, demanda de anulación de laudo arbitral, expedido el 07 de julio de 2005, por el Árbitro Único, Dr. Luis Felipe Cantuarias Salaverry, en el proceso arbitral seguido por el Consorcio COSAPI-TRANSLEI contra dicha entidad estatal.

(*) Abogada graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesora del curso de Acto Jurídico en la Universidad de Lima.

(**) Abogado graduado en la Facultad de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del staff de abogados del Departamento Legal de Petróleos del Perú - PETROPERU S.A.

Nota: En la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE, N° 4 publicamos íntegramente la Sentencia de la Corte Suprema - Casación N° 825-06-Lima, (Ver: pp. 461-465).

La demanda de anulación del laudo arbitral interpuesta por PROVIAS Departamental se sustentó en las siguientes causales:

- a) Causal prevista en el numeral 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, pues se considera que el árbitro se ha pronunciado sobre aspectos nuevos y ajenos al proceso arbitral; así como, por el hecho que las excepciones de incompetencia no han sido resueltas en la etapa postulatoria sino en el laudo.
- b) Causal prevista en el numeral 7 del artículo 73 concordado con el numeral 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, debido a que las prestaciones adicionales cuyos porcentajes son mayores a los establecidos en la Ley y que no han sido aprobados por la Contraloría General de la República no pueden ser materia de arbitraje.

Por su parte, COSAPI-TRANSLEI sustentó su contestación en lo siguiente:

- a) La demanda debe ser declarada improcedente por haberse interpuesto fuera del plazo establecido en la Ley General de Arbitraje.
- b) PROVIAS Departamental ha ejercido su legítimo derecho de defensa en el proceso arbitral.
- c) La pretensión de resarcimiento por enriquecimiento sin causa amparado, se sustenta en una relación contractual de derecho privado y no público, no cuestionándose lo resuelto por la Contraloría General de la República ni mucho menos las funciones de ésta en el control del gasto público.

Previo al análisis de los argumentos que sustentaron el recurso de anulación, debemos precisar que la Corte Superior consideró necesario evaluar la supuesta improcedencia del recurso de nulidad de laudo arbitral argumentado por COSAPI – TRANSLEI, concluyendo que dicho recurso fue interpuesto dentro del plazo establecido en la Ley General de Arbitraje, es decir, dentro de los diez (10) días siguientes de notificada la resolución que corrigió el laudo.

Una vez evaluados los argumentos del recurso de anulación, la Corte Superior declaró fundada la demanda por la causal contenida en el numeral 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, pues con-

sideró que el árbitro había lesionado el derecho al debido proceso al haberse declarado competente en una materia ajena y extraña al contrato; así como, por la causal contenida en el numeral 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, toda vez que considera que el árbitro al haber ordenado el pago de mayores adicionales, ha laudado sobre una materia no arbitrable, correspondiente a las funciones de imperio de un órgano estatal (Contraloría General de la República) y, por consiguiente, de competencia exclusiva del Poder Judicial.

2. BREVE RESUMEN DE LA SENTENCIA CASATORIA

Interpuesto el Recurso de Casación contra la Sentencia de la Primera Sala Civil Sub Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Lima por parte de COSAPI-TRANSLEI, de conformidad con el artículo 77 de la Ley General de Arbitraje⁽¹⁾, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema lo declaró procedente por los incisos 1, 2 y 3 del artículo 386 del Código Procesal Civil, en virtud de lo siguiente:

- a) Contravención a las normas que garantizan el derecho al debido proceso.
 - i. Tránsito de los artículos 71 de la Ley General de Arbitraje y 146 del Código Procesal Civil, por la interposición extemporánea de la demanda de anulación de laudo arbitral.
 - ii. Infracción del artículo 93 del Código Procesal Civil, pues no se ha considerado al árbitro como un litisconsorte necesario.
 - iii. Incumplimiento del procedimiento previsto en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, el artículo 61 y numeral 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, lo cual ha originado una indebida motivación de la sentencia.
 - iv. La Sala Superior ha resuelto sin que se haya acreditado la causa prevista en el numeral 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, toda vez que era necesario demostrar que con la emisión del laudo se hubiese afectado de manera manifiesta el derecho de defensa que alega PROVIAS Departamental.

(1) Artículo 77.- Recurso de casación. “Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación cuando el laudo hubiera sido anulado total o parcialmente”.

- v. Trásgresión de lo dispuesto en el artículo 122 del Código Procesal Civil, toda vez que la decisión de la Corte Superior no se encuentra debidamente fundamentada en normas.
- b) Aplicación indebida del artículo 53 de la Ley N° 28650, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado porque dicha norma no excluye la posibilidad que en un proceso arbitral se discuta el enriquecimiento sin causa.
- c) Aplicación indebida del artículo 1955 del Código Civil, pues la Sala Superior ha aplicado la citada norma para resolver el fondo de la controversia.
- d) Aplicación indebida del artículo 23 de la Ley N° 27785, Ley del Sistema Nacional de Control, ya que la materia controvertida del proceso arbitral no fue el cuestionamiento de acto alguno o actividad realizada por dicha entidad estatal.
- e) Inaplicación del artículo 50 de la Ley N° 28650, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje, pues la Corte Superior ha revisado el fondo de la controversia al resolver las pretensiones amparadas en la figura del enriquecimiento sin causa.
- f) Inaplicación del numeral 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, toda vez que la causal de anulación debe ser manifiestamente no arbitrable; en el caso específico, el árbitro se declaró competente pues consideró que el enriquecimiento sin causa era una materia arbitrable.
- g) Inaplicación de los artículos 10 y 39 de la Ley General de Arbitraje, pues no se presentó oposición alguna respecto a las pretensiones amparadas a través del enriquecimiento sin causa, tan es así, que se resolvió como una materia arbitrable.

La Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación por los siguientes motivos:

1. Al haberse previsto el enriquecimiento sin causa en los puntos controvertidos no se está lesionando el derecho al debido proceso

y, por ende, no se está incurriendo en la causal contenida en el inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, porque el árbitro al momento de laudar, lo ha tenido en cuenta dentro del proceso arbitral.

2. El artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación o arbitraje y además en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obras se ha previsto que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, por lo que no se advierte que se haya incurrido en la causal de anulación contenida en el numeral 7 del artículo 73 y el numeral 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.
3. La Corte Superior, al anular el laudo, ha infringido el artículo 61 de la Ley General de Arbitraje, toda vez que se ha pronunciado sobre el fondo de la controversia.
4. La materia es arbitrable, pues PROVIAS Departamental no formuló oposición, por lo que hubo convalidación tácita, que la materia fuera sometida al arbitraje, conforme a lo previsto en el tercer párrafo del artículo 172 del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente.
5. La Corte Superior ha infringido el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución, el artículo 61 y el numeral 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, incurriendo en una indebida motivación, que además vulnera el artículo 122 del Código Procesal Civil.
6. No se advierte trasgresión de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley General de Arbitraje y el artículo 146 del Código Procesal Civil, pues el laudo fue notificado el siete de julio de dos mil cinco, y corregido por resolución número ciento veintiséis, notificándose el cinco de agosto del año dos mil cinco, por lo que este extremo resulta infundado.
7. No se advierte que se haya infringido el artículo 93 del Código Procesal Civil, relativo al litisconsorcio necesario, pues el árbitro no ha sido demandado en este proceso.

3. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CASATORIA

La Sentencia de la Corte Suprema resuelve el recurso de casación bajo criterios que, de manera general, nos parecen adecuados. Sin embargo, de una lectura acuciosa de la misma, surge la necesidad de precisar y comentar algunos aspectos que nos parecen necesarios, tanto desde el punto de vista procesal, como desde los aspectos sustantivos.

3.1. Desde el punto de vista procesal

La Sentencia Casatoria en su parte introductoria, retoma en detalle aquellas causales que sustentaron en su momento la procedencia del recurso, con una pulcritud y orden que lamentablemente no se observa en su parte resolutoria, pues si bien al principio de la resolución se explica perfectamente sobre qué puntos se pronunciará la Corte Suprema respecto del recurso interpuesto (lo que nos da una idea clara de cómo se resolvería más adelante), al final, uno tiene que deducir cuáles de las causales inicialmente declaradas procedentes han sido posteriormente declaradas fundadas y cuáles no, lo que desmerece, en nuestra opinión, el desarrollo lógico y ordenado del pronunciamiento.

3.1.1. ¿Es procedente denunciar un mismo agravio al amparo de dos causales previstas en el artículo 386 del Código Procesal Civil?

Existe un primer aspecto procesal; sin embargo, que merece relevancia más allá de las diferencias de estilo en la redacción de la sentencia con los que podamos o no estar de acuerdo, y es el que se advierte en la procedencia del recurso respecto de lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje (en adelante LGA), tanto como una causal de infracción al debido proceso como una de inaplicación normativa.

En el primer caso, la Corte Suprema declaró procedente el recurso de casación como parte de uno de los supuestos de contravención a las normas que garantizan el debido proceso, mientras que en el segundo caso se declaró procedente el recurso porque la Corte Superior no habría aplicado el numeral 7 del artículo 73 de la LGA.

En efecto, en el numeral a.5 de los fundamentos que sustentan la procedencia del recurso de casación se precisa 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”. La Corte Suprema está declarando procedente el recurso por infracción al debido proceso, basado en que la Corte Superior anuló el Laudo **en aplicación** del numeral 7 del artículo 73 de la LGA. Es más, si revisamos la sentencia de la Corte Superior, se podrá apreciar que, en efecto, ésta declaró amparable dicha causal como uno de los extremos de su fallo.

Entonces, si la Corte Suprema está admitiendo que la Corte Superior **aplicó** el numeral 7 del artículo 73 de la LGA, ¿por qué declaró también procedente el recurso de casación en el extremo relativo a la “**inaplicación**” de dicho dispositivo legal?

Dentro de las causales de procedencia del artículo 386 del Código Procesal Civil (en adelante CPC) existen dos grandes grupos: Las causales que tienen que ver con normas de carácter procesal (infracción al debido proceso y de las formas esenciales para la validez o eficacia de los actos procesales) y las que tienen que ver con normas de derecho material (interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación).

En ese sentido, la Sentencia Casatoria hace bien en resolver primero aquellas causales que tienen que ver con los aspectos procesales (infracción al debido proceso), pues de declararse fundado el recurso en dicho extremo, la Sentencia de la Corte Superior devendría nula y carecería de objeto pronunciarse sobre los temas de fondo.

Pero analicemos un momento, aquel segundo grupo: Las causales que tienen que ver con las normas de derecho material.

La **interpretación errónea de una norma de derecho material**, de acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo 386 del CPC, se verifica cuando el juez decide actuar la norma pertinente, pero se equivoca sobre su significado, sobre su contenido, dándole una interpretación o alcance que no tiene⁽²⁾.

(2) SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, Manuel, *El Recurso de Casación Civil*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1999, p. 63.

La **aplicación indebida**; en cambio, se produce *cuando se actúa una norma impertinente a la relación fáctica establecida en el proceso*, es decir, cuando el juez se equivoca en la elección de la norma; pero también en *el proceso de establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto, jurídicamente calificado, y la hipótesis de la norma*⁽³⁾.

La **inaplicación de la norma**, por su parte, se comprueba cuando el juez verifica circunstancias que siendo supuesto obligado de la aplicación de una norma determinada; sin embargo, no la aplica. En este supuesto, se ignora o desconoce la norma pertinente y se afecta el principio *iura novit curia obligatorio para los jueces de mérito*⁽⁴⁾.

Nótese que por lo general, las dos últimas causales mencionadas (aplicación indebida e inaplicación) se encuentran muy relacionadas, toda vez que si se produce una aplicación indebida de la norma (es decir, si se aplica la norma impertinente), es muy probable que también se haya dejado de aplicar aquella norma que era realmente la adecuada.

Si se admite la *aplicación indebida* y la *inaplicación* como causales de procedencia en el recurso de casación, aquellas no pueden referirse a la misma norma, pues ambas, en ese caso, resultarían excluyentes entre sí: o se produjo la aplicación indebida de la norma “X”, o se produjo su inaplicación.

Asimismo, tampoco sería procedente un recurso de casación basado en la interpretación errónea y en la aplicación indebida de la misma norma, pues ambas situaciones no podrían darse a la vez⁽⁵⁾. La

(3) SÁNCHEZ-PALACIOS PAIVA, *Recurso de casación civil*, cit., pp. 62-63.

(4) *Ibidem*, pp. 64-65.

(5) RONCALLA VALDIVIA, Lino, “El Recurso de Casación en materia civil”, en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, pp. 107-109 y 167-168. El ex Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República compila, entre otras, sentencias en que se ha declarado improcedente el recurso de casación, de las cuáles resaltamos dos sumillas pertinentes al caso:

- Las causales de aplicación indebida e interpretación errónea se excluyen entre sí, de modo que en un mismo cargo y respecto de una misma norma no se puede impugnar una sentencia por las dos causales, por ser fenómenos distintos e inconfundibles. (CAS. N° 87-95-ICA, del 05 de setiembre de 1995).

primera supone la elección correcta de la norma por parte del juez, pero en sentido errado. La segunda, supone la elección equivocada de la norma, o sea, la norma impertinente.

Igualmente, si se declara judicialmente procedente el recurso de casación por infracción al debido proceso, basado en que la aplicación de determinada norma se realizó sin guardar la formalidad exigida por la ley, se está admitiendo que dicha norma fue aplicada vulnerando el debido proceso, pero aplicada finalmente, por lo que dicha declaración judicial sería totalmente contradictoria con una que favorezca –a la vez– la procedencia de la causal de inaplicación de dicha norma⁽⁶⁾.

Como se observa, las causales descritas en el artículo 386 del CPC tienen cada una de ellas, independencia respecto de las otras, de ahí que resulte necesaria para su procedencia no sólo la invocación expresa de cualquiera de aquellas con relación a un agravio determinado, sino que el recurrente debe indicar con claridad y precisión cómo debe interpretarse la norma, cuál debe ser su debida aplicación o qué norma es la que debe aplicarse, según sea el caso⁽⁷⁾.

3.1.2. *¿Es procedente invocar como causal de un recurso de Casación la inaplicación de una norma de derecho procesal?*

Al respecto, merece comentario un segundo aspecto de carácter procesal, y es el hecho que la Corte Suprema haya declarado procedente

– Es improcedente invocar conjuntamente y para denunciar un mismo agravio las causales de aplicación indebida e interpretación errónea de *una norma de derecho material*. (CAS. N° 1154-95-LAMBAYEQUE, del 22 de mayo de 1996).

- (6) En estricto, lo que la Corte Superior hizo, fue aplicar el numeral 7 del artículo 73 de la LGA, puesto que era la norma pertinente para el caso, pero interpretó la misma en sentido distinto al que finalmente le dio la Corte Suprema, admitiendo que se producía la anulación del laudo por cuanto la materia –según declaró– no era arbitrable. Si bien, podría generarse la discusión de si se trata de una aplicación indebida del numeral 7 del artículo 73 de la LGA, o de una interpretación errónea de dicho dispositivo legal, lo cierto es que la Corte Superior aplicó dicha norma, por lo que el recurso de casación sustentado en su *inaplicación* no resultaba procedente desde ningún punto de vista, por lo menos, en ese extremo.
- (7) La falta de precisión con respecto a la causal invocada al amparo del inciso primero del artículo 386 del C.P.C., impide legalmente que la Corte considere que se ha acogido alguna de las dos causales contempladas en dicha norma. No se suple este defecto mencionando el inciso 2 del artículo 388 del mismo Código. (CAS. N° 595-95-PIURA, del 01 de diciembre de 1995).

el recurso de casación por inaplicación del numeral 7 del artículo 73 de la LGA.

El numeral 2 del artículo 386 del CPC es claro en señalar que sólo procederá el recurso por dicha causal cuando se invoque respecto de normas de derecho material o de la doctrina jurisprudencial.

En ese sentido, la jurisprudencia es unánime en señalar que la causal de inaplicación prevista en el numeral 2 del artículo 386 del CPC debe estar referida a normas de derecho material⁽⁸⁾. Incluso en algunas resoluciones se ha hecho la precisión que sólo es procedente respecto de aquellas normas de derecho material de carácter general emitidas por el Estado, ya que las emanadas de la voluntad privada que regulan las relaciones de determinado grupo de personas, como pueden ser las normas estatutarias (que también generan derechos) se encuentran fuera de su alcance⁽⁹⁾.

Pero, ¿es el numeral 7 del artículo 73 de la LGA una norma de derecho procesal? En nuestra opinión, en la medida que no reconoce un derecho subjetivo o impone una obligación, y más bien, establece los requisitos y reglas que la actividad del juez en ejercicio de su potestad jurisdiccional debe mantener frente a la anulación del Laudo, resulta evidente su naturaleza procesal.

Consecuentemente, consideramos que el extremo mencionado en el literal f) de los “Fundamentos de Procedencia del Recurso de

La sola invocación del precepto que se estima aplicado indebidamente sin fundamentar con claridad y precisión como debería ser la aplicación de la norma invocada, no satisface el requisito de fondo contemplado en el artículo 388 del C.P.C. (CAS. N° 256-95 -LIMA, del 04 de octubre de 1995).

(8) No son susceptibles de denunciarse la inaplicación de normas de carácter procesal al amparo del inciso segundo del artículo trescientos ochenta y seis de la ley procesa por no ser éstas normas de derecho material. (CAS. N° 1157-95-CONO NORTE/LIMA, del 23 de mayo de 1996).

Es improcedente invocar la violación de normas procesales bajo la causal de inaplicación de una norma de derecho material. (CAS. N° 888-96-CUSCO, del 28 de octubre de 1996).

(9) Las causales de aplicación indebida e inaplicación deben estar referidas a normas de derecho material y no a las consideraciones del fallo, ni a las normas de derecho procesal, menos a normas estatutarias, pues estas últimas sólo rigen para los miembros de la entidad recurrente. (CAS. N° 635-95-LIMA, del 28 de mayo de 1996).

Casación” de la Sentencia de la Corte Suprema –esto es, la causal de **inaplicación** del numeral 7 del artículo 73 de la LGA– debió estar excluido de la misma, por tratarse de un extremo del recurso, a todas luces improcedente.

3.2. Desde el punto de vista sustancial

Previamente al análisis de los temas que fueron objeto de pronunciamiento de la Corte Superior y Corte Suprema, consideramos necesario establecer el marco legal en el que la controversia suscitada entre PROVIAS Departamental y COSAPI – TRANSELI fuera sometida a un proceso arbitral, así como, desarrollar algunos conceptos importantes que, a nuestro entender, debieron considerarse para resolver la demanda de anulación de laudo arbitral; entre ellos, el convenio arbitral, la arbitrabilidad de las materias sometidas a arbitraje, la teoría del *ius imperium* del Estado y el enriquecimiento sin causa.

a) *El arbitraje y el Estado*

De acuerdo al artículo 63 de la Constitución Política del Perú, el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relaciones contractuales a arbitraje, sea nacional o internacional, en la forma que disponga la ley.

Por otro lado, el artículo 2 de la LGA señala que pueden someterse a arbitraje nacional o internacional, las controversias derivadas de los contratos que celebre el Estado peruano con nacionales o extranjeros, e incluso aquellos que celebren las personas jurídicas de derecho público entre sí.

En ese sentido, la normativa de Contratación Pública (entiéndase, Ley N° 26850 – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento) establece al arbitraje como *mecanismo obligatorio de solución de conflictos* para contrataciones del Estado. Lo cual, nos debería llevar a reflexión, toda vez que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos esencialmente privado, al cual las partes se someten de forma voluntaria y no obligatoria. Sin embargo, tal como está previsto parecería que tiene por finalidad asegurarles a los particulares (proveedores de bienes, servicios u obras) que ante un conflicto que pueda

surgir en la ejecución de los contratos que tengan suscritos con el Estado, éstos serán sometidos a un proceso arbitral en la que el Estado actuará en igualdad de condiciones que los particulares y que la decisión que resuelva sus conflictos estará a cargo de un tercero (árbitro), debiendo su fallo ser respetado y cumplido por el propio Estado y los particulares⁽¹⁰⁾.

Al respecto, cabe precisar que el Tribunal Constitucional ha reconocido al arbitraje como una jurisdicción de carácter privado, que goza de absoluta autonomía e independencia, debiendo protegerse de cualquier intromisión proveniente del Poder Judicial, con la finalidad que los árbitros puedan cumplir a plenitud y sin interferencias su propósito de resolver los conflictos de interés que las partes le han encargado de forma voluntaria o como lo disponga la ley⁽¹¹⁾.

b) El convenio arbitral

De acuerdo a la LGA, el convenio arbitral es el acuerdo de las partes por el cual deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual. Es decir, independientemente que haya surgido o no la controversia, las partes establecen en el convenio arbitral el sometimiento de aquellas a un proceso arbitral.

Sin embargo, conforme lo señalamos anteriormente, la normativa de Contratación Pública ha establecido que el convenio arbitral se incluya como cláusula obligatoria en las contrataciones que efectúa el Estado cuando adquiera bienes o contrate los servicios u obras con terceros. Al respecto, el literal b del artículo 41 del Texto Único Ordenado

(10) Según ARRARTE y PANIAGUA, “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, 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 encuentran detrás del conflicto”. ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y PANIAGUA GUEVARA, Carlos, “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Magna, N° 4, Lima, 2007, p. 125.

(11) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Arbitraje y Jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Grijley, Lima, 2005, N° 2, p. 17.

de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM dispone que:

“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 obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para tal efecto”.

Como puede observarse, la citada norma es un mandato imperativo e irrenunciable que obliga a incluir un convenio arbitral en las contrataciones que efectúa el Estado, por lo que no existe la posibilidad que las controversias derivadas durante la ejecución de este tipo de contratos sean resueltas por el órgano jurisdiccional (Poder Judicial), por tanto, si una de las partes (Estado o contratista) decide someter dichas controversias al órgano jurisdiccional, éste tendría que declararse incompetente –incluso de oficio– para conocer aquellas controversias que fueron excluidas de su competencia por mandato legal.

Asimismo, puede apreciarse que no sólo se establece la obligatoriedad del arbitraje⁽¹²⁾ como mecanismo de solución de conflictos en

(12) Consideramos que la obligatoriedad de incluir un convenio arbitral en las contrataciones del Estado, no implica afectación alguna a la voluntariedad del arbitraje, toda vez que ningún

las contrataciones del Estado, sino también que se excluye como materia arbitrable, a los adicionales de obra, respecto de los cuales se establece que la Contraloría General de la República será la encargada de ejercer un control previo y resolver conforme a sus procedimientos (éste último punto lo analizaremos más adelante cuando tratemos sobre la materia arbitrable).

Cabe precisar, que el citado artículo 41 abarca aún más, pues señala que aún cuando no se haya incluido la cláusula arbitral en los contratos, se deberá entender incorporado de pleno derecho la cláusula arbitral establecida en el artículo 274 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el cual establece que:

“Artículo 274.- Convenio arbitral

(...)

Si en el contrato no se estipula que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá en un arbitraje ad hoc, el mismo que será regulado, en defecto de las partes, por los propios árbitros.

Si las partes no cumplen con incorporar el convenio arbitral correspondiente para desarrollar un arbitraje ad hoc, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto:

‘Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran 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 resaltado es nuestro)

En estricto, las partes pueden optar por encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral de confor-

proveedor de bienes, servicios u obras está obligado a contratar con el Estado; y, aquellos que sí pretenden contratar con el Estado conocen (desde antes de presentar sus propuestas) que deben aceptar la condición de incluir un convenio arbitral en los contratos que suscriban con el Estado.

midad con sus reglamentos, a cuyo efecto, puede incorporarse el convenio arbitral tipo correspondiente en el contrato. Si no se opta por una institución arbitral, la controversia se resolverá mediante un arbitraje ad hoc, cuyo procedimiento será regulado por las partes y en su defecto por los árbitros. Sin embargo, si no se ha previsto convenio arbitral alguno en el contrato, la norma establece que se tendrá incorporado de pleno derecho la cláusula modelo señalada en el artículo 274 del Reglamento.

Nótese que la intención de dicha cláusula es que *todas las controversias surgidas durante la ejecución de este tipo de contratos sean resueltas mediante arbitraje*, sin establecer límite alguno respecto a aquellas materias que pueden ser o no arbitrables.

c) *Lo arbitrable y lo no arbitrable*

La importancia de determinar el campo de lo arbitrable o no arbitrable está relacionado con la eficacia propia de la institución arbitral, toda vez que el definir qué materias pueden ser sometidas a arbitraje, constituye un requisito de validez y eficacia del convenio arbitral, lo cual a su vez, establece un límite a la facultad de las partes y define la competencia de los árbitros; en cambio, la no arbitrabilidad de ciertas materias exceptuadas por la LGA, originará una serie de impugnaciones del convenio y/o laudo, así como de oposición al reconocimiento y ejecución del mismo.

Sin embargo, cabe precisar que las materias no son arbitrales porque las partes así lo convengan. Por lo menos, no sólo por eso. Sobre el particular, Arias Lozano⁽¹³⁾ precisa que para determinar las materias que son susceptibles de arbitraje, dos han sido tradicionalmente los criterios utilizados en el Derecho Comparado: El criterio de libre disposición conforme a derecho y el criterio de la patrimonialidad.

De acuerdo a la primera corriente, será arbitrable toda pretensión en la cual la demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia

(13) Citado por CAMPOS MEDINA, Alexander, "La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, Lima, 2006, pp. 317-318.

de la fuente u origen. En ese sentido, Montero Aroca⁽¹⁴⁾ precisa que la libre disponibilidad de una materia tiene que ver con las pretensiones que se ventilen en un arbitraje y que de ellas se desprenda la titularidad de verdaderos derechos subjetivos, de modo tal, que quien aparezca como actor tiene que afirmar la titularidad del derecho y al mismo tiempo imputar la titularidad de la obligación al demandado.

Por otro lado, el criterio de patrimonialidad no nos dice otra cosa que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable, con lo cual volvemos nuevamente a una forma de libre disposición⁽¹⁵⁾.

Pero si la arbitrabilidad de una pretensión debe partir necesariamente del análisis de la relación jurídica que le sirve de base, que por lo general es contractual o convencional, ello no implica que se limite a ésta: lo arbitral no se limita a lo convencional⁽¹⁶⁾, y una prueba de ello es que dentro de la función jurisdiccional es posible verificar si la materia es arbitrable *per se*, y no sólo porque las partes así lo hayan acordado.

(14) MONTERO AROCA, Juan, *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley N° 60/2003 de 23 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2004, p. 117.

(15) El artículo 1 de la Ley General de Arbitraje señala que “(...) pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuáles 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 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.

(16) CAMPOS MEDINA, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa(...)”, cit., p. 322.

Asimismo, el artículo 9 de la LGA precisa que las partes pueden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido no sólo respecto de una relación jurídica contractual; sino también de aquellas no contractuales.

Para mayor abundamiento, el numeral 7 del artículo 73 de la LGA otorga al Juez que conoce del recurso de anulación, la potestad de anular de oficio el laudo, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, de manera manifiesta, objeto de arbitraje de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 de la LGA, con lo cual nos está anticipando que puede existir una materia no arbitrable, más allá que las partes voluntariamente la hayan sometido a arbitraje o al margen que éstas tácitamente hubiesen consentido su *arbitrabilidad* al no prestar su expresa oposición al respecto.

Pero por otro lado, también es posible que las relaciones jurídicas no contractuales (que no derivan directamente de un contrato) sean materia de arbitraje, en la medida, claro está, que no constituyan supuestos prohibidos por la ley para tal efecto. De acuerdo a ello, por ejemplo, los adicionales de obra podrían ser objeto de arbitraje, toda vez que éstos trabajos se manifestaron en el desarrollo de una relación contractual (contrato de obra), sin que las partes lo pudieran haber previsto al momento de la suscripción del contrato.

d) La teoría del ius imperium del Estado

Según esta teoría, si el Estado interviene soberanamente, con *ius imperium*, nos encontramos dentro de lo que se define como Derecho Público; y cuando las relaciones son entre particulares o entre éstos y el Estado, que no interviene con *ius imperium*, nos encontramos frente al Derecho Privado. La diferencia, entonces, no radica en el sujeto sino en la potestad con la que interviene el Estado.

Sologuren Calmet⁽¹⁷⁾ hace referencia a que en el Derecho Romano, dentro de la etapa que corresponde a las Doce Tablas, de Ulpiano, surge la clásica distinción entre el derecho público y el derecho privado. Fue precisamente Ulpiano quien adoptó y definió por primera vez tal distinción: *Se llama derecho público al que trata del gobierno de los romanos y privado al que se refiere a la utilidad de los particulares*⁽¹⁸⁾.

(17) SOLOGUREN CALMET, Hugo, "Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado", en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 5, Lima, 2007, p. 84.

(18) Enciclopedia Jurídica Ameba, T. VIII, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 167.

La doctrina de la inmunidad, según Bullard González⁽¹⁹⁾, es invocada para impedir que una corte o tribunal ejerza jurisdicción o capacidad de decidir una controversia o ejecutar una decisión a la que se hubiese arribado, basándose en el mero hecho que una de las partes es el Estado.

Esta doctrina ha venido perdiendo terreno frente a la distinción existente entre la actividad soberana y la actividad comercial del Estado, es decir, entre actos denominados de *iure imperium* y actos de *iure gestionis*, con lo que se excluye a estos últimos del ámbito inmune del Estado cuando éste actúa como un particular más. Estos últimos serían los actos de comercio del Estado en los que tiene la condición de comprador/vendedor de bienes o contratante de servicios, ya sea como contratista o como entidad misma.

Es más, el mencionado autor puntualiza⁽²⁰⁾ que incluso en lo relativo a la teoría de los actos del Estado, en los que no cabe duda que revisten el amparo del *ius imperium*, “la regla es que si el Estado consintió explícita o implícitamente el arbitraje no puede liberarse del mismo, entendiéndose el pacto como una renuncia a cualquier restricción a la arbitrabilidad del conflicto”.

Siendo perfectamente arbitrables los actos del Estado cuando actúa como un particular en el desarrollo de relaciones comerciales, a veces es el propio Estado quien ha tratado de evitar que ciertas materias sean sometidas a arbitraje, bajo el sustento que se encuentran en juego fondos públicos o que no tiene la disponibilidad de los mismos, argumento que poco a poco pierde sustento, dada la naturaleza de la contratación: el hecho de disponer o no de fondos públicos o que estos se vean comprometidos en un contrato de obra o de servicio, en nada varía la naturaleza de la relación contractual y las obligaciones derivadas (directa o indirectamente) de aquél.

En el caso materia de análisis, la imposibilidad de someter a arbitraje aspectos relativos al *ius imperium* del Estado fue el argumento jus-

(19) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “Enemigos íntimos, El Arbitraje y los Contratos Administrativos”, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Grijley, Lima, 2006, pp. 177-178.

(20) *Ibidem*, p. 187.

tificante para determinar la prohibición de resolver a través del arbitraje, las controversias que pudieran haberse derivado de los adicionales de obra que no hubieren sido aprobados previamente por la Contraloría General de la República⁽²¹⁾, lo cual, como veremos más adelante, no es correcto, toda vez que el contratista al someter dicha controversia a arbitraje únicamente buscó hacer valer un derecho válido y legítimo que consideraba exigible o reclamable en dicha vía (solicitar el pago de prestaciones o trabajos adicionales ejecutados) y no enfrentarse a la Contraloría ni mucho menos cuestionar el *ius imperium* que tiene en el ejercicio de sus funciones.

e) *El enriquecimiento sin causa*

Independientemente de las diferentes teorías que traten de explicar la naturaleza jurídica del *enriquecimiento sin causa*⁽²²⁾, consideramos que dicha figura legal se sustenta básicamente en un principio de equidad que prohíbe enriquecerse a expensas y detrimento de otro, sea dentro o fuera de una relación contractual.

Por ejemplo, estaremos ante un supuesto de enriquecimiento sin causa cuando en la ejecución de un contrato, una de las partes puede enriquecerse indebidamente respecto de prestaciones que fueron ejecutadas y respecto de las cuales no existió un acuerdo en el precio; asimismo, puede ocurrir que se han ejecutado todas las prestaciones y el contrato sea declarado nulo, en este caso también se configurará un supuesto de

(21) De acuerdo al numeral 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, nadie duda que no pueden ser sometidas a arbitraje “las atribuciones o funciones directamente concernientes al *ius imperium* del Estado o las atribuciones o funciones de entidades de derecho público”; sin embargo, en el caso específico, en el proceso arbitral no se cuestionó la decisión de la Contraloría General de la República en el ejercicio de sus funciones, sino que se discutió el reconocimiento de pago de los trabajos adicionales ejecutados por el contratista a favor de una entidad estatal, lo cual se encontraría amparado a través de una pretensión por enriquecimiento sin causa, que sí constituye una materia arbitrable.

(22) Según CAMPOS MEDINA, las diferentes teorías podrían ser agrupadas de la forma siguiente: i) aquellas que asimilan el enriquecimiento sin causa a alguna otra “fuente de las obligaciones” (o también llamados cuasicontratos como la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual); ii) aquellas que postulan que el enriquecimiento sin causa es una “fuente de obligaciones propia e independiente”; y, iii) aquellas que señalan que el enriquecimiento sin causa es en realidad un principio que informa el ordenamiento jurídico en general”. CAMPOS MEDINA, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa (...)”, cit., p. 311.

enriquecimiento sin causa, por lo que en principio, y siempre que dicha nulidad no se deba a algún acto imputable a la contratista, se tendrían que pagar las prestaciones ejecutadas.

En ese sentido, conforme a lo previsto en la normativa de Contratación Pública, en la cual se señala que “toda controversia derivada de la ejecución del contrato será sometida a arbitraje”, en estricto, los trabajos adicionales derivados de estos contratos pueden ser amparables a través de una pretensión de enriquecimiento sin causa, más aún tratándose de trabajos de emergencia, como ocurrió en el caso materia de análisis.

Después de haber establecido ciertos conceptos y criterios que se deben tener en cuenta para el caso materia de análisis, procederemos a emitir nuestros comentarios al respecto.

3.2.1. ¿La materia es arbitrable sólo porque así lo convinieron las partes?

Un primer punto sobre el cual se pronuncia la Corte Suprema declarando fundado el recurso de casación, es que al haberse previsto el enriquecimiento sin causa como uno de los puntos controvertidos del proceso arbitral, no se está incurriendo en la causal contenida en el inciso 2 del artículo 73 de la LGA, porque el árbitro al momento de laudar, *lo ha tenido en cuenta dentro del proceso*, y por ende, no se estaría vulnerando el derecho de defensa de alguna de las partes.

En segundo lugar, la Corte Suprema precisa que la materia es arbitrable, pues PROVIAS Departamental no formuló oposición alguna⁽²³⁾, por lo que hubo convalidación tácita, de que la materia fuera sometida a un proceso arbitral, según lo previsto por el tercer párrafo del artículo 172 del CPC, aplicado supletoriamente.

Veamos. El numeral 2 del artículo 73 de la LGA precisa que el laudo podrá ser anulado si se prueba que se ha impedido a alguna de las

⁽²³⁾ A pesar de esta afirmación por parte de la Sala Suprema, en la Sentencia emitida por la Corte Superior mediante la cual se declaró la anulación del Laudo Arbitral, se hace mención a una excepción de incompetencia deducida por PROVIAS, con lo cual sí habría existido una oposición expresa de dicha entidad estatal a que la materia sea resuelta en la vía arbitral, pero que finalmente fue desestimada por el propio árbitro en virtud de sus facultades de determinación de competencia.

partes, por cualquier razón, hacer valer sus derechos en el proceso, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa. Pero, dicha norma, establece un requisito adicional, y es que el incumplimiento u omisión objeto del reclamo tiene que haber sido puesto de manifiesto de manera expresa y oportuna por la parte afectada, sin que haya sido subsanado oportunamente.

Existe discusión sobre si la oportunidad de manifestar un reclamo de esta índole debe ser previa a la emisión del laudo (es decir, en cualquier etapa previa al pronunciamiento arbitral) o si es posible hacerlo recién con la interposición del recurso (o demanda) de anulación del laudo. Hemos tenido oportunidad de conocer recursos de anulación de laudo declarados procedentes, en los que se sustenta que este último requisito (manifestación previa del agravio) no es necesario cuando la infracción, incumplimiento u omisión, no se ha producido durante el proceso arbitral, sino recién con la emisión del propio laudo, interpretando que al no mantenerse el principio de congruencia entre lo actuado en el proceso y lo laudado o por motivación defectuosa del laudo, se habría afectado indirectamente el derecho de defensa de la parte que acciona.

Y es que la redacción del numeral en cuestión, se presta al *cajón de sastre*, toda vez que pretendiendo ser una causal taxativa de anulación, deja, sin embargo, a los actores la posibilidad de sustentar el agravio específico en “cualquier otra razón” distinta a *la notificación indebida de la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales*, que produzca la vulneración del derecho de defensa de las partes.

En el caso en particular, el sustento de la Corte Suprema para declarar fundado el recurso de casación ha sido otro, aunque relacionado con lo expuesto anteriormente.

La Corte Suprema señala que al haberse considerado dentro de los puntos controvertidos el tema del enriquecimiento sin causa por los trabajos de emergencia ejecutados y no pagados, éste deviene en una materia arbitrable, más aún, cuando dicho extremo no ha sido cuestionado por PROVIAS Departamental en el transcurso del proceso arbitral, (o, por lo menos, habiendo sido cuestionado, no fue declarada fundada la excepción de incompetencia planteada por la demandada).

En pocas palabras, lo que la Corte Suprema ha querido decir, es que si las partes convienen en establecer como punto controvertido determinada materia, entonces la misma, es arbitrable. ¡Cuidado! Si bien es cierto que PROVIAS Departamental no se habría opuesto a que el enriquecimiento sin causa formara parte de los puntos controvertidos (aunque sí habría planteado una excepción de incompetencia), no compartimos el criterio de que sólo lo contractual o convencional es arbitrable.

En el caso que nos ocupa, la Corte Superior (Sala Comercial) declaró nulo el laudo arbitral básicamente por que (...) *el convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa* (...), en aplicación estricta del artículo 53 de la LGA que señala que serán arbitrables “las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato”.

Es decir, teniendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta a la convencional (la ley), la Sala Comercial (o Corte Superior) concluyó que su discusión en sede arbitral se encontraría excluida de un convenio arbitral que expresamente no lo habría incorporado.

El sustento de la Corte Suprema, en este extremo, a nuestro entender también quedó flojo, pues pudo abarcar más allá que la simple verificación de los puntos controvertidos del proceso arbitral o la (supuesta) falta de oposición de PROVIAS Departamental a que el enriquecimiento sin causa, en razón de haberse ejecutado trabajos adicionales de emergencia, fuera o no una materia arbitrable, teniendo en cuenta las facultades de oficio que el numeral 7 del artículo 73 de la LGA le atribuye al Juez que conoció del recurso de anulación. Probablemente, su competencia casatoria limitó un análisis más profundo de este interesante tema.

Pero, al margen del origen o fuente de las obligaciones que rigen las relaciones jurídicas entre las partes ¿se puede concluir de manera determinante en el presente caso, que las partes acordaron someter a arbitraje la solución de aquellas controversias que se referían exclusivamente a un origen contractual?, ¿fue esa la expresión indubitable de la voluntad de las partes?, ¿no resultaría más razonable pensar que la voluntad de las partes fue la de someter a arbitraje toda discrepancia

relacionada con la ejecución del contrato sea cual fuere su origen o la fuente de las obligaciones que pudieran regir sus relaciones jurídicas?

Por otro lado, surge una cuestión adicional: en el caso en particular ¿La materia sometida a arbitraje realmente pertenecía al ámbito del *ius imperium* del Estado?; ¿La controversia se refería a cuestionar el *ius imperium* que tiene la Contraloría General de la República para la aprobación de los trabajos adicionales, o lo que se sometió a arbitraje fue el reconocimiento de los trabajos ejecutados, los cuales debían ser pagados, amparándose dichas pretensiones en un supuesto enriquecimiento sin causa?

3.2.2. El numeral 7 del artículo 73 de la LGA, y los límites del Juez para analizar el fondo de la controversia de manera indirecta.

De acuerdo a lo señalado en la LGA, la anulación del laudo sólo procede por las causales taxativamente señaladas en su artículo 73, las mismas que deben ser interpretadas de manera restrictiva, puesto que la finalidad del recurso de anulación es la revisión de la validez del laudo arbitral sin entrar a analizar el fondo de la controversia.

Por tanto, las causales que dan lugar a la anulación de un laudo deben ser expresamente alegadas y probadas por la parte que interpone el recurso de anulación, salvo que la propia ley autorice al Juez a aplicar de oficio alguna causal de manera excepcional, ello cuando verifica que la materia sometida a la decisión de los árbitros no debió ser objeto de arbitraje conforme a lo establecido en el artículo 1 de LGA.

En el caso específico, la Corte Suprema consideró que al haberse laudado sobre los puntos controvertidos determinados en el proceso arbitral, no se habría incurrido en la causal establecida en el numeral 7 del artículo 73 de la LGA, más aún, que de acuerdo al propio Contrato de Obras, en la cláusula catorce se habría previsto que todas las controversias surgidas por las partes se solucionarían mediante arbitraje conforme a lo señalado en el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En este sentido, al anular el laudo, la Corte Superior habría infringido el artículo 61 de la LGA, toda vez que se habría pronunciado sobre el fondo de la controversia –aquellas pretensiones amparadas como

enriquecimiento sin causa por los trabajos adicionales ejecutados-, cuando del propio laudo se observa que dichas pretensiones han sido consideradas como materia arbitrable por parte del árbitro.

Sobre el particular, Boza Dibós⁽²⁴⁾ señala que: “(...) las determinaciones del árbitro tanto en cuanto a los hechos materia de la controversia como a la interpretación que haga del Derecho aplicable y las conclusiones jurídicas a las que llegue, por más erradas que éstas pudieran estar, son inamovibles. La tarea de la Corte se limita, pues, a revisar la forma, más no el fondo del asunto (...)”.

En ese orden de ideas, el fallo de la Corte Suprema, determinó que la Corte Superior sólo se debió limitar a revisar la validez del laudo, no debió reexaminar el fondo de la controversia, puesto que la apreciación de los hechos o la aplicación del derecho es competencia del árbitro y por ningún motivo puede modificarse lo decidido por él en el laudo, salvo que se pueda apreciar de manera manifiesta que la materia sometida a decisión del árbitro no pudo ser, valga la redundancia, arbitrable.

El recurso de la anulación de laudo arbitral, tal como está regulado en la LGA, es un recurso de carácter extraordinario, de tal forma que las posibilidades de que el laudo sea revisado judicialmente, se encuentran taxativamente limitadas.

Aramburú Yzaga⁽²⁵⁾ –comentando que el efecto de cosa juzgada implícito en el laudo se afectaría si éstos pudieran anularse por causales no previstas en la ley– señala que el derecho a la tutela judicial efectiva requiere que tanto las decisiones judiciales firmes como los laudos, se cumplan, no pudiendo los órganos judiciales dejar sin efecto, éstos o aquellas (citando a CREMADES) *fuera de los cauces taxativamente previstos*.

Y ello responde a que por medio del recurso de anulación no es posible el reexamen de la causa, o en otras palabras, la revisión judicial

(24) BOZA DIBÓS, Beatriz, “Reconocimiento y Ejecución en el Perú de Laudos Arbitrales Extranjeros”, en: *Themis*, N° 16, Lima, 1990, p. 63.

(25) ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego, “La Anulación de un laudo arbitral. A propósito de una acertada decisión de la Corte Suprema”, en: *Jus Jurisprudencia*, Grijley, Lima, p. 94.

del fondo de la controversia, que ya fue meritado y resuelto por los árbitros de manera definitiva. Por ello, es que el recurso de apelación y el de anulación de laudo son incompatibles entre sí, toda vez que el primero tiene como objeto la revisión del tema controvertido de fondo, mientras que el segundo presupone la invalidez del laudo, por lo que busca la revisión de su validez sin entrar al fondo de la controversia⁽²⁶⁾.

Ahora bien, si el Juez (o la Corte Superior, en este caso) se encuentra prohibido de revisar el fondo de la cuestión, y sólo puede pronunciarse por la validez del laudo en base a una de las causales taxativas establecidas en la ley, **¿el inciso 7 del artículo 73 de la LGA, al establecer la potestad de verificar y pronunciarse sobre la arbitrabilidad de la controversia, está permitiendo la revisión indirecta del fondo?**

Pareciera, y así lo han considerado algunos, que dicha norma otorga una facultad exorbitante al Juez para analizar si la materia controvertida es arbitrable o no, pudiendo evaluar incluso el tema de fondo. Sin embargo, ello no es correcto.

El numeral 7 del artículo 73 de la LGA, hace una remisión expresa al artículo 1 de la citada Ley, el cual señala que 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, con excepción de cuatro supuestos puntuales, uno de los cuales (y que resulta relevante a nuestro caso) es el que se refiere a las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Es decir, el Juez únicamente debe verificar si, *de manera manifiesta*, la materia sometida a decisión del árbitro, era o no arbitrable en base a los supuestos de excepción previstos en el artículo 1 de la LGA, sin que ello se traduzca en una revisión del fondo de la controversia. Es claro, que el Juez va a tener que analizar la materia controvertida para poder concluir si ésta es o no arbitrable, pero la norma no permite que el Juez resuelva nuevamente el tema de fondo que ya mereció el pronunciamiento definitivo del árbitro o del tribunal, limitándose tan solo a la revisión de su validez.

(26) Artículo 61 de la Ley General de Arbitraje.

El artículo 61 de la LGA es claro en precisar que está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia en vía de anulación, por lo que el numeral 7 de artículo 73 de la Ley permite al Juez interpretar si estamos o no frente a una materia arbitrable, sin que ello deba significar un pronunciamiento sobre el fondo.

3.2.3. *¿Cuál habría sido entonces el exceso cometido por la Sala Superior al declarar nulo el laudo arbitral?*

Ahora bien, y volviendo a nuestro caso, dentro de la interpretación de la Corte Superior, la materia sometida a decisión del árbitro no era arbitrable, porque consideró que la misma se encontraba dentro de los alcances del numeral 4 del artículo 1 de la LGA (ius imperium del Estado). En efecto, la Corte Superior consideró que la controversia relacionada al pago de trabajos adicionales de obra en un contrato sujeto a las normas de contratación pública, era una cuestión de ius imperium, en virtud, según la Corte, de que es la Contraloría de la República la entidad encargada de su aprobación.

De acuerdo a lo señalado en el artículo 2 de la LGA, en principio, toda controversia que se suscite entre una entidad estatal y un particular, podrá ser sometida a arbitraje.

De igual forma, en los contratos administrativos regulados bajo la normativa de Contratación Pública, en los que se ha establecido la obligatoriedad del arbitraje en este tipo de contratos, se ha previsto incluso que en caso las partes no hayan establecido un convenio arbitral se entenderá incorporado de pleno derecho la cláusula modelo del Reglamento, el cual señala que: “Todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad o 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”.

Esta regla (*toda controversia, todos los conflictos*) contiene algunas excepciones establecidas legalmente. Una de esas excepciones es la establecida en el numeral 4 del artículo 1 de la LGA: No son arbitrables las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Para la Sala Superior, el literal k del artículo 22 de la Ley N° 27785, mediante el cual se establece como atribución de la Contraloría General de la República otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, constituye un claro ejemplo de *ius imperium*, y por tanto, el reclamo por enriquecimiento sin causa derivado no debió ser materia del laudo.

Esto se sustenta, a decir de la Sala Superior, en el artículo 23 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en el que se establece que las decisiones que emita la Contraloría General, en 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 podrá ser objeto de arbitraje, así como las controversias que versen sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k del artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General.

Con lo cual la discusión ya no se centra únicamente en si el convenio arbitral, tal como se redactó y pactó, puede incluir a aquellas controversias que tengan una fuente de obligaciones distinta a la contractual, sino que además, aceptando que dichas controversias tienen como fuente de obligaciones a la ley, no pertenecen a materias de libre disposición de las partes, sino por el contrario, a atribuciones de imperio del Estado.

Respecto al primer punto, reiteramos que debe primar la razonable intención de las partes al momento de celebrar el convenio arbitral, en concordancia con los supuestos prohibitivos que establece la ley. No se desprende otra cosa del convenio arbitral que la intención de las partes de someter a arbitraje **toda** controversia derivada de la ejecución del contrato, sea que las relaciones jurídicas de donde nazca dicha controversia contengan una fuente contractual de obligaciones o una legal.

Con relación al segundo punto, consideramos que la Corte Suprema hace bien en señalar que el laudo no ha incurrido en causal de nulidad contenida en el numeral 7 del artículo 73 concordado con el numeral 4 del artículo 1 de la LGA, toda vez que de acuerdo al artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (norma aplicable a la relación contractual de las partes) se establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del Contrato

se regulan mediante conciliación o arbitraje, siendo ésta una disposición que no admitiría trato diferenciado ni disposición en contrario.

Es posible que algunos puedan señalar que la ley le ha otorgado la potestad a la Contraloría General para ejercer una atribución de control externo previo o excluyente del arbitraje, en el caso de presupuestos adicionales que superen el 10% de la obra, en razón a esa facultad tuitiva cuando se trata de manejar y proteger los recursos del Estado, que no negamos que podría ser un interesante medio de control, sobre todo para quienes asesoramos al Estado. Pero tampoco dejamos de advertir que podría generar una evidente incursión de un órgano contralor (funcionalmente hablando) en temas propios de gestión de la entidad en ejercicio de su derecho a contratar como un particular más⁽²⁷⁾.

Para Arrarte Arisnabarreta y Paniagua Guevara⁽²⁸⁾ carece de sentido afirmar que: “Si las obras adicionales exceden una valla porcentual del valor contratado, se deba tener en cuenta que los fondos involucrados son públicos, y en consecuencia, indisponibles (...) argumento que 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”.

El Estado en este caso, no está actuando en ejercicio de su *ius imperium*, sino de su *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 que autorice un tratamiento diferenciado frente a los demás agentes económicos”. La mayor o menor cantidad de recursos asignados, a decir de los autores, no cambia la naturaleza ni el carácter disponible de la controversia⁽²⁹⁾.

Hubiese sido interesante en ese sentido, que la Corte Suprema desarrollara más el tema de la materia arbitrable contraponiendo los

(27) ORTEGA PIANA, Marco Antonio, incluso es mucho más directo al señalar que “en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido *ius imperium* alguno, por lo que no es eso razón suficiente que permita justificar la exclusión del Arbitraje”, citado por BULLARD GONZÁLEZ, “Enemigos íntimos, El Arbitraje y los Contratos Administrativos”, cit., p. 188.

(28) ARRARTE ARISNABARRETA y PANIAGUA GUEVARA, “Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable (...)”, cit., p. 137.

(29) *Ibidem*, p. 138.

artículos antes señalados frente a lo que se estipula en el artículo 23 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, esto es, la “inaplicabilidad del arbitraje en adicionales de obra”, de modo tal que no quedara duda alguna de que las controversias derivadas de estos adicionales, no pertenecen a imperio del Estado y son perfectamente arbitrables en la medida que constituyan un enriquecimiento indebido, aún cuando aparentemente dichas controversias no hayan sido expresamente previstas en el convenio arbitral.

Desde nuestro punto de vista, el exceso de la Sala Superior al declarar nulo el Laudo Arbitral se produjo en la identificación de lo que no era arbitrable de acuerdo a ley, con la materia que las partes sometieron a decisión arbitral. Nos explicamos.

Ya hemos visto que el artículo 22 literal k de la Ley Orgánica de la Contraloría precisa que son atribuciones de dicho organismo el 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 obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

La misma Ley precisa que no se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre las materias previstas en el literal k del artículo 22 de la Ley.

Obsérvese que ésta es una relación establecida legalmente entre la Entidad contratante y la Contraloría, en la que no participa el Contratista. La Entidad contratante es la que de acuerdo a ley debe solicitar la aprobación de los adicionales de obra, pues por definición éstos tienen por objeto lograr la finalidad del contrato y por lo tanto el requerimiento de adicionales corresponde a la Entidad⁽³⁰⁾. La aprobación es un trámite interno totalmente ajeno al Contratista, quien para ejecutar los

⁽³⁰⁾ SOLOGUREN CALMET, “Lo que se puede y no arbitrar en materia de contrataciones y adquisiciones del Estado”, cit., p. 89. Para este autor “(...) no constituye una solución viable prohibir el arbitraje, pues esto traslada indebidamente al contratista todas las consecuencias de una eventual denegatoria, pues no es él quien causó la necesidad del adicional de obra y tampoco fue responsable de su tramitación ante la Contraloría”.

adicionales de obra requiere únicamente de la indicación expresa de la Entidad. Es más, el Contratista no podría ni siquiera iniciar una acción en la vía judicial contra lo decidido por la Contraloría.

Otra relación muy distinta es la que surge entre el Contratista y la Entidad, en la que, tratándose de trabajos adicionales, el primero habría ejecutado las obras a indicación de la segunda (sin tener la obligación de saber si fueron o no administrativamente autorizados por la Contraloría), estando la Entidad, en principio, obligada a reconocer económicamente dicho trabajo.

Al margen de que la Contraloría haya aprobado o no un trabajo adicional, en el desarrollo del contrato existiría una prestación efectivamente realizada por el Contratista, que debería –en principio– ser remunerada o compensada económicamente por la Entidad contratante, más aún cuando dichos trabajos revistieron la condición de necesarios para lograr la finalidad del contrato y fueron considerados en este caso, como trabajos de emergencia.

En el presente caso, es la consecuencia de esta segunda relación la que se sometió a arbitraje y no la decisión de la Contraloría respecto a la aprobación o no de los adicionales de obra. En otras palabras, no se le pidió al árbitro que se pronunciara sobre un acto administrativo expresado en la decisión de la Contraloría, que sí podría ser discutida en la vía judicial y sería propia del imperio del Estado; sino en cambio, si habiendo el Contratista efectuado prestaciones a indicación de la Entidad, aquél tenía o no derecho a ser resarcido por dichos trabajos.

La Sala Superior, a nuestro entender, no sólo efectuó un análisis de la arbitrabilidad de la materia más allá de lo estrictamente manifiesto, sino que además identificó erróneamente la materia arbitrable, interpretando y resolviendo sobre ella, teniendo como consecuencia la declaración de la anulación del laudo en abierta infracción de lo establecido en el artículo 61 de la LGA.

3.2.4. Integridad del laudo y de las posteriores decisiones arbitrales.

Uno de los extremos de la Sentencia Casatoria se pronuncia sobre la corrección del laudo y los efectos de ésta en el plazo señalado en el primer párrafo del artículo 71 de la LGA.

El artículo 71 antes referido señala que el recurso de anulación del laudo debe interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo, ante la Corte Superior competente del lugar de la sede de arbitraje. Sin embargo, en caso de haberse 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.

En efecto, de acuerdo a lo señalado en el artículo 54 de la LGA, dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación del laudo, a solicitud de parte o por propia iniciativa de los árbitros, éstos pueden corregir errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográfico y de naturaleza similar. Dentro del mismo plazo, los árbitros pueden también integrar el laudo si se hubiese omitido resolver algunos de los puntos materia de controversia⁽³¹⁾.

Del mismo modo, el artículo 55 de la LGA permite solicitar la aclaración del laudo dentro de los cinco (5) días posteriores a su notificación, pero a diferencia del supuesto anterior, la ley sí precisa expresamente que la aclaración forma parte del laudo⁽³²⁾.

Es decir, la resolución que los árbitros emitan aclarando, corrigiendo o integrando el laudo, forma parte de este último, constituyéndose estos fallos individuales un sólo pronunciamiento arbitral definitivo. De ahí que la ley considere la notificación de las decisiones que resuelvan la aclaración, corrección o integración, como

⁽³¹⁾ Nótese lo interesante de este último párrafo: dentro de las causales taxativas de anulación del laudo se encuentra la de haber laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros (artículo 73, inciso 6, de la LGA); pero en ninguna parte se encuentra causal referida a la omisión de los árbitros de resolver alguno de los puntos controvertidos. La LGA ha preferido otorgarle un carácter subsanable de oficio a esta omisión, a través de la integración referida en el artículo 54, aún cuando somos de la opinión que la misma podría ser considerada como una afectación al derecho de defensa y, por lo tanto, sustentable como una causal de anulación de laudo a través del inciso 2 del artículo 73 de la LGA.

⁽³²⁾ Entendemos que el legislador consideró que la *corrección* y la *integración* constituyen modificaciones formales directas e inmediatas del laudo que no dejan duda alguna de su pertenencia a este último, mientras que la *aclaración* es más bien una explicación adicional del sentido en que debe ser interpretado el laudo, razón por la cual creyó necesario dejar expresamente establecido que aquella –la aclaración– forma parte integrante del laudo.

el término inicial del plazo para interponer el recurso de anulación del laudo, sin importar su sentido.

En virtud de ello, la Sentencia Casatoria declaró que la demanda de anulación no resultaba extemporánea, toda vez que se interpuso dentro de los diez (10) días siguientes de notificada la resolución que se pronunció sobre la solicitud de corrección de laudo arbitral.

3.2.5. ¿El árbitro es un litisconsorte necesario en los procesos de anulación de laudo?

Finalmente, nos resta efectuar un breve comentario sobre la participación procesal del árbitro o del tribunal en las demandas de anulación de laudo.

La Sentencia Casatoria hace bien en pronunciarse sobre la ausencia de vulneración al artículo 93 del CPC toda vez que el árbitro no fue demandado, pero ¿debió haber sido demandado? ¿no emplazar o notificar al árbitro o árbitros cuyo laudo se impugna, implica una violación a su derecho de defensa?

Definitivamente el árbitro es la persona más interesada en que el laudo emitido no sea impugnado, no sólo por un tema de integridad, de coherencia y de principios, sino porque además, el árbitro no está exento de acciones por responsabilidad de daños y perjuicios derivadas de su decisión (laudo).

El artículo 74 de la LGA precisa que la Corte Superior que conoce del recurso de anulación, sólo debe oficiar al árbitro o al presidente del Tribunal Arbitral según corresponda, para la remisión del expediente dentro del plazo de cinco (5) días de notificados, bajo un apercibimiento que particularmente no nos parece el más adecuado (multa del 50% de una (1) Unidad Impositiva Tributaria).

En ese sentido, la Corte Superior sólo está obligada a correr traslado del recurso a la otra parte para que ejerza su derecho de contradicción, no siendo necesaria, tal como está redactada la norma, la notificación del recurso o el emplazamiento al árbitro o árbitros del proceso.

4. CONCLUSIONES

1. No es posible amparar un recurso de casación sustentado en la aplicación indebida e inaplicación de una misma norma legal, ya que ambas causales son excluyentes entre sí; es decir, o se aplicó indebidamente una norma o no se aplicó; pero no es posible que se den ambas situaciones a la vez.
2. La causal de anulación de laudo prevista en el numeral 7 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, le permite al Juez verificar si de manera manifiesta, la controversia sometida al árbitro, era o no arbitrable, conforme a los supuestos de excepción establecidos en el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, impidiéndole resolver el fondo de la controversia puesto que ello ya mereció pronunciamiento definitivo del árbitro.
3. La Corte Suprema se limitó a señalar que al haberse laudado sobre los puntos controvertidos determinados en el proceso arbitral (las pretensiones respecto a los trabajos de emergencia ejecutados sin pago alguno) al cual las partes no se opusieron, no se habría infringido la causal establecida en el numeral 7 del artículo 73 de Ley General de Arbitraje, pero no desarrolló a profundidad si realmente, los trabajos adicionales no aprobados por la Contraloría General pueden ser o no arbitrables.
4. Los adicionales de obra (trabajos de emergencia) ejecutados sin la aprobación de la Contraloría General de la República, pero con aprobación e indicación expresa de la Entidad, pueden ser sometidas a arbitraje amparadas en pretensiones de enriquecimiento sin causa.
5. Después de haberse emitido el laudo, las decisiones posteriores que emitan los árbitros, sea aclarándolo, corrigiéndolo o integrándolo, forman parte del laudo, constituyéndose en un sólo pronunciamiento arbitral definitivo. Tan es así, que el cómputo del plazo para interponer el recurso de anulación comienza después de haberse notificado la resolución que aclara, corrige o integra el laudo.
6. Interpuesto el recurso de anulación, la Corte Superior no está obligada a emplazar con la demanda a los árbitros; sin embargo,

éstos pueden participar en el proceso como listisconsortes facultativos, toda vez que existe un evidente y legítimo interés en el resultado del proceso de anulación del laudo que emitió.

7. En términos generales, compartimos el fallo de la Corte Suprema, en cuanto declara fundado el recurso de casación, basado en que la Corte Superior al conocer el recurso de anulación de laudo, habría reexaminado el fondo de la controversia, lo cual, de acuerdo a lo previsto en nuestro ordenamiento, está prohibido bajo responsabilidad. ▲

✍ GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA (*)
MARIO CASTILLO FREYRE (**)

Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación del laudo arbitral Sulliden-Algamarca

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Los alcances del inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. 2.1. Efectos de las categorías jurídicas contempladas en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje. 2.2. Sobre la supuesta falta de identidad entre lo alegado en sede arbitral y lo que se alega en sede judicial. 3. La facultad del gerente general para celebrar convenio arbitral en uso de las atribuciones propias de su cargo. 4. La aplicación del artículo 167 del Código Civil.*

(*) Socio del Estudio García Calderón, Vidal, Montero & Asociados Abogados. Profesor de Derecho Internacional Privado y Arbitraje en la Universidad de Lima.

(**) Socio del Estudio que lleva su nombre. Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

NOTA: En la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE N° 6 publicamos la Sentencia de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Exp. N° 1757-2006, sobre Anulación de Laudo Arbitral, con un comentario del doctor Guillermo LOHMANN LUCA DE TENA. El comentario que en este número publicamos fue remitido al Comité Editor por los abogados de la Compañía Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca, doctores Gonzalo GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA y Mario CASTILLO FREYRE. En aras de difundir las diferentes posturas sobre un mismo caso, informamos a nuestros lectores que la sentencia que los doctores GARCÍA-CALDERÓN y CASTILLO comentan se encuentra íntegramente publicada en el N° 6 de nuestra Revista (ver: pp. 313-346).

1. INTRODUCCIÓN

Antes de proceder a desarrollar el presente artículo, es necesario aclarar que el tema relativo al Laudo Arbitral expedido por el Tribunal Sulliden – Algamarca, se presenta en el Poder Judicial en un proceso de Anulación de Laudo Arbitral, seguido por Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. (en adelante, Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca), en contra de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. (en adelante, Sulliden).

El caso en cuestión se ha convertido en el proceso arbitral más controvertido de la historia del arbitraje peruano y ha originado una serie de posiciones encontradas en la doctrina nacional, habiendo motivado la publicación de una serie de artículos de diversos juristas nacionales.

Por cuestiones relativas a nuestro ejercicio profesional, nos ha tocado formar parte de los debates originados en torno al presente caso, confrontándonos académicamente sobre ello⁽¹⁾ en una de las discusiones más relevantes, referida a los requisitos de validez del convenio arbitral, principalmente en lo concerniente a las facultades con las que debe contar un apoderado y un representante legal para suscribir válidamente un convenio arbitral en nombre de una persona jurídica.

Asimismo, en ocasión del proceso arbitral Sulliden - Algamarca, hemos tenido la oportunidad de emitir opinión, al igual que ilustres abogados del medio⁽²⁾ han opinado en uno u otro sentido.

(1) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “Buscándole tres pies al gato. Las facultades del gerente general para someter a la sociedad a arbitraje”, en: *Estudios de Derecho Societario: Libro homenaje a Enrique Elías Laroza*, Normas Legales, Trujillo, 2005, pp. 1-27, GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, “Validez del sometimiento de una persona jurídica a arbitraje”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 23, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 199-204, CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita, “Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral”, en: *Jus Doctrina & Práctica*, N° 7, Grijley, Lima, 2007, pp. 221-235.

(2) En efecto, existen sendos informes legales expedidos por distintos Estudios jurídicos del medio, entre los cuales destacan los informes expedidos por los doctores Jorge Avendaño Valdez, Manuel Diego Aramburú, Oswaldo Hundskopf Exebio, Jaime Heredia Tamayo, Nelson Ramírez Jiménez, Juan Monroy Gálvez, Manuel de la Puente y Lavelle, Eduardo

No obstante, la riqueza del caso aún suscita nuevas controversias y nuevos debates entre reconocidos profesores. En esta oportunidad, la discusión gira en torno a la Sentencia expedida por la Primera Sala Sub-especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 1757-2006), la cual ha sido motivo de crítica por nuestros distinguidos colegas el doctor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena⁽³⁾ y el doctor Alfredo Bullard González⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾, en cuanto a la interpretación realizada por la Sala en lo referente al inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (en adelante, Ley General de Arbitraje) y en torno a los alcances del inciso 3 del artículo 167 del Código Civil.

2. LOS ALCANCES DEL INCISO 1 DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

La interpretación esbozada por el doctor Lohmann en torno a los alcances del inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, apunta a afirmar que en la medida que Minera y Exploraciones Algamarca no habrían realizado oposición al arbitraje alegando la causal de invalidez, sino sólo las causales de ineficacia e inexistencia del convenio arbitral, no existiría identidad entre lo pedido en sede arbitral y lo planteado en sede judicial.

En efecto, el doctor Lohmann afirma que la nulidad implica únicamente invalidez y que no existió identidad entre lo pedido por Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca en sede arbitral y en sede judicial.

Barboza Beraún, Marcial Rubio Correa, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, Javier de Belaunde López de Romaña, Ana María Arrarte Arisnabarreta, Gonzalo García-Calderón Moreyra, Mario Castillo Freyre, entre otros.

- (3) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, “Una cuestionable anulación de Laudo arbitral”, en: *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 110, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 85-110.
- (4) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y CHAN ARELLANO, Alberto, “¿Es Clark Kent Superman? La identidad secreta del gerente general”, en: *Ius et Veritas*, N° 35, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008, pp. 92-106.
- (5) Cabe señalar que ambos letrados han asesorado a Sulliden, al igual que resulta necesario precisar que quienes escribimos estas páginas hemos asesorado y seguimos asesorando a Minera y Exploraciones Algamarca. Es así que, obviamente, este debate no es sólo de naturaleza académica, sino también profesional.

Al respecto, debemos recordar que el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 73.- “*Causales de anulación de los laudos arbitrales*

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

- 1) La nulidad del convenio arbitral, *siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39 (...)*. (El resaltado es del autor).

Como se puede apreciar, el texto expreso de la norma hace referencia al artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, al condicionar el derecho de una de las partes de acudir a la jurisdicción del Poder Judicial para solicitar la anulación del laudo arbitral, al hecho que haya cuestionado la validez del convenio dentro del propio proceso arbitral, de conformidad con lo establecido por el referido artículo 39.

Por su parte, el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje alude a la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, en caso surjan cuestionamientos de las partes respecto al convenio arbitral, en cuatro supuestos específicos, cuales son: (1) la inexistencia; (2) la ineficacia; (3) la invalidez; y (4) que no esté pactado el arbitraje para resolver la controversia.

En efecto, el referido artículo 39 establece lo siguiente:

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*". (El resalado es del autor).

2.1. Efectos de las categorías jurídicas contempladas en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje

Si bien la doctrina intenta establecer las diferencias entre las distintas categorías jurídicas, no es menos cierto que dichas diferencias encuentran muchas veces delimitaciones que no resultan claras y que llevan a confusión. No obstante ello, debemos reconocer que el doctor Lohmann intenta asimilar la figura de la *nulidad*, en los términos del inciso 1 del artículo 73, a la categoría jurídica de la *invalidez*, contemplada por el citado artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.

Sin embargo, debemos tener en cuenta las particularidades de la institución arbitral, su naturaleza jurídica, la necesidad de convertirse en el pilar jurídico de la nueva *Lex Mercatoria*, su vinculación con criterios ajenos –e incluso antagónicos– con el Derecho clásico procesal y también civil.

Por ello, la definición dada por el profesor Lohmann, que en nuestra opinión no resulta exacta, deja de lado otras categorías jurídicas, cuyos efectos son intrínsecos al concepto de *nulidad*.

En efecto, la *eficacia* y la *invalidez* son conceptos mucho más abstractos y generales que el concepto de *nulidad*, siendo que este concepto positivo muchas veces puede abarcar alguno de los elementos de las otras categorías mencionadas.

En este sentido, debe precisarse que si bien el ordenamiento jurídico peruano no acoge positivamente dichas categorías generales, recoge algunas de las consecuencias y/o elementos de las mismas en dos conceptos plasmados normativamente; a saber: La anulabilidad y la nulidad.

Así, la nulidad de un acto jurídico sanciona:

- a) La invalidez del acto, por atentar contra un bien jurídico superior, en donde el criterio de valoración de un determinado acto viene dado por la valoración del mismo de cara al orden público y a las buenas costumbres.
- b) La ineficacia del acto, dado que sus efectos son rechazados por el ordenamiento jurídico y busca evitar que éste surta efecto jurídico alguno.
- c) La inexistencia del acto, dado que la nulidad supone una ficción jurídica de inexistencia, en la cual un acto declarado nulo, es considerado inexistente para el ordenamiento jurídico, independientemente de su existencia material (es decir, que conste o no un acuerdo de voluntades entre las partes).

Por su parte, la *anulabilidad* –a diferencia del concepto anterior– supone un vicio en la celebración del acto jurídico, vicio que puede ser subsanado por la parte afectada por el mismo. Este concepto supone que de por medio no existe en el acto elemento alguno que atente contra el orden público y las buenas costumbres; supone, entonces, la afectación de un interés particular que no involucra el interés público.

De esta manera, la anulabilidad de un acto jurídico conlleva:

- a) La invalidez del acto, por atentar contra un interés jurídico que tiene prelación respecto al interés jurídico que reviste el acto en sí mismo. En este caso, el interés de un particular es considerado más importante que la finalidad misma del acto y busca evitar la afectación ilegítima de derechos.
- b) La ineficacia del acto, ya que al atentar de manera ilegítima contra el derecho de otro, no puede surtir efecto jurídico alguno.

Ello supone que, siendo un acto plenamente válido en su origen, existe un defecto en él que le impide surtir los efectos deseados, para los cuales fue concebido.

Así, por ejemplo, tenemos algunos casos ilustrativos, como el de la persona que celebra una compraventa respecto de un bien mueble determinado, el cual producto de un terremoto queda totalmente

destruido. En este supuesto, el acto fue plenamente válido; sin embargo, nunca podrá alcanzar la finalidad para la cual fue celebrado.

Otro ejemplo de esta ineficacia está constituido por la figura de la inoponibilidad, la cual involucra cuestionamientos a la representación de quien celebró un acto jurídico a nombre de un tercero, sin contar con facultades para ello, o resultando éstas insuficientes. Ello determina que el acto así celebrado no pueda surtir efectos respecto del supuesto representado.

- c) La inexistencia, ya que un acto anulable que no fue subsanado y, en consecuencia, declarado nulo, es considerado inexistente desde su celebración. Los efectos de la declaración de nulidad se retrotraen al momento de su celebración y, al igual que sucede con la nulidad, el acto es considerado inexistente para el ordenamiento jurídico desde su origen.

Atendiendo a lo expuesto, no es correcto asimilar el concepto de *nulidad* a una única categoría jurídica que, por lo demás, es mucho más abstracta y general. Resulta claro que el concepto de *nulidad* recoge elementos de cada una de dichas categorías jurídicas. De esta manera, la nulidad puede contener tanto elementos de la invalidez como de las otras categorías jurídicas, cuales son la ineficacia y la inexistencia, a la luz de lo prescrito en la Ley General de Arbitraje.

En este sentido, somos de la opinión que el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece como requisito *sine qua non* que quien pretenda cuestionar un Laudo Arbitral en virtud de dicha causal, haya realizado oposición previa al interior del proceso arbitral, alegando la existencia de un vicio que determine su invalidez, ineficacia o inexistencia, como bien lo señala la sentencia expedida por la Primera Sala Sub-especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en su considerando sexto, el mismo que establece lo siguiente:

“Sexto.-(...)y es que ‘el convenio arbitral puede sufrir vicisitudes que susciten dudas en cuanto a su existencia, a su validez o su eficacia, lo que también da mérito a que se formulen oposiciones a la competencia de los árbitros y obligar (sic) a

éstos a que se pronuncien sobre la existencia, validez y eficacia del convenio arbitral’.

(...)

Así, se desprende como requisito *sine qua non*, que la parte que invoque esta causal haya formulado oposición al arbitraje en la etapa postulatoria del proceso y que la oposición haya sido desestimada o que, si reservada para ser resuelta con el Laudo, haya sido declarada infundada. Tal oposición debe haberse solicitado en concordancia con el artículo 39 de la Ley N° 26572 que prevé como motivos de oposición total o parcial al arbitraje, el hecho de que el convenio arbitral sea inexistente, ineficaz o inválido; así como también, que no se encuentre pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida”.

Pero volvamos al argumento crítico de la resolución bajo comentario. El doctor Lohmann afirma que nulidad sólo implica invalidez, recogiendo una definición limitada de las categorías jurídicas de inexistencia e ineficacia.

De los supuestos establecidos por el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, tenemos que el mismo establece una diferencia entre la causal de inexistencia del convenio arbitral y el supuesto en que no se haya pactado el arbitraje para resolver una materia controvertida o, lo que es lo mismo, que no exista materialmente convenio arbitral alguno.

Debemos reiterar que si atendemos al argumento señalado por el doctor Lohmann, en el cual se precisa que “(...) sólo puede hablarse de inexistencia jurídica del convenio arbitral cuando no hay voluntad reconocible que conste por letras o, en general signos gráficos admitidos de manera uniforme y objetiva en un lugar o tiempo determinados y que sean portadores de una idea más o menos unívoca”⁽⁶⁾, arribaríamos necesariamente a la conclusión que el autor afirma que la inexistencia jurídica es lo mismo que la inexistencia material y que, en consecuencia, el artículo 39 es redundante al establecer entre sus supuestos a la inexistencia y por otro lado, hablar de ausencia de pacto arbitral para determinada materia controvertida.

(6) LOHMANN LUCA DE TENA, “Una cuestionable anulación de laudo arbitral”, cit., p. 104.

Ello simplemente es contradictorio y no se condice con la finalidad misma de la norma, ya que el propio hecho que exista regulada la causal de inexistencia como causal distinta a la ausencia de pacto arbitral, nos da una luz clara sobre la diferencia que existe entre ambos supuestos.

De esta manera, ello nos conduce a deducir que la intención del legislador fue la de diferenciar la inexistencia jurídica (que alude a una ficción legal en los casos en que un acto jurídico es declarado nulo) y la inexistencia material (referida a la comprobación fáctica de ausencia de pacto arbitral, es decir, la ausencia de voluntad reconocible que conste por letras o signos gráficos).

La inexistencia jurídica responde a una sanción legal propia de la declaración de nulidad de un acto jurídico.

En consecuencia, en el término *nulidad* –a la luz de la Ley General de Arbitraje– subyacen elementos de tres categorías jurídicas distintas, por la referencia al concepto de *nulidad* inserto en el inciso 1 del artículo 73. Tenemos que la interpretación del término *nulidad* en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, hace referencia a cualquiera de los tres vicios estipulados por el artículo 39 de la misma Ley; a saber: la inexistencia, la ineficacia y la invalidez del convenio arbitral.

2.2. Sobre la supuesta falta de identidad entre lo alegado en sede arbitral y lo que se alega en sede judicial

Si nos ceñimos a una interpretación rígida y escueta de lo que implica un acto nulo, es decir, a una interpretación estricta y literal del citado inciso 1 del artículo 73, tendríamos que ni siquiera quien haya manifestado su oposición al arbitraje por causal de invalidez del convenio, podría invocar dicho defecto como causal de nulidad del Laudo Arbitral. Ello, atendiendo a que dicho concepto *no ha sido contemplado de manera expresa por el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje*, norma que sólo establece los siguientes supuestos:

- a) Ineficacia;
- b) Inexistencia;
- c) Invalidez; y

- d) Por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida.

Ninguno de los supuestos del referido artículo 39 hace referencia expresa a la nulidad a la que alude el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, por lo que nunca podría existir identidad plena entre lo pedido en sede arbitral y lo pretendido en sede judicial.

En efecto, la llamada *identidad plena* entre lo planteado en sede arbitral y lo planteado en sede judicial no es un requisito señalado en la Ley General de Arbitraje para poder solicitar la anulación del laudo arbitral.

A pesar de ello, el profesor Lohmann afirma que: “Se explica perfectamente que el ordenamiento haya querido reservarse la supervisión del alegato de vicio del convenio arbitral solamente por nulidad (cuando ella hubiera sido alegada en el arbitraje), no así por otros defectos que pudieran aquejar al acto u otras circunstancias que lo limiten, puesto que como ni unos ni otras lo vician intrínsecamente y de raíz la ley ha querido dejar la decisión al exclusivo criterio de los árbitros y, por tanto, irrevisable”(7).

Sin embargo, el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje contempla que la parte que se opuso al arbitraje, por considerar *inexistente*, *ineficaz* o *inválido* el convenio arbitral, puede interponer recurso de anulación del laudo arbitral, si tal oposición hubiese sido desestimada. Es decir, pese a que la referida decisión ya no puede ser materia de impugnación en sede arbitral, queda a salvo la posibilidad de interponer recurso de anulación del laudo en sede judicial.

Por otro lado, el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje establece que sólo cabe alegar la *nulidad* del convenio arbitral, en sede judicial, cuando la parte que la solicite hubiese reclamando la *nulidad*, en sede arbitral, conforme al artículo 39 del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo, tal como hemos podido apreciar de la lectura del referido artículo 39, éste –en ningún momento– hace referencia a la *nulidad*. Por ello, debemos entender que el artículo 73, inciso 1, emplea el término

(7) *Ibidem*, p. 106.

nulidad en sentido lato o vulgar; es decir, esta *nulidad* abarca a todos los vicios del negocio jurídico a los que se hace referencia en el artículo 39; a saber: la inexistencia, ineficacia y la invalidez del convenio arbitral.

Por ello, sería absurdo afirmar que debe existir *identidad plena* entre el vicio alegado en sede judicial (nulidad) y el vicio alegado en sede arbitral (inexistencia, ineficacia o invalidez), pues tal identidad –si nos ceñimos a la literalidad del inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje– nunca se podría configurar, lo que equivale a decir que nunca se podría anular un laudo por esta causal.

Asimismo, si apoyásemos el argumento de la *identidad plena*, entonces tendríamos que afirmar que alguien que alegó la *inexistencia* del convenio arbitral en sede arbitral, amparándose en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, con el objeto de cuestionar el inicio del proceso arbitral, no podría luego interponer recurso de anulación del laudo arbitral en sede judicial. Es decir, llegaríamos al absurdo que alguien que hubiere alegado la *nulidad* del convenio arbitral (vicio menos leve que la inexistencia) sí podría solicitar la anulación del laudo, pero quien alegó la inexistencia del convenio arbitral (por el simple hecho que éste nunca se celebró), no podría hacerlo.

Esto, simplemente, no es así.

El propio Tribunal Constitucional⁽⁸⁾ ha establecido que la ineficacia del convenio arbitral debe ser objeto de control de legalidad previo al control constitucional, es decir, el Tribunal Constitucional interpretó que la ineficacia del convenio arbitral ha de ser uno de los puntos sobre los que debía emitir pronunciamiento la Sala que conoce la demanda de anulación del laudo arbitral.

Así, los fundamentos jurídicos 13 y 14 –entre otros– de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC7TC, de fecha 28 de febrero de 2006, fueron declarados vinculantes para todos los operadores jurídicos.

(8) Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC7TC, de fecha 28 de febrero de 2006, y a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006.

En dichos fundamentos, el Tribunal Constitucional señala que el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia (incluidas las cuestiones sobre la *existencia, eficacia* o *validez* del convenio arbitral). Asimismo, el Tribunal Constitucional establece que el control judicial debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y **anulación del laudo**.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional –interpretando los alcances de los artículos 39 y 73 de la Ley General de Arbitraje– ha señalado que la causal de anulación del convenio arbitral se extiende a todo cuestionamiento que alguna de las partes hubiera podido hacer durante el desarrollo del proceso arbitral en relación a la existencia, invalidez, ineficacia, nulidad y anulabilidad del convenio arbitral.

En vista de lo mencionado, resulta irracional exigir –a la parte que invoca la nulidad del Laudo Arbitral por la causal establecida en el inciso 1 del artículo 73– que exista identidad entre lo invocado en el fuero arbitral (inexistencia, ineficacia, invalidez o que no se haya pactado arbitraje para la materia controvertida), con la pretensión deducida en sede judicial (nulidad), pues si nos ceñimos a una interpretación literal del inciso 1 del artículo 73, *los afectados con un Laudo Arbitral jamás podrían invocar la causal establecida en dicho inciso, convirtiéndose dicha causal en una de contenido vacío*.

Aún más, si la invalidez sólo puede darse en tanto que el acto jurídico no pasa los criterios de valor referidos al interés público y no así al interés particular, entonces un acto jurídico que colisiona de manera ilegítima con un interés privado, *jamás será inválido. Será inexistente o ineficaz; pero jamás inválido*. En otras palabras, *sólo podrían solicitar la nulidad del laudo arbitral quienes hayan invocado la invalidez del convenio por atentar éste contra normas de orden público y las buenas costumbres (interés general)* y no así en todos los demás casos, como por ejemplo, cuando el acto sea inexistente por no haber existido nunca convenio alguno entre las partes (ya que ello reviste un interés particular).

En consecuencia, a nuestro juicio, el que una de las partes se haya opuesto al arbitraje por cualquiera de los vicios establecidos por el artícu-

lo 39 de la Ley General de Arbitraje, la legitima –plenamente– a cuestionar dicho arbitraje en la esfera del Poder Judicial, invocando la causal establecida en el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje.

3. LA FACULTAD DEL GERENTE GENERAL PARA CELEBRAR CONVENIO ARBITRAL EN USO DE LAS ATRIBUCIONES PROPIAS DE SU CARGO

Tanto el doctor Lohmann como el doctor Bullard hacen una correcta diferenciación entre la representación orgánica y el apoderamiento, la misma que –a criterio de ellos– no ha sido apreciada correctamente por la Primera Sala Sub-Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Al respecto, debemos indicar que no es nuestra intención explicarnos en el debate respecto a la correcta o incorrecta evaluación que realiza la referida Sala; simplemente nos detendremos en el análisis de las facultades del representante de Minera y Exploraciones Algamarca, tanto como apoderado especial como gerente general de las mismas. De igual modo, veremos cómo –a criterio de los referidos profesores– la facultad de celebrar convenios arbitrales es inherente a la condición de gerente general.

Así, por ejemplo, el doctor Lohmann señala lo siguiente⁽⁹⁾:

“Pues bien, si en la especie resulta que el individuo a quien las juntas de las Algamarcas apoderaron de manera especial para ejecutar acuerdos y formalizar las transferencias era al mismo tiempo gerente con las facultades generales respectivas u otras especiales otorgadas, a mi modo de ver no es correcto sostener que, con relación a esas transferencias y lo vinculado a ellas, no pueda la persona de ese gerente ejercer también las atribuciones que tiene por ser propias de tal cargo. La circunstancia de que en las actas de las juntas no constara que el sujeto apoderado para los actos especiales de enajenación en ellas aprobado ostentaba a la vez el cargo

⁽⁹⁾ LOHMANN LUCA DE TENA, “Una cuestionable anulación de laudo arbitral”, cit., p. 108.

de gerente, no le impedía a éste comportarse con sus poderes gerenciales previos y coexistentes puesto que, en él concurrían dos nombramientos: uno especial y ocasional derivado del apoderamiento, consistente en formalizar las transferencias acordadas, y otro permanente e institucional, el de representante orgánico actuando como gerente con todas las atribuciones inherentes al órgano de la gerencia. Entre ellas, *sin duda la de suscribir un convenio arbitral, que por su autonomía del contrato o relación jurídica a que se refiere pudo ser celebrado en documentos separados a los del contrato de transferencia de derechos mineros. No era necesario consecuentemente, que en las juntas de Accionistas se dijera que, además de suscribir los contratos de transferencia el funcionario apoderado al efecto, quedaba asimismo facultado en su calidad de gerente general para celebrar el convenio arbitral, que por supuesto no puede ser calificado de acto contrario al objeto social. Sostener lo contrario sería tanto como decir que, por un instante, y solamente en lo relacionado a las transferencias, la gerencia carecía de gerente*". (El resaltado es nuestro).

Por su parte, el doctor Bullard sostiene lo siguiente⁽¹⁰⁾:

"Así, la Resolución sustenta la nulidad del laudo arbitral en la supuesta ineficacia del convenio arbitral, por la vía de cuestionar las facultades de representación que tenía quien suscribió el contrato en el que se encontraba inserto el convenio arbitral.

Con el objeto de sustentar esta pretendida falta de representación para la suscripción de un convenio arbitral, la resolución ha diseñado un estándar de representación atípico o *sui generis* que resulta forzado tanto para el arbitraje como para la práctica civil y comercial ordinaria.

Este estándar de representación propuesto por la Corte supone aceptar un supuesto *extraño* de suspensión de poderes

(10) BULLARD GONZÁLEZ y CHAN ARELLANO, "¿Es Clark Kent Superman? (...)", cit., pp. 93-94.

y asimismo, un desdoblamiento *esquizofrénico* de la figura del representante”.

La Resolución cuestiona las facultades de representación del gerente general alegando que, si al gerente general le han asignado facultades específicas para un acto determinado, sus facultades de representación (como gerente general) quedan suspendidas para ese acto”. (El resaltado es del autor).

En relación a la naturaleza del convenio arbitral y al carácter autónomo del mismo, debemos remitirnos a lo ya expresado por uno de los coautores de este trabajo⁽¹¹⁾, en las que se desarrolla *in extenso*, los requisitos de validez del convenio arbitral.

En esta oportunidad, nos referiremos únicamente a la interpretación de las facultades del gerente general, respecto a la celebración de un convenio arbitral, dado que no tenemos dudas que el gerente general –en su calidad de apoderado especial, en mérito de las Juntas Generales de Accionistas– de las Algamarcas carecía de facultad alguna para celebrar un convenio arbitral a nombre de éstas. Dicho de otro modo, un apoderado carece de facultades para someter u obligar a una persona jurídica a acudir a arbitraje si no cuenta con facultades expresas para ello.

Dentro de tal orden de ideas, la discusión girará en torno a si el Gerente General de una sociedad puede o no obligar a dicha sociedad a someterse a arbitraje sin contar con facultades expresas, por el simple hecho de ser un órgano de administración social, que goza de todas las facultades de administración ordinaria de ésta, las mismas que son establecidas por el estatuto de la empresa y/o por la Ley General de Sociedades.

Según Elías Laroza⁽¹²⁾, la sociedad puede nombrar a uno o más gerentes y determinar las facultades con las que ejercerán sus cargos. La

(11) GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, “Validez del sometimiento de una persona jurídica a arbitraje”, en: *Derecho & Sociedad*, N° 23, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, pp. 199-204.

(12) ELÍAS LAROZA, Enrique, *Derecho Societario Peruano*, Normas Legales, Trujillo, 2001, pp. 389-390.

extensión de dichas facultades se encuentra librada a la decisión del órgano que las otorgue.

Las atribuciones de cualquier gerente pueden consignarse en el estatuto o ser establecidas en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior, tal como lo establece el artículo 188 de la Ley General de Sociedades.

Como puede apreciarse, existe un límite general de actuación del gerente, el mismo que viene dado por el objeto social de la empresa. Fuera de los límites descritos, se requieren facultades especiales otorgadas de manera expresa y específica por la Junta General de Accionistas.

El criterio señalado en el párrafo precedente es recogido por la propia Ley General de Sociedades, Ley N° 26887 (en adelante, Ley General de Sociedades), en cuanto señala que existe la presunción legal –en defecto del estatuto– que el gerente general de una empresa goza de las siguientes facultades:

Artículo 188.- *“Atribuciones del gerente.-*

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

- 1.- *Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;*
- 2.- *Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;*
- 3.- Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
- 4.- Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;
- 5.- Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y,

6.- Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio”. (El resaltado es nuestro).

Como podemos apreciar, el inciso 1 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades señala que el gerente puede celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social. En este sentido y siendo el arbitraje una institución autónoma y diferente de cualquier otro concepto, regida por sus propias normas y reglas especiales, no puede incluirse a dicha institución dentro de otros conceptos mercantiles, o asimilarlo a un acto de administración ordinaria, con mayor razón si se tiene en cuenta que *un acuerdo arbitral comporta una renuncia a derechos sustantivos reconocidos por la constitución, como lo es el acudir a la jurisdicción predeterminada por ley, que no es otra cosa que acudir a los órganos judiciales*⁽¹³⁾.

Asimismo, debemos tener en cuenta que para determinar qué es un acto o un contrato ordinario se requiere ver lo que el propio estatuto de la persona jurídica establece, ya que la calificación de actos o contratos ordinarios se halla relacionada con el objeto social de la empresa.

Como sabemos, el objeto social de una empresa es la razón misma por la cual la sociedad se constituye; es la razón por la cual los socios deciden participar en la sociedad, aportar capitales y asumir el riesgo del negocio.

En este sentido, somos de la opinión que las facultades inherentes a un órgano de administración social no son suficientes para celebrar pactos arbitrales, lo cual requiere de poderes especiales. Por ello, el gerente general –además de serlo– puede, como apoderado y con facultades expresas, suscribir este tipo de convenios, correspondiendo únicamente a la Junta de Accionistas –en virtud del artículo 115 de la Ley General de Sociedades–⁽¹⁴⁾ la decisión de otorgar o no dichas facultades.

(13) Así, la celebración de un convenio arbitral implicaría una disposición del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva; y para poder disponer de derechos sustantivos, según el artículo 75 del Código Procesal Civil, se requiere del otorgamiento de facultades especiales.

(14) En efecto, el artículo 115 de la Ley General de Sociedades señala las facultades de las que goza únicamente la Junta General como órgano supremo de la sociedad, para decidir sobre temas no comprendidos dentro del objeto social. En este sentido, el referido artículo 115 establece lo siguiente:

Peor aún, el gerente general de una empresa, en uso de sus facultades no puede someter a arbitraje –sin autorización especial y expresa de la Junta General de Accionistas–, las controversias relativas a un contrato que –como en el caso de aquel que implica a Minera y Exploraciones Algamarca– conllevó la transferencia de casi la totalidad del patrimonio social de las mismas. Ello, por una simple y sencilla razón, el acto de transferencia no es un acto ordinario de administración social, mucho menos lo es la facultad de someter a arbitraje el mismo, no siendo de aplicación el inciso 1 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades.

Por otro lado, el inciso 2 del referido artículo 188 señala que el gerente está facultado para representar a la sociedad con las facultades generales establecidas en el Código Procesal Civil, lo cual nos remite a los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, referidos a las facultades generales y especiales de representación procesal, preceptos que se encuentran comprendidos en el Capítulo III “Apoderado Judicial” del Título II “Comparecencia al Proceso” del referido cuerpo normativo.

De lo expuesto extraemos como primera conclusión que la referencia del inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, otorga al gerente general, entre otras, las facultades propias de un apoderado judicial para representar a la empresa en su calidad de órgano de administración social.

En tal sentido, corresponde analizar el artículo 74 del Código Procesal Civil, el cual a la letra indica lo siguiente:

Artículo 74.- “*Facultades generales*”

La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. *La representación se entiende otorgada para todo el proceso*, incluso para la ejecución de la sentencia y

Artículo 115.- Compete asimismo, a la junta general.

(...)

5. Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad.

el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran intervención personal y directa del representado”. (El resaltado es del autor)

La norma precedente no concede al apoderado procesal la facultad de pactar convenios arbitrales de ningún tipo, por lo que no es válido asumir que, en virtud del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, concordado con el citado artículo 74, el gerente general, por el solo hecho de serlo, pueda someter a arbitraje controversias como la suscitada en el caso que concierne a Minera y Exploraciones Algamarca. *El gerente general, entonces, tiene las mismas facultades, “ni más, ni menos” de las que goza un apoderado judicial.*

Veamos, entonces, si el gerente general puede suscribir convenios arbitrales, en virtud del artículo 75 del Código Procesal Civil.

Esta norma establece lo siguiente:

Artículo 75.- *“Facultades especiales*

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, *someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso*, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

EL OTORGAMIENTO DE FACULTADES ESPECIALES SE RIGE POR EL **PRINCIPIO DE LITERALIDAD**. NO SE PRESUME LA EXISTENCIA DE FACULTADES ESPECIALES NO CONFERIDAS EXPLÍCITAMENTE”. (El resaltado es del autor)

La norma es clara al establecer que el apoderado especial puede someter a arbitraje *únicamente pretensiones que se encuentren controvertidas dentro de un proceso judicial*. Ello reza la literalidad de la norma y no hay interpretación distinta a lo establecido expresamente por ésta.

Al respecto, el profesor Fernando Vidal Ramírez⁽¹⁵⁾ señala que para celebrar un convenio arbitral, el representante requiere de facultad especial, sea que lo celebre con anterioridad a la litis o ya establecido el litigio en el ámbito judicial (conforme lo precisa el artículo 75 del Código Procesal Civil).

En tal sentido, el artículo 75 del Código Procesal Civil se refiere exclusivamente a la facultad del apoderado (lo que incluye al gerente general, en virtud del artículo 188 de la Ley General de Sociedades) de someter a arbitraje las pretensiones controvertidas dentro de un proceso. No se estaría refiriendo a someter a arbitraje cualquier controversia, sino solamente aquéllas que han sido objeto de la demanda, a partir de la cual se ha iniciado un proceso judicial.

La norma procesal permite *ex post* –a favor del arbitraje como opción excepcional– la decisión del gerente general de recurrir al arbitraje para mejor resolver las controversias que se suscitan y que son de conocimiento del Poder Judicial. Sin embargo, la ley no faculta expresamente a hacer lo contrario, esto es a excluirse del juez natural *ex ante* sin tener explícitamente la capacidad de hacerlo, es decir, sin que la persona jurídica así lo haya expresado en el estatuto como atribución conferida al gerente general o conferida a través de una Junta General de Accionistas.

Como se puede apreciar, el momento en el que se lleva a cabo la celebración del convenio arbitral resultaría importante, ya que no sería lo mismo que se produzca en la firma de un contrato (antes de que surja algún conflicto), a que se realice dentro de un proceso judicial (una vez que el conflicto ya surgió).

Ello, debido a que en el momento en el que se celebra un contrato no se sabe de antemano cuáles serán los conflictos concretos que se presentarán en el futuro, siendo más riesgoso someter todo un mundo de meros conflictos potenciales y abstractos a decisión arbitral inapelable, que decidir someter a un proceso arbitral un conflicto determinado.

En consecuencia, siguiendo esta posición, aun cuando el representante de la persona jurídica hubiese actuado en calidad de gerente

(15) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 54.

general, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, no contemplaría como atribución inherente a su cargo la de pactar un arbitraje fuera del Poder Judicial.

En ese sentido, encontramos la opinión de Carlos Larreátegui⁽¹⁶⁾, quien señala que los representantes de las sociedades civiles o mercantiles pueden comprometer a la persona jurídica, sólo si están facultados expresamente para ello en el contrato social o en los estatutos, o los autoriza la Junta General.

Asimismo, Gamboa Serrano⁽¹⁷⁾ sostiene que habrá de estarse a lo que dispongan los estatutos en relación a las facultades del representante legal. En principio, las personas jurídicas pueden celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohíban o restrinjan; pero al permitirlo o al no prohibirlo, deben examinarse las facultades del representante legal.

En consecuencia, las facultades especiales a que se refiere este artículo sólo pueden ser ejercidas dentro de un proceso judicial, para lo cual es necesaria la existencia de dos requisitos previos:

- a) Que las facultades especiales hayan sido otorgadas de manera expresa; y
- b) que las facultades otorgadas hayan especificado de manera explícita los alcances para los que fueron otorgadas o, lo que es lo mismo, que los actos que pueda realizar el representante estén específicamente detallados.

En este sentido, el artículo 75 del Código Procesal Civil establece que, para que el apoderado especial goce de las facultades señaladas, es necesario que dichas facultades hayan sido otorgadas por el representante, por lo que *no basta la remisión al referido artículo para que dichas facultades se entiendan otorgadas, sino que además resulta necesario que éstas consten expresadas por escrito de manera específica.*

(16) LARREÁTEGUI, M. Carlos, "Contribución al Estudio del Arbitraje - Ecuador", en: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*, Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, pp. 176-177.

(17) GAMBOA SERRANO, Rafael H., *El Proceso Arbitral en Colombia*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1992, p. 35.

El citado artículo 75 *sanciona su propia literalidad*, ya que tratándose de actos de disposición de derechos sustantivos, debe existir prueba indubitable que demuestre que el representado delegó facultades para disponer de derechos que le corresponden de manera exclusiva. Es la única forma de brindar seguridad jurídica al representado y a los terceros que se relacionen con éste, para evitar casos de abuso de derecho.

En consecuencia, el hecho de que los doctores Lohman y Bullard consideren que el artículo 188 de la Ley General de Sociedades otorga al gerente general la facultad de someter a arbitraje cualquier tema, aun fuera de un proceso judicial, no resulta coherente. **No se puede, bajo ningún concepto, hacer extensivas las facultades inherentes al cargo de gerente general para actos no comprendidos en el objeto social de una empresa, confundiendo instituciones distintas, como lo son la representación procesal de la representación ordinaria mercantil o civil.**

La representación a que se refiere el artículo 75 del Código Procesal Civil es una específica y de carácter eminentemente voluntario, pues se requiere de la especificación por parte del representado de los actos para los cuales otorga poder, por lo que se evidencia que no caben presunciones de facultades, si es que éstas no constan expresamente.

4. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 167 DEL CÓDIGO CIVIL

Según lo señalado por los profesores cuyos estudios venimos comentando, el artículo 167 del Código Civil⁽¹⁸⁾ únicamente sería de apli-

(18) Artículo 167.- “Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. *Celebrar compromiso arbitral.*
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial”.
(El resaltado es del autor).

Como sabemos, hoy en día ya no existe en nuestro ordenamiento legal la antigua distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, que se encontraba regulada entre los artículos 1906 y 1922 del Código Civil de 1984, preceptos que fueron derogados por la Primera Disposición Final de la antigua Ley General de Arbitraje de 1992, Decreto Legislativo N° 25935. Sin embargo, la Primera Disposición Complementaria y Transitoria de la citada Ley General de Arbitraje establecía que “toda referencia legal o contractual a cláusula compromisoria o compromiso arbitral se entiende hecha a convenio arbitral”.

cación a las personas naturales y no a las personas jurídicas, ya que estas últimas tienen un régimen especial y distinto al de las personas naturales, a quienes únicamente se les aplica las reglas generales establecidas en el Libro II del Código Civil, correspondiente al Acto Jurídico.

En efecto, el doctor Lohmann⁽¹⁹⁾ sostiene lo siguiente:

“El artículo 167 está en el Título de Representación del Libro de Acto Jurídico. Es la representación derivada de apoderamiento y que *primariamente se refiere a la de las personas naturales, no de las jurídicas (a las que se aplica sólo supletoriamente en defecto de sus respectivos regímenes especiales)*. Ese numeral 167, por tanto, se refiere solamente a los representantes legales (padres, tutores, curadores) de quienes el Código Civil llama incapaces relativos o absolutos, o a quienes actúan en ciertos casos especiales (...).” (El resaltado es del autor).

Por su parte, el doctor Bullard⁽²⁰⁾ afirma lo siguiente:

“Si bien es cierto que el artículo 167, inciso 3 del Código Civil, establece que los representantes legales requieren autorización expresa para celebrar convenio arbitral respecto de los bienes de sus representados, dicho artículo es: (1) norma general que es desplazada en su aplicación por las normas especiales de la Ley General de Sociedades que ya hemos analizado, y (2) es una norma anterior al artículo 188 inciso 1 de la Ley General de Sociedades, razón por la cual debe primar la Ley General de Sociedades por ser norma posterior”.

Consideramos que dicha interpretación no resulta válida.

En primer lugar, porque el Libro II del Código Civil sobre Acto Jurídico establece las reglas generales de interpretación y validez de todo acto jurídico, sin discriminar si se trata de personas naturales o jurídicas,

(19) LOHMANN LUCA DE TENA, “Una cuestionable anulación de laudo arbitral”, cit., p. 109.

(20) BULLARD GONZÁLEZ y CHAN ARELLANO, “¿Es Clark Kent Superman?”, cit., p. 104.

esto es, en cualquiera de los siguientes supuestos, donde **A** y **B** son contratantes:

- a) **A** es una persona natural y **B** es una persona natural;
- b) **A** es una persona jurídica y **B** es una persona jurídica; y
- c) **A** es una persona natural y **B** es una persona jurídica, o viceversa.

Atendiendo al razonamiento de los citados profesores, tendríamos –en el supuesto del literal c), a efectos de evaluar la nulidad o no de un acto jurídico– que realizar una evaluación desde dos perspectivas (una, por parte de la persona natural y otra, por parte de la persona jurídica). Ello, incluso, nos podría llevar a concluir en que un mismo acto podría ser nulo para una parte, pero válido para la otra, por el simple hecho de que las reglas del acto jurídico se aplicarían sólo a personas naturales y no a personas jurídicas. Pero ello, simplemente, carecería de toda coherencia.

Si bien existen reglas especiales para las personas jurídicas, las mismas están destinadas a regular su actividad económica, mientras que el Libro II del Código Civil sobre Acto Jurídico establece las reglas generales que debe seguir todo particular que pretenda celebrar un acto jurídico y participar en el tráfico mercantil, supuestos absolutamente distintos.

Nosotros reconocemos que el Código Civil es una norma general y anterior a la Ley General de Sociedades. Sin embargo, esta ulterior ley no regula el tema relativo a los poderes que debe tener el representante de una sociedad para celebrar convenios arbitrales, por lo que –en virtud de la supletoriedad del Código Civil– se debe entender que se requiere autorización expresa para celebrar dichos actos.

En consecuencia, las normas relativas a los actos jurídicos son aplicables a todo acto o negocio jurídico celebrado entre dos particulares (sean éstos personas naturales o jurídicas), razón por la cual, el artículo 167 del Código Civil es de plena aplicación al caso que concierne a Minera y Exploraciones Algamarca, al igual que el artículo 161 del mismo cuerpo normativo, el cual a la letra indica que “*es ineficaz* ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”. (El resaltado es del autor). ▲

Eventos Destacados

Eventos Destacados



 CRISTIAN CONEJERO ROOS (*)

Conferencia de clausura: II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje Lima, Perú “El arbitraje internacional: dinamismo, convergencia y conflicto”

1. Tengo el honor de dar las palabras de clausura del II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje y me gustaría comenzar por agradecer y felicitar a sus organizadores: a la Rectora de la Universidad San Ignacio de Loyola, Dra. Lourdes Flores; a la Decana de la Facultad de Derecho de la USIL, Dra. Lilian Rocca Carbajal; al Coordinador General del Congreso y Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje, Dr. Carlos A. Soto; al Presidente del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje, Dr. Jorge Santistevan.
2. El presente congreso nos ha ofrecido durante tres días una variedad y riqueza enorme de temas relacionados con el arbitraje internacional. Ello hace que un resumen de los mismos sea un ejercicio imposible o, a lo menos, tedioso para la audiencia, de modo que he optado por dar una visión transversal de las cuestiones que se han debatido en este congreso sobre la base de tres ideas básicas.
3. La primera, es la idea del *Derecho Arbitral como un derecho dinámico*. El arbitraje internacional, en su manifestación y ramificaciones actuales, es un fenómeno reciente. Este año se cumplen tan solo 50 años de la

(*) Consejero de Cuatrecasas, París - Francia. Ex Consejero para Latinoamérica y la Península Ibérica de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI.

Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. El antecedente inmediato de dicha convención fue la Convención de Ginebra de 1927 sobre Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros y, luego de la entrada en vigencia de la Convención, siguieron otros instrumentos internacionales como la Convención Europea de Arbitraje Internacional en 1961, y la Convención de Panamá sobre Arbitraje Internacional de 1975 en nuestra región. Desarrollos posteriores se manifestaron, entre otros, en la redacción de numerosos reglamentos de arbitraje y de la Ley Modelo de Arbitraje de 1985, que ha servido de fuente a diversas leyes a lo largo del mundo.

En su libro *Dealing in Virtue*, Yves Dezalay y Bryant C. Garth explican muy bien los orígenes de este fenómeno y se refieren a los diversos instrumentos legales que permitieron la construcción de un orden legal transnacional del arbitraje que apuntaba a contar con un sistema homogéneo y universal para la resolución de disputas internacionales.

4. Pero el dinamismo del arbitraje ha hecho que, aún con el desarrollo vertiginoso del arbitraje a partir del Convenio de Nueva York, el derecho arbitral no haya permanecido estático. Así, como ha podido observarse de diversas ponencias dadas en el marco de este II Congreso, pueden notarse evoluciones muy recientes en el orden legal internacional, en el orden legal doméstico y, en fin, en el orden institucional.
5. En el orden internacional, es evidente que la proliferación de Tratados Internacionales de fomento de la inversión suscritos por países latinoamericanos sobretodo a partir de la década de los ochenta y, sobretodo, de los noventa; trajo consigo el mayor uso del arbitraje internacional como el mecanismo, plasmado en dichos instrumentos, para resolver disputas entre el inversionista extranjero y el Estado Receptor de la Inversión. Lo mismo puede decirse respecto de los Tratados bilaterales de Libre Comercio y de los acuerdos multilaterales de la misma naturaleza que también reconocieron al arbitraje como mecanismo preferido para resolver las controversias entre particulares y Estados o, incluso, entre los propios Estados.
6. En el orden legal doméstico, más de quince países latinoamericanos han adoptado nuevas leyes de arbitraje en los últimos 20 años, comenzando con México en 1993, que incorporó la ley Modelo de Arbitraje Internacional y culminando con el caso más reciente de Perú, que acaba de promulgar una nueva ley de arbitraje que ha acogido el sistema monista (2008).
7. Finalmente, en el marco institucional, los últimos años han visto el crecimiento de un número importante de instituciones arbitrales de alcance

regional y, sobretodo, doméstico y, también en forma paralela, la reforma y modernización de reglamentos arbitrales de instituciones reconocidos a nivel mundial como es el caso de la CCI, la LCIA, el brazo internacional de AAA (ICDR) y otros.

8. Así las cosas, de esta evolución, tan reciente como vertiginosa, surgen dos movimientos dialécticos o fuerzas opuestas que se interrelacionan entre sí. La primera, es un movimiento o fuerza que apunta a la mayor convergencia. La segunda, es un movimiento o fuerza que apunta a la mayor diversidad. Abordaré brevemente ambas.
9. En efecto, el segundo punto que me gustaría rescatar del presente Congreso es que, con el continuo desarrollo del arbitraje, se ha alcanzado un *nivel mínimo de convergencia* en ciertos aspectos propios o inherentes al arbitraje internacional.
10. Primero, convergencia en los actores. Hoy en día el arbitraje internacional involucra indistintamente a partes privadas o particulares y a Estados soberanos o entidades estatales, en una diversidad cada vez más amplia de disputas; desde disputas típicamente contractuales hasta controversias al amparo de tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, de inversión y libre comercio. Así, la percepción del arbitraje como un mecanismo reserva para privados o de limitada aplicación tratándose de entidades públicas, ha dejado de ser cierto.
11. Segundo, convergencia en los principios y mecanismos legales. Como resultado de la creación de un marco legal transnacional del arbitraje, existen una serie de principios que invariablemente informan el arbitraje internacional en numerosas jurisdicciones. Así, principios básicos como el *kompetenz-kompetenz* y la separabilidad de la cláusula arbitral, la asistencia de jueces y la intervención judicial limitada, sobretodo a través del recurso de nulidad, son ejes del sistema arbitral internacional y pueden identificarse en la amplia mayoría de los regímenes legales modernos del arbitraje.
12. Tercero, convergencia en el desarrollo o aplicación de nuevas doctrinas que han permitido la expansión del arbitraje. En el campo de la expansión del alcance *rationae personae* del arbitraje, las doctrinas que permiten extender la cláusula arbitral a un tercero no signatario de la misma como la agencia; la doctrina de los actos propios o *estoppel*, el levantamiento del velo societario, la participación efectiva en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral, son doctrinas que se invocan en distintas latitudes del mundo y que han sido aceptadas por decisiones arbitrales al amparo de derechos pertenecientes a diferentes sistemas

legales. En el campo de la arbitrabilidad, convergencia en la mayor amplitud de la arbitrabilidad objetiva por la vía de permitir el uso del arbitraje en disputas que antes no podían válidamente ser sometidas a este mecanismo como ciertos tipos de disputas societarias o disputas relacionadas con el campo de la propiedad intelectual, por vía ejemplar. En fin, en cuanto a la flexibilidad del acuerdo arbitral, lo cual ha llevado a que cada vez más países reconozcan como válidas formas de acuerdo para recurrir al arbitraje menos formales.

13. Sin embargo, el dinamismo del arbitraje también ha permitido que comiencen a evidenciarse contrastes, fricciones o conflictos en torno a ciertos aspectos del arbitraje internacional, del contenido de las normas jurídicas que los árbitros están llamados a aplicar o de las particularidades específicas de las distintas regulaciones domésticas del arbitraje. Esto me lleva a la tercera y última idea del *arbitraje internacional y la diversidad y conflicto en las aproximaciones*.
14. Así, se revela en primer término un cierto conflicto en los intereses subyacentes en el arbitraje internacional. En este sentido, durante el desarrollo del Congreso hemos asistido a una discusión latente en cuanto a cómo conciliar los intereses de confidencialidad, atribuidos en general al arbitraje comercial internacional, y de publicidad o transparencia, que se predica en el marco de los arbitrajes de inversión o más genéricamente en arbitrajes que puedan afectar intereses estatales o públicos. La misma discusión se genera también a propósito de mecanismos procesales que permitirían dotar al arbitraje de mayor eficiencia; pero podrían afectar el valor de la confidencialidad como ocurre con la denominada intervención de terceros en el arbitraje.
15. En segundo lugar, aparece también un conflicto o contraste en los remedios disponibles en el arbitraje internacional, en particular, tratándose de disputas que involucran a entidades estatales y respecto de las cuales puede utilizarse el arbitraje sobre la base de un contrato o sobre la base de un tratado. Este II Congreso ha abordado el tema de las denominadas disputas contractuales y bajo tratados de inversión; ha puesto de relieve cómo, con el auge del arbitraje de inversión, el estado de la cuestión dista todavía de ser totalmente claro. La denominada doctrina de la cláusula paraguas ha permitido que algunas decisiones arbitrales establezcan, sobre la base de la provisión incluida en un tratado de inversión que básicamente obliga a un Estado a observar las demás obligaciones que hayan asumido con los inversionistas (a través de otros instrumentos como contratos), a que disputas contractuales puedan elevarse al rango de dis-

putas al amparo del tratado de inversión que se trate si se invocan violaciones de las garantías contenidas en dicho tratado. Ello lleva la interrogante planteada en este Congreso de cuándo y cómo puede trazarse en una línea divisoria ante el conflicto que puede suponer utilizar una u otra vía, y al posible problema de los procedimientos paralelos.

16. Tercero, contraste o incluso conflicto en el contenido de ciertas nociones difusas aplicables sobretodo en el arbitraje de inversión. Así, un panel completo del Congreso ha examinado cómo la nueva generación de Tratados Bilaterales de Inversión han ido completando y definiendo en el propio texto de los tratados, nociones abiertas o difusas en los primeros Tratados Bilaterales de Inversión tales como el concepto de inversión, inversionista, expropiación y otras, que luego dieron lugar a amplio debate y divergencias sobre el alcance y contenido de las mismas y que se tradujeron en decisiones arbitrales con resultados distintos o incluso contrapuestos. El caso del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú fue examinado en detalle y confirma esta tendencia. En síntesis, se puede presagiar que los tratados de inversión y libre comercio serán cada vez más detallados y con contenidos jurídicos más definidos.
17. Finalmente, puede concluirse que existe también un contraste en la aproximación de ciertas leyes nacionales al arbitraje internacional. Así, del análisis de la ley peruana de arbitraje y de las experiencias comparadas de otras jurisdicciones, puede concluirse que, en algunos casos, lo internacional tiñe o influye lo doméstico, a través de un proceso de internacionalización del arbitraje. Tal es el caso de España o de la nueva ley de Perú que han instaurado un sistema monista de arbitraje, aplicable tanto al arbitraje doméstico como internacional; pero creado sobre la base de los estándares internacionales del arbitraje que han sido establecidos por la Ley Modelo CNUDMI y otros instrumentos internacionales. Lo mismo ocurre a través del reconocimiento de *soft laws* en materia de independencia de árbitros o en materia de producción de la prueba que se utilizan con mayor frecuencia en el arbitraje, indistintamente de si se trata de un arbitraje internacional o no. En otros casos, lo nacional tiñe o influye lo internacional, lo cual se traduce en la nacionalización del arbitraje internacional y se revela en la aplicación al arbitraje internacional, por analogía, de figuras procesales propias de la judicatura o del arbitraje doméstico como es la admisibilidad de recursos extraordinarios de raigambre constitucional como el amparo en contra de laudos arbitrales, o la asimilación del árbitro (aún internacional) como juez de una jurisdicción para efectos de aplicar sanciones disciplinarias. En fin, un tercer

supuesto es cuando lo internacional y lo nacional se mantienen separados, lo cual lleva a sistemas dualistas extremos que invariablemente terminan por inclinarse a favor de alguna de las categorías antes señaladas.

18. En conclusión, y sin ánimo de entrar aquí en un debate sobre la hegemonía de teorías iuspositivistas versus teorías sociológicas del Derecho para justificar su vigencia, eficacia y legitimidad del Derecho como rama social, puede notarse que el arbitraje; en cuanto área del derecho, no está aislado de los fenómenos y realidades sociales que operan como factores exógenos, lo cual permite que experimente unificaciones pero que también sufra variaciones y contrastes según un lugar y otro. Así, si miramos lo que ocurre en América Latina, veremos que mientras algunos países siguen embarcados en la firma de tratados bilaterales de inversión y libre comercio que reconocen el arbitraje, otros denuncian convenciones internacionales que los obligan a dirimir sus disputas en ciertos foros arbitrales, o eliminan el arbitraje de parte de los contratos suscritos por sus entidades estatales o con relación a ciertos tipos de disputas, o simplemente optan por mantener una política definida de no suscripción de tratados bilaterales de inversión que permitan a los inversionistas acudir al arbitraje.
19. Lo que es indudable es que, hoy en día, asistimos a un momento importante, quizás crucial, de desarrollo del arbitraje internacional. Un momento de evolución; pero también un momento de depuración y de cambio. Me parece que el gran logro de este II Congreso Peruano Internacional de Arbitraje ha sido precisamente el de haber podido captar ese momento y trasladarlo a los asistentes. No sólo el público debe estar contento, sino también los organizadores por el mérito de haber preparado un programa tan completo, variado y rico en temas y aproximaciones al arbitraje internacional, y los expositores por haber sido capaces de transmitir sus ideas y enseñanzas de forma clara y simple. No me queda más que cerrar este Congreso con mis sinceras felicitaciones para todos ellos y esperar que el III Congreso de 2009 sean tan exitoso como éste.

Noticias Arbitrales

Noticias
Arbitrales



NOTICIAS ARBITRALES

Nuevo miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI

La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ha designado como miembro del “Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI” al Dr. CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA, árbitro peruano, Jefe del Área de Arbitraje del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados y Director Ejecutivo de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE.

Con este nuevo nombramiento son cuatro árbitros peruanos los miembros del “Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI”, los demás miembros son los doctores Felipe Osterling Parodi, Alfredo Bullard González y Fernando Cantuarias Salaverry.

II Programa de Alta Especialización en Arbitraje de Inversión

Bajo la organización de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, el Instituto Peruano de Arbitraje y la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE; los días 29 de agosto, 6, 13, 20 y 27 de septiembre del presente año se llevó a cabo el Programa de Alta Especialización en Arbitraje de Inversión con la participación especial de los árbitros internacionales doctores, Jan Paulsson (Francia), Eduardo Silva Romero (Francia), Cristian Conejero Roos (Francia), Pedro Martínez-Fraga (USA), Marco Schnalb (USA) y Gabriela Álvarez Ávila (USA).

El objetivo de este Programa de Especialización es brindar a los participantes un análisis de las instituciones y casos vinculados al desarrollo del arbitraje de inversión e intercambiar experiencias de la práctica arbitral internacional.

Cabe resaltar que este Programa contó con la participación especial del Profesor Jan Paulsson (Francia), uno de los árbitros más reconocidos internacionalmente y co-autor del imperdible libro “*International Chamber of Commerce Arbitration*”.

➔ **Congreso Nacional: La Nueva Ley de Arbitraje - Centro de Arbitraje de La Cámara de Comercio de Lima**

El 1 y 2 de septiembre del 2008 se llevó a cabo el Congreso Nacional: La nueva Ley de Arbitraje, con el objetivo de analizar y debatir acerca de los principales cambios que ha traído la nueva legislación arbitral peruana, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071 y vigente desde el 1 de septiembre del presente año. Este evento estuvo organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y reunió a importantes especialistas en la materia.

Ante un importante número de asistentes reunidos en el Complejo Empresarial de la Cámara de Comercio de Lima, expusieron juristas nacionales diversos temas relacionados al nuevo régimen del arbitraje en el Perú, entre los que destacan los doctores, Jorge Santistevan de Noriega, Fernando de Trazegnies, Fernando Cantuarias Salaverry, Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio, Franz Kundmüller Caminiti, Carlos Soto Coaguila, Roger Rubio Guerrero, Alfredo Bullard González y Guillermo Lohmann Luca de Tena.

Este evento fue inaugurado por el Ing. Peter Anders Moores (Presidente de la Cámara de Comercio de Lima) y el Dr. Pedro Flores Polo (Presidente del Consejo Superior de Arbitraje del Centro), siendo clausurado por la Dra. Rosario Fernández Figueroa (Ministra de Justicia).

➔ **Seminario Internacional de la Nueva Ley de Arbitraje - Centro de Arbitraje Amcham**

El Seminario Internacional de la Nueva Ley de Arbitraje organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio del Perú Americana (AMCHAM), se realizó con la participación de expertos extranjeros como los doctores: Ignacio Suárez Anzorena, Katherine Gonzáles Arrocha, Luis Martínez, James Graham, John Hamilton, Felipe Ossa, entre otros, además de un reconocido grupo de juristas nacionales.

Entre los temas tratados estuvo el debate de varios aspectos novedosos de la nueva Ley de Arbitraje peruana, aspectos probatorios y de dirección del

arbitraje por los Tribunales Arbitrales en la práctica internacional, así como el análisis de la Convención de Nueva York, con ocasión de su 50 aniversario.

Este evento se llevó a cabo los días 21 y 22 de agosto de 2008, en el Salón Paracas del Swisshotel de San Isidro.

➔ **Curso de Especialización en Derecho de Arbitraje - Universidad de Lima**

Del 23 de septiembre al 2 de diciembre del presente año, el Centro Integral de Educación Continua de la Universidad de Lima, ofrece el Curso de Especialización en Derecho de Arbitraje.

Durante 11 semanas, con un total de 62 horas lectivas, este Curso permitirá tener una visión integral de la resolución de controversias a través del mecanismo arbitral, incidiendo en los cambios de la nueva Ley de Arbitraje. La plana docente está integrada por los doctores Carlos Matheus, Manuel Diego Aramburú, Luciano Barchi, Alfredo Bullard, Fernando Cantuarias, Paolo del Aguila, Oswaldo Hundskopf, entre otros expertos en arbitraje.

➔ **IV Curso de Práctica Arbitral**

Del 10 al 28 de noviembre se llevará a cabo el IV 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, merituar debidamente las pruebas presentadas, entre otros aspectos que acontecen en la práctica arbitral.

➔ **II Congreso Internacional de Arbitraje - Pontificia Universidad Católica del Perú**

Organizado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Embajada de Francia y el Estudio Mario Castillo Freyre.

Este evento se llevó a cabo del 8 al 12 de septiembre del 2008, en el Auditorio de la Facultad de Derecho de la PUCP.

➔ ITA-CBAr Conferencia Conjunta sobre Arbitraje Internacional -Brasil

El IV Workshop de las Américas del Instituto de Arbitraje del Centro de Derecho Americano e Internacional-ITA y la VIII Conferencia Anual del Comité Brasileiro de Arbitraje, se llevaron a cabo conjuntamente los días 21, 22 y 23 de septiembre en Sao Paulo, Brasil. La noche del 21 de septiembre, el evento se inició con la “Mesa Redonda”, organizada por la ICC Young Arbitrators Forum, ICDR Young & International y LCIA Young International Arbitration Group, integrada por jóvenes árbitros a nivel internacional. La conferencia fue traducida simultáneamente al inglés, portugués y español.

➔ Actividades Académicas sobre arbitraje en el mundo

A nuestros lectores, informamos los eventos académicos que sobre Arbitraje se llevarán a cabo en diferentes países del mundo (Mayor información: www.kluwerarbitration.com/arbitration/arb/newsletter/).

Sobre los Autores

Sobre
los Autores



I

SOBRE LOS AUTORES

(Por orden alfabético)

✓ **ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA** (*Perú*)

Abogada por la Universidad de Lima, con estudios de Negociación, Conciliación y Arbitraje en *Harvard University*. Fue asesora de la Academia Nacional de la Magistratura, del Consejo Nacional de la Magistratura y de PROINVERSIÓN, así como consultora del Banco Mundial en el Proyecto de Capacitación de Magistrados del Poder Judicial. Miembro de la *International Bar Association* y de la Asociación Peruana de Derecho Procesal. Socia del Estudio Echecopar y árbitro afiliada al Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado-CONSUCODE, Cámara de Comercio Americana-AMCHAM, Colegio de Ingenieros del Perú, Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de pregrado en la Universidad de Lima y la Pontificia Universidad Católica del Perú y de posgrado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

✓ **ROQUE CAIVANO** (*Argentina*)

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales, asesor en materia de Arbitraje y Arbitraje Internacional. Consultor contratado por la Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación para tareas de difusión y entrenamiento a profesores universitarios. Consultor internacional contratado por el Proyecto del Ministerio de Justicia del Perú con USAID para la implementación de Centros de Conciliación y Arbitraje. Ha sido disertante Nacional e Internacional en materia de Arbitraje y Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos. Docente en materias de Arbitraje, Contratos y Derecho Comercial en distintas Universidades.

✓ **BRIANA CANORIO CALDERÓN (Perú)**

Abogada por la Universidad de Lima y con estudios de Maestría en Derecho de Empresa con mención en Derecho Corporativo por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro del Instituto Peruano de Arbitraje (IPA). Profesora del curso de Acto Jurídico de la Universidad de Lima. Actualmente, labora en la Oficina de Conciliación y Arbitraje Administrativo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE).

✓ **CRISTIAN CONEJERO ROOS (Chile)**

Abogado especializado en arbitraje internacional, litigación transnacional y ADRs. Consejero del estudio Cuatrecasas de Francia. Fue asesor para Latinoamérica y la Península Ibérica de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París. Secretario del Grupo de Arbitraje Latinoamericano de la ICC. Asociado externo de la firma *Shearman & Sterling LLP* en Nueva York, y asociado en litigios y arbitraje con Claro y Cía. en Chile. Miembro del Consejo de Reporteros del Instituto de Arbitraje Transnacional (*Board of Reporters of the Institute for Transnational Arbitration, ITA*), del Instituto de Árbitros (*Chartered Institute of Arbitrators*), de la Asociación de Derecho Internacional (*International Law Association, ILA*), del Club Español de Arbitraje (CEA), del *Comité Brasileiro de Arbitragem (CBAr)*, del Consejo Científico Internacional del Comité Venezolano de Arbitraje, y del Consejo Asesor del Comité Argentino para el Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT). Profesor en el Máster de Derecho Internacional y Dirección (*Mastère Spécialisé Droit des Affaires Internationales et Management*) del ESSEC en París. Reconocido como uno de los 40 mejores abogados con menos de 40 años (40 under 40) por *Iberian Lawyer Review* por su experiencia en arbitraje internacional.

✓ **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY (Perú)**

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Árbitro nacional e internacional. En el año 2006 ha sido reconocido por la prestigiosa revista *Latinlawyer* como uno de los 34 principales árbitros de América Latina. Además, la reputada revista *Who's Who Legal –Commercial Arbitration 2007* y *Commercial Arbitration 2008* lo considera entre los 450 expertos líderes en este campo en 60 jurisdicciones. Es miembro del Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), del Comité Editor de la REVISTA PERUANA DE ARBITRAJE y del Comité Argentino de Arbitraje Na-

cional y Transnacional. Es miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrators' List (ICDR). Es autor del Libro "Arbitraje Comercial y de las Inversiones" (UPC, Lima, 2007) y de más de 50 artículos sobre su especialidad.

✓ **MARIO CASTILLO FREYRE** (*Perú*)

Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio. Socio del Estudio que lleva su nombre. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima.

✓ **FAUSTINO CORDÓN MORENO** (*España*)

Abogado en ejercicio desde 1976 y socio fundador del Bufete Prof. Dr. Faustino Cerdón. Licenciado en Derecho, premio extraordinario de licenciatura, Universidad de Navarra. Doctorado en Derecho, premio extraordinario de Doctorado, Universidad de Navarra. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Alcalá De Henares. Profesor extraordinario de la universidad de Navarra. Conferenciante habitual en foros profesionales, universidades españolas y extranjeras, sobre las materias de su especialidad.

✓ **GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA** (*Perú*)

Magíster en Derecho Internacional Económico, Abogado en ejercicio. Socio del Estudio García Calderón – Vidal – Montero & Asociados Abogados. Profesor de Derecho Internacional Privado y Arbitraje Nacional e Internacional en la Universidad de Lima.

✓ **JAMES A. GRAHAM** (*México*)

Doctor en Derecho por la Universidad de París I Pantheón-Sorbonne. Socio de *Lobo & Graham*. Profesor de carrera y Presidente de la Academia de Derecho Internacional de la Universidad de Monterrey. Miembro Nivel II del Sistema Nacional de Investigación. Profesor-fundador de la cátedra de Arbitraje Internacional de la Escuela Doctoral de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Presidente del Club de Arbitraje Internacional de Monterrey. Presidente de la Asociación Nacional de Abogados de Empresas, capítulo Nuevo León.

✓ **OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO** (*Argentina*)

Elegido Procurador del Tesoro de Argentina. Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Se desempeñó como docente, fue profesor de Especialización en Derecho Administrativo y del curso de Derecho Procesal Admi-

nistrativo, en la Universidad de Belgrano. También fue profesor en la Universidad Notarial Argentina, y miembro titular del Instituto de Derecho Administrativo.

✓ **LENER PAREDES ARÉVALO** (*Perú*)

Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con Estudios de Maestría en Derecho Empresarial en la Facultad de Posgrado de la Universidad de Lima. Diplomado en el Programa de Alta Especialización en Arbitraje Internacional de la Universidad de Lima y la Universidad de Los Andes - Chile y en el Programa de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM PERU). Miembro del staff de abogados del Departamento Legal de Petróleos del Perú - PETROPERU S.A., especialista en temas de Derecho Procesal Civil, Derecho Comercial y Arbitraje. Presidente de la Comisión de representantes de PETROPERU ante el Consejo Nacional de Derechos Humanos para la solución de denuncias específicas relacionadas a Derechos Humanos.

✓ **JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA** (*Perú*)

Fundador del Estudio *Santistevan de Noriega – Abogados*. Doctor en Derecho y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con estudios de posgrado en las facultades de derecho de New York University y The University of Wisconsin. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la PUCP. Dicta cursos además en las facultades de derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), de Lima y en la Academia de la Magistratura - AMAG. Es miembro del Consejo Superior del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM). Ha sido Vicepresidente de la Comisión para la Revisión de la Ley Arbitral de 1996. Está registrado como árbitro en el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), en los centros de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, AMCHAM, la PUCP, el Colegio de Abogados de Lima y la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del antiguo Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCOCE) transformado a futuro en el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE). Fue Defensor del Pueblo del Perú entre 1996 y 2000 y anteriormente funcionario y experto de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

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 quinto número de nuestra revista:

Cámara de Comercio Internacional - CCI

Cámara de Comercio de Lima

Cámara de Comercio Americana del Perú –
AmCham Perú

Arnold & Porter LLP

Clifford Chance LLP

Cuatrecasas

Derains et Associés

Estudio Amprimo Abogados

Estudio Manuel Aramburú
Yrigoyen & Asociados

Estudio Aurelio García
Sayán Abogados

Estudio Barrios - Fuentes -
Gallo Abogados

Estudio Echeopar & Abogados

Estudio Ferrero

Estudio Ferreyros

Estudio Grau Abogados

Estudio Grimaldo
& Lazo Abogados

Estudio Hernandez & Cía.

Estudio La Hoz, De La Flor
& García Montufar Abogados

Estudio Miranda
& Amado Abogados

Estudio Montezuma

Estudio Muñiz, Ramirez Pérez-
Taiman & Luna-Victoria Abogados

Estudio Navarro, Sologuren,
Paredes & Gray Abogados

AGRADECIMIENTOS

Estudio Oré Guardia Abogados	Estudio Rubio, Leguía, Normand y Asociados
Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados	Estudio Santistevan de Noriega & Asociados
Estudio Pierola & Asociados	Estudio Sparrow, Hundskopf & Villanueva
Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados	Holguín, Neira & Pombo Abogados
Estudio Rebaza, Alcázar & De Las Casas Abogados Financieros	Lex Asesores
Estudio Rivera Asociados	Marc Perú
Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados	Moreno Baldivieso & Asociados
Estudio Rodríguez Larraín Abogados	PLMJ - A.M. Pereira, Sáragga Leal, Oliveira Martins, Júdece e Associados
Estudio Romero Abogados	Quevedo & Ponce
Estudio Roselló Abogados	Vega & Sologuren Abogados

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 Nº 1540, Miraflores, Lima 18 – Perú, Tlfs. (51-1) 415-4920, 221-5260, Fax: (51-1) 421-7614, correos electrónicos: jorge@santistevandenoriega.com; csoto@munizlaw.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.

Índice General

Índice
General



ÍNDICE GENERAL

<i>Contenido</i>	v
<i>Presentación</i>	vii

NUEVA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008

Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje)

1. Decreto Legislativo N° 1071	3
--------------------------------------	---

La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
ROQUE J. CAIVANO

1. Introducción	43
1.1. Justificación	44
1.2. La autonomía del arbitraje y la LA	46
1.3. La “cultura arbitral” adquirida por la sociedad peruana y el carácter “monista” de la LA	50
2. Las modificaciones más trascendentes	56

2.1. El convenio arbitral (contenido, forma y efectos)	57
2.2. Designación y recusación de árbitros	61
2.3. Tribunales arbitrales “truncos”	62
2.4. Libertad en la regulación de las actuaciones	64
2.5. Intervención de abogados extranjeros	65
2.6. Adopción de medidas cautelares	66
2.7. La confidencialidad en el arbitraje	71
2.8. Reconocimiento de laudos parciales	73
2.9. El plazo para decidir la controversia	75
2.10. El recurso de “exclusión” del laudo	77
2.11. Establecimiento de condiciones para la procedencia de las causales de anulación	78
2.12. No interrupción de la ejecución del laudo por la interposición y pendencia del recurso de anulación	79
2.13. Inclusión de disposiciones supletorias en materia de costos	80
2.14. Algunas disposiciones valiosas aplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros	81
3. Consideraciones Finales	83

Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071)

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA

1. El nuevo régimen a vuelo de pájaro	85
2. La inevitabilidad: Atributo esencial de la nueva regulación	89
3. Autonomización y “desprocesalización” del arbitraje	91
4. Efectos del convenio arbitral que determinan la inevitabilidad	94
5. Contenido de la inevitabilidad del convenio	97

6.	Inevitabilidad del arbitraje y extensión de los alcances del convenio arbitral	99
7.	Prevalencia de las actuaciones arbitrales sobre las judiciales	101
8.	Efecto positivo del convenio arbitral en relación con la competencia de los árbitros	103
9.	Separabilidad del convenio y facultad de resolver sobre la competencia arbitral	105
10.	Inevitabilidad y flexibilidad dentro de las actuaciones arbitrales para modificar la demanda y la contestación	108
11.	Inevitabilidad de la adopción del laudo	110
12.	Inevitabilidad de la ejecución del laudo	112
13.	Efecto negativo del convenio arbitral y la inevitabilidad del arbitraje	114
14.	A modo de conclusión	116

Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA

1.	Ubicación en el tema	119
1.1.	Origen	119
1.2.	Interrelación	121
1.3.	Análisis	123
2.	¿Pueden los árbitros dictar medidas cautelares? Si así fuera, ¿pueden las partes sustraer de la competencia del tribunal arbitral la potestad de dictar medidas cautelares?	123
2.1.	¿El trámite de las medidas cautelares en el arbitraje, tiene alguna particularidad?	128
2.2.	¿La autoridad arbitral puede ejecutar las medidas cautelares que dicte?	134

2.3. ¿Cuáles son los alcances de las medidas cautelares dictadas por el Poder Judicial, fuera del proceso arbitral?	140
3. Conclusiones	150

DOCTRINA

Notas sobre la imparcialidad de los árbitros en la ley española

FAUSTINO CORDÓN MORENO

1. Introducción: La función del árbitro	155
2. La trascendencia de la imparcialidad	157
3. La regulación de la imparcialidad del árbitro en la Ley española	161
4. El control de la imparcialidad	163

La “falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México

JAMES A. GRAHAM

1. La firma no es un requisito de validez	174
1.1. Derecho convencional	174
1.2. Derecho común	175
2. El no-firmante no es necesariamente un tercero al acuerdo arbitral	178
2.1. Derecho francés	178
2.2. Derecho americano	181
2.3. Derecho mexicano	183
3. Conclusión	187

LAUDO ARBITRAL NACIONAL

▲ Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE)	191
Caso Arbitral	
Demandante: Consorcio Vial Ichu	
Demandado: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional - Provias Nacional	
Aclaración de Laudo Arbitral	241

LAUDO ARBITRAL INTERNACIONAL

▲ Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)	
Caso CIADI N° ARB /03/5	
Demandantes: Metalpar S.A. y Buen Aire S.A.	
Demandado: República Argentina	253
Comentario al Caso CIADI N° ARB /03/5	
Comentario al caso CIADI Metalpar S.A. y Buen Aire S.A. v. República Argentina	
OSVALDO CÉSAR GUGLIELMINO	301

DECISIONES CONSTITUCIONALES Y JUDICIALES

▲ Corte Superior de Justicia de Lima	
Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial	307
Expediente N° 00795-2005-01SC	
Demandante: Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental (Provias Departamental)	
Demandado: Consorcio COSAPI - TRANSLEI	

Comentario a la Sentencia Casatoria N° 825-2006-Lima

Consideraciones sobre la anulación de laudo arbitral

BRIANA CANORIO CALDERÓN

LENER PAREDES ARÉVALO 315

1. Antecedentes que dan origen al recurso de casación 315
2. Breve resumen de la sentencia casatoria 317
3. Análisis de la sentencia casatoria 320
 - 3.1. Desde el punto de vista procesal 320
 - 3.2. Desde el punto de vista sustancial 325
 - a) El arbitraje y el Estado 325
 - b) El convenio arbitral 326
 - c) Lo arbitrable y lo no arbitrable 329
 - d) La teoría del ius imperium del Estado 331
 - e) El enriquecimiento sin causa 333
4. Conclusiones 347

Comentario a la Sentencia del Expediente N° 1757-2006

Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación del laudo arbitral Sulliden-Algamarca

GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA

MARIO CASTILLO FREYRE 349

1. Introducción 350
2. Los alcances del inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje 351
 - 2.1. Efectos de las categorías jurídicas contempladas en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje 353
 - 2.2. Sobre la supuesta falta de identidad entre lo alegado en sede arbitral y lo que se alega en sede judicial 357
3. La facultad del gerente general para celebrar convenio arbitral en uso de las atribuciones propias de su cargo 361
4. La aplicación del artículo 167 del Código Civil 370

EVENTOS DESTACADOS

Conferencia de clausura: II Congreso Peruano Internacional
de Arbitraje Lima-Perú
“El arbitraje internacional: dinamismo, convergencia y conflicto”
CRISTIAN CONEJERO ROOS 375

NOTICIAS ARBITRALES 383

SOBRE LOS AUTORES 389

AGRADECIMIENTOS 395

ÍNDICE GENERAL 399

Esta revista se terminó de imprimir en Magna Ediciones
en el mes de octubre de 2008

